

Capítulo XI

Tiempo de trabajo efectivo: precisiones conceptuales y jurisprudenciales de una noción escurridiza

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. TIEMPO DE TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN. II. EL PRISMA DE LA DIRECTIVA 2003/88 EN LAS PRECISIONES DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO Y DESCANSO. III. ALTERACIONES DE TIEMPOS, CAMBIOS EN LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y PROCESO DIGITAL. IV. DOS ELEMENTOS FUNDAMENTO DEL DESCANSO: AUTONOMÍA Y LIBERTAD. V. LA DIGITALIZACIÓN EXIGE PRECISAR LA DESCONEXIÓN COMO DERECHO INSTRUMENTAL PARA EL DESCANSO Y QUIZÁ LA OBLIGACIÓN DE RECONEXIÓN DIGITAL COMO TIEMPO DE DISPONIBILIDAD.

I. TIEMPO DE TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN

La delimitación de la noción de tiempo de trabajo se presenta mejor identificada en la norma internacional que en el derecho nacional puesto que su acotamiento ha sido perfilado con mayores matices por las legislaciones internacionales. En todo caso lo transcendente para el legislador laboral es su ordenación en unidades de tiempo y su distribución en distintos momentos al efectuarse por el trabajador la prestación laboral al servicio del empresario en régimen de dependencia y ajenidad, con respeto de los descansos.

Para esa ordenación del tiempo de trabajo se ha convertido en necesario introducir criterios de flexibilidad desde distintas perspectivas (la producción y necesidades de la empresa y la limitación de las horas para garantizar la salud laboral de cada trabajador así como responder a sus intereses o preferencias, lo que se viene a denominar flexibilidad en la organización de su vida privada), atendiendo a las razones de los dos sujetos de la relación laboral, empresario y trabajador. Los dispositivos digitales ofrecen nuevos ámbitos de flexibilidad en el desempeño de la relación laboral beneficiosos para ambas partes, pero también de nuevas exigencias de disponibilidad y de respuesta inmediata (impensables en el pasado para las prestaciones de trabajo sin estos equipamientos y tecnologías). Sin olvidar que regular la jornada es regular la tensión entre intereses de trabajadores y empresarios.

La flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo está transformando algunas nociones clásicas de la jornada de trabajo. La digitalización también acelera nuevas formas de prestación laboral que inciden sobre el tiempo de trabajo incrementando cuantitativamente el trabajo a tiempo parcial, propiciando la aparición de nuevas figuras contractuales (de las que se han hecho eco la Unión europea y otras legislaciones europeas¹ -como los contratos cero horas, el trabajo ágil, las fórmulas de trabajo intermitente el contrato a llamada, denominadas imprevisibles en relación al cuándo de la prestación laboral- mientras que la española permanece en espacios de anomia normativa) o multiplicando las prestaciones laborales con contrataciones deslocalizadas en cadenas (de producción) internacionales, con distintas legislaciones laborales aplicables. Aparecen también regulaciones novedosas en el tiempo de trabajo como la exigencia de registros de jornada (art. 34.9 ET) que deben casar con las realidades laborales actuales y las prestaciones de servicios en la economía digital. En fin, la sociedad digital corre el riesgo de un exceso de horas que puede producir lo que se ha venido a denominar de manera hiperbólica *trabajo sin fin* frente a la regulación inconsistente de la desconexión digital que ofrece nuestro derecho². La digitalización y los

cambios tecnológicos decente, con la prolección y conectividad de trabajo), fomentando el trabajo a turnos o cambios profundos sario mediante de colectivo) o alterar mejor conciliar trabajo nuevas distribuciones a las demandas de horas de inicio y mermas en la durabilidad de las necesidades privadas tiempos propios de ciendo en las próximas penetrante irrupción ramos) producirá f del tiempo de trabajo

Ya comienza a c bilidad fruto del us mientras se reduce rir que en cualquier ser emplazado par.

El significado c importancia en su de límites máximo la perspectiva de l en la ordenación d cia artificial, robót todas las tecnolog de internet-tablet creciente, por otro, seguridad y salud rio Unión europea aspectos de la ordi competencial para

1. Téngase presente que el contrato cero horas y el contrato a demanda está presente en la Directiva 2019/1152 sobre condiciones de laborales transparentes y previsibles (considerandos 12, 21, 35, 43, 47 y art. 11) por lo que no es aventurado opinar que abre la puerta a su regulación en los países europeos en los que aún no existe esa singular contratación, como es España. Regulaciones que sí han aparecido en el Reino Unido, Italia, Bélgica y Holanda o en Portugal, en este último país fue remozada su regulación sobre trabajo intermitente recientemente por la Ley 93/2019 e intercala la prestación de trabajo con períodos de inactividad y obliga al trabajador que durante los períodos de inactividad cuando realice una prestación para terceros lo comunique al empresario.
2. Presente en los arts. 88 LO 3/2018 y art. 18 Ley 10/2021 sobre el trabajo a distancia.

3. Hoy denominada
4. Así art. 153.2 letra lar que no es el ú "Dos desafíos pa

Los cambios tecnológicos pueden encontrar expresiones contrarias al *trabajo decente*, con la prolongación del trabajo (comunicar fuera del horario laboral y conectividad constante e incremento de la demanda de prestación de trabajo), fomentando en exceso el trabajo nocturno, fragmentando el trabajo a turnos o diluyendo exigencias de seguridad y salud laboral con cambios profundos en los ritmos circadianos, desplazar el derecho necesario mediante decisiones acordadas (con el trabajador o en el convenio colectivo) o alterar los descansos o pueden, por el contrario, contribuir a mejor conciliar trabajo y descanso, equilibrando vida laboral y privada, con nuevas distribuciones de los tiempos de actividad laboral, respondiendo a las demandas de horarios flexibles que permiten al trabajador determinar horas de inicio y de finalización de su jornada –sin que ello constituya mermas en la duración del tiempo de trabajo– consintiendo atender a sus necesidades privadas y familiares (dotando de autonomía al trabajador con tiempos propios dentro del trabajo). Las cuestiones judiciales irán apareciendo en las próximas décadas y será inexcusable analizar y resolver la penetrante irrupción de la digitalización en el tiempo de trabajo, que (auguramos) producirá fracturas en la concepción tradicional de la ordenación del tiempo de trabajo (no digitalizado).

Ya comienza a debatirse la intensificación de los tiempos de disponibilidad fruto del uso de las tecnologías, se ensancha el tiempo de trabajo mientras se reduce el tiempo de descanso. Tecnología que permite requerir que en cualquier momento que el trabajador esté localizable y pueda ser emplazado para la prestación laboral.

El significado de la institución tiempo de trabajo adquiere especial importancia en su regulación desde dos polos, por un lado, (1) la fijación de límites máximos al tiempo de trabajo (y articular los descansos) desde la perspectiva de la incidencia de la tecnología y su utilización cotidiana en la ordenación del tiempo de trabajo (teléfonos inteligentes, inteligencia artificial, robótica y control remoto, app. y plataformas tecnológicas, todas las tecnologías móviles³, GPS, plataformas en línea y conexiones de internet –tabletas, portátiles, pronto relojes, gafas–, etc.) con un influjo creciente, por otro, (2) la protección de la salud mediante su enfoque de seguridad y salud en el trabajo (muy presente en el Derecho comunitario Unión europea en la Directiva 2003/88/ CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que además es el título competencial para regular a nivel europeo estas cuestiones⁴). Igualmente

3. Hoy denominadas con las siglas TICM –M de móviles–.

4. Así art. 153.2 letra a, pero también b) TFUE, pero ya hemos tuvimos ocasión de señalar que no es el único elemento de regulación en SERRANO ARGÜELLO N. (2007), "Dos desafíos para la sanidad pública: el mantenimiento de los recursos humanos y

resulta importante destacar que el Acuerdo Marco europeo sobre la digitalización del trabajo muestra su enfoque desde la protección de la salud de los trabajadores⁵. También la digitalización ofrece fórmulas de flexibilidad no sólo en la prestación de trabajo en régimen de teletrabajo y para trabajos a distancia, no sólo para delimitar el tiempo de trabajo y los tiempos personales, ya se establece en aquel acuerdo como –al delimitar las condiciones de trabajo– la atención no sólo reside en el tiempo y horario de trabajo, sino también (entre otros) en los descansos, localización, conciliación, permisos o formación⁶.

En el Derecho español, el art. 34.1 ET se refiere a la duración de la jornada máxima ordinaria, delimitando 40 horas semanales de trabajo efectivo en promedio anual, tradicionalmente se ha calificado el tiempo de trabajo como tiempo de trabajo efectivo, no obstante, es el apartado 5.º del art. 34 ET el precepto que establece los criterios para el cómputo del tiempo de trabajo, tomando como referencia que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo tanto al comienzo como al final de la jornada. La Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en su art. 2 fijará como tiempo de trabajo: *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*. Se observa el deslinde de tres parámetros pero como ha reiterado el TJUE⁷ no es necesario que concurren los tres bastando en ocasiones la presencia de dos de

la delimitación de la jornada de trabajo" *La harremanak-Revista de relaciones laborales*, n.º 17, pp. 235 a 273.

5. Aprobado por los interlocutores sociales europeos el 22 de julio de 2020 y art. 31 Carta de los Derechos fundamentales de la UE, en aplicación de los arts. 154 y 155 TFUE. El acuerdo contiene expresas referencias al tiempo de trabajo y a las horas de formación en competencias digitales, a la necesidad de fijar con claridad reglas y políticas de uso de los medios digitales para fines privados durante el tiempo de trabajo, referencias a la no obligación del trabajador de exceder su tiempo de trabajo mediante medios tecnológicos o la necesidad de compensar apropiadamente cualquier tiempo extraordinario de trabajo.
6. La Directiva 2019/1152 exige en su art. 13 que la formación que proporcione el empresario compute como tiempo de trabajo (además recomienda que se ofrezca en el lugar y en horario de trabajo), pero no lo exige cuando se trata de formación profesional ni la exigida para obtener, mantener o renovar una cualificación cuando no obligue a ello al empresario ni la legislación estatal ni la regulación convencional (considerando n.º 37). Ya existen pronunciamientos internos que consideran tiempo de trabajo la formación obligatoria, por ejemplo, para la formación MI FID, STS de 7 de mayo de 2020 que además al ser tiempo de trabajo debe remunerarse como horas extras y no lo considera tiempo de trabajo en ausencia de obligatoriedad, STS de 3 de noviembre de 2020, tampoco STS 20 febrero 2020.
7. Y destacado alguna doctrina.

ellos para entender el trabajo —que parece ser una función nacional— y cómo se desempeñan o funciones y, por lo tanto, el ejercicio de su actividad.

El tiempo de trabajo en estrecho con la productividad (dentro del ámbito de la ET), de manera que es indispensable fiar el sometimiento del trabajador a este aspecto se observa la relación de trabajo que son útiles considerar (o determinar) expresamente se refiere a un horario determinado del trabajador". Igual que el concepto de tiempo de la Directiva 2

8. Así lo ponen de n
plo, STSJ de Canta
octubre de 1992, "i
prestaciones de servi
clásicos de tiempo, i
blecido, puesto de tr
se refleja también en
de servicios prestado
plataformas ya sea
de 2019 y 17 de ene
encuentren indicio
cia como la no suje
que son marginales
escasísima cuantía
móvil o pequeño v
trabajador (herram
9. Aprobada en el añ
dificultad en ocasi
resultan claros los
busca encubrir la n
cias o limitaciones
ción. También se p
hoy denominamos
de trabajo, entre e
migrantes, discapac

ellos para entender que se trata de tiempo de trabajo (permanencia en el trabajo –que parece indicar el aspecto locativo al que se refiere la legislación nacional– y disponibilidad, a disposición y ejercicio de la actividad o funciones y, por supuesto, en caso de permanencia en el trabajo y en ejercicio de su actividad).

El tiempo de trabajo encuentra en la relación laboral un vínculo muy estrecho con la presencia de la nota de dependencia o subordinación (dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, art. 1.1 ET), de manera que al analizar este presupuesto de la relación laboral es indispensable fijarse en el horario de trabajo, y no es determinante el sometimiento del trabajador a una jornada laboral predeterminada⁸. Este aspecto se observa del mismo modo en la Recomendación n.º 198 sobre la relación de trabajo de la OIT⁹, cuyo punto 13 al ilustrarnos sobre indicios que son útiles a las legislaciones nacionales para permitir para considerar (o determinar) que estamos en presencia de una relación laboral expresamente se refiere a que el trabajo ya no sólo se realiza dentro de un horario determinado sino también aquel que *"requiere la disponibilidad del trabajador"*. Igualmente, en la definición del Derecho social comunitario del concepto tiempo de trabajo, a la que antes hemos aludido, el art. 2 de la Directiva 2003/88 se fija en ambos extremos; que el trabajador

8. Así lo ponen de manifiesto desde hace décadas los Tribunales sociales, por ejemplo, STSJ de Cantabria de 29 de octubre de 1997 con cita a su vez de la STS de 8 de octubre de 1992, *"en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso"*. O las más recientes resoluciones sobre el trabajo en plataformas ya sean relativas a los repartidores STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019 y 17 de enero de 2020 y STS de 8 de febrero 2018 que señalarán que aunque se encuentren indicios que pudieran incidir en la inexistencia de la nota de dependencia como la no sujeción a horarios o no imposición de vacaciones se trata de indicios que son marginales o deben ceder ante otros que muestra la dependencia como la escasísima cuantía de la inversión del trabajador (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión de la empresa que entrega al trabajador (herramienta especializada, formación).

9. Aprobada en el año 2006 y que aborda ya la problemática de la globalización de la dificultad en ocasiones de determinar la existencia de relación laboral cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de los sujetos o cuando se busca encubrir la relación de trabajo, es decir, huir de ella, o cuando hay insuficiencias o limitaciones ya sea en la propia legislación, en su interpretación o en su aplicación. También se pone de manifiesto lo necesario que es ofrecer protección de los que hoy denominamos colectivos vulnerables en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, entre ellos, jóvenes, trabajadores en edad madura, el trabajo informal, migrantes, discapacitados.

permanezca en el trabajo y esté a disposición del empresario. El derecho nacional se focaliza más en que el trabajador esté en su puesto de trabajo.

II. EL PRISMA DE LA DIRECTIVA 2003/88 EN LAS PRECISIONES DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO Y DESCANSO

Parece necesario recalcar que ha sido el TJUE quien, a golpe de resolución, ha venido a delimitar tiempo de trabajo desplazando, en parte, la exégesis de los tribunales nacionales que ponían el acento en la noción de tiempo de trabajo efectivo¹⁰. Así las resoluciones de los asuntos SIMAP (3 de octubre de 2000 y CIGA-SERGAS resuelto por Auto de 3 de julio de 2001), Jaëger (9 de septiembre de 2003) Pfeiffer (5 de octubre de 2004), Dellas (1 de diciembre 2005), Jan Vorell (Auto de 11 de enero de 2007) Tyco (10 de septiembre de 2015), Matzat (21 de febrero de 2018), Stadt Offenbach am Main y Radiotelevizija Slovenija (ambas de 21 de marzo de 2021) y XR (9 septiembre de 2021)¹¹.

El TJUE primero introdujo que el tiempo del trabajador que está físicamente en el lugar determinado por el empresario es tiempo de trabajo independientemente de que no realice una actividad continua, en este sentido son destacables los pronunciamientos sobre sanitarios al considerar que todo el tiempo dedicado a la atención continuada cuando se presta en régimen de presencia física constituye tiempo de trabajo y ello sin atender a la intensidad de trabajo ni a un rendimiento mínimo pudiendo descansar durante ese período y aunque exista inactividad. Para el TJUE también es considerado tiempo de trabajo el tiempo de guardia en que el trabajador está en su domicilio con obligación de responder a las convocatorias del empresario, siendo de 8 minutos o de 20 minutos o cuando la pausa concedida al trabajador durante su tiempo de trabajo debe efectuar una intervención en un lapso de 2 minutos en caso de necesidad. Precizando que para considerar los periodos de disponibilidad no presenciales como

tiempo de trabajo debe el trabajador o se restringe de libremente sus periodo el desplazamiento cuarenta tanto de inicio de la jornada de regreso a su domicilio asignado por el

Se viene indicando tiempo o es de trabajo gran complejidad, calificando posibilidades es más an de trabajo efectivo, tier o sin presencia (que ta nuestra negociación co es imprescindible prof canso, unido a los con ofrecen una dilatación el TJUE insiste en sus p trabajo debe interpreta

En este sentido no s bajo sino igualmente a de descanso se define tiempo de trabajo, este que necesariamente c cuando nótese este ad un descanso sino coizan el descanso y so gos- y la continuada trabajador y de otras al derecho interno h distinguiendo si se ti tos), descansos entre actividades), descans festivos (14 días) y v análisis del caso hal el concreto descans

10. Aún lo siguen haciendo, descartando que desplazamientos o disponibilidad lo sean, STS 26 enero 2021, aeropuerto Baleares-Palma de Mallorca niega la consideración del tiempo de trabajo desde el ingreso en el recinto hasta llegada al bloque de fichaje o STS de 2 de diciembre de 2020 relativa a la disponibilidad que exige en 30 minutos desde la llamada al lugar de encuentro en caso de extinción de incendios forestales. Sí considera el desplazamiento tiempo de trabajo la STS 7 de julio de 2020 y 9 de junio de 2021.

11. También para otras cuestiones relacionadas con el descanso, por ejemplo, el anual, el TJUE ha sido prolijo en ubicar correctamente el derecho nacional de los Estados Miembros en referencia a la finalidad perseguida por los descansos cuando las vacaciones coinciden con supuestos de suspensión del contrato de trabajo como la maternidad o la incapacidad temporal, STJUE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez.

12. Así lo explicaba en l tario y lo reitera en

13. Así se define por el

14. Véase el art. 2 del pi

15. Arts. 34, 37 apartad

tiempo de trabajo debe examinarse si se imponen limitaciones al trabajador o se restringe de manera considerable su capacidad de administrar libremente sus periodos de descanso. Y igualmente es tiempo de trabajo el desplazamiento cuando se realiza bajo la dependencia del empresario, tanto de inicio de la jornada como para desplazarse de un cliente a otro o de regreso a su domicilio, de quien se dirige desde su domicilio a un cliente asignado por el empresario.

Se viene indicando que la diferenciación comunitaria es binaria el tiempo o es de trabajo o es de descanso, mientras el derecho interno tiene gran complejidad, calificada como ternaria pero ciertamente el abanico de posibilidades es más amplio al manejar referencias diferenciadas al tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia, tiempos de espera, guardias con o sin presencia (que también incluye el recurrente concepto de retén de nuestra negociación colectiva) y finalmente tiempo de descanso. Por ello es imprescindible profundizar en qué es tiempo de trabajo y qué es descanso, unido a los contornos que, según la jurisprudencia indicada, nos ofrecen una dilatación de la consideración del tiempo de trabajo. Además, el TJUE insiste en sus pronunciamientos que la directiva sobre tiempo de trabajo debe interpretarse desde un punto de vista no restrictivo¹².

En este sentido no sólo hay que atender a la noción de tiempo de trabajo sino igualmente a la definición de descanso ya que el concepto tiempo de descanso se define en el Derecho Social comunitario por oposición al tiempo de trabajo, esto es, *"todo período que no sea tiempo de trabajo"*¹³, pero que necesariamente debe completarse con la noción de descanso adecuado nótese este adjetivo, adecuado, no sólo se reconoce el derecho a un descanso sino con unas características identificadoras, que naturalizan el descanso y son: la regularidad, la duración —suficientemente largos— y la continuidad. Todo ello en aras a la protección a la salud del trabajador y de otras personas¹⁴. Por ello al traer el tiempo de descanso al derecho interno hay que descender a los distintos tiempos de reposo, distinguiendo si se trata de descansos intrajornadas (mínimo de 15 minutos), descansos entre jornadas (12 horas con matices para determinadas actividades), descanso semanal (de día y medio o dos días para menores), festivos (14 días) y vacaciones anuales (al menos 30 días naturales)¹⁵. En el análisis del caso habrá que examinar si se cumplen los requisitos para el concreto descanso. Unos implican paralizar la prestación por tiempos

12. Así lo explicaba en la Sentencia Matzat, de 21 de febrero de 2018, del bombero voluntario y lo reitera en la Sentencia Radiotelevizija Slovenija de 9 de marzo de 2021.

13. Así se define por el art. 2 apartado 2 de la Directiva 2003/88.

14. Véase el art. 2 del punto 9 de la citada Directiva 2003/88.

15. Arts. 34, 37 apartados 1.º y 2.º y 38 ET.

cortos, otros más prolongados que permiten ritmos de pausa para recuperar la vitalidad y todos ellos en aras a la protección de la salud de la persona o personas. No debe olvidarse que los descansos son derecho necesario¹⁶ y, por ello, deben ser respetados.

Abundando en la importancia de los descansos, la Directiva 2019/1152 subraya la conexión con la seguridad y salud de los trabajadores de los descansos al indicar que la información relativa al tiempo de trabajo que debe ofrecer al trabajador el empresario debe incluir esa información sobre pausas, periodos de descanso (diario y semanal) y duración de las vacaciones¹⁷. Por otro lado, esta nueva Directiva 2019/1152 (aún en fase de transposición hasta el próximo 1 de agosto de 2022¹⁸) también define para el derecho europeo aspectos del tiempo de trabajo que deberán examinarse e informar a los trabajadores como calendario de trabajo (en referencia a los días de realización del trabajo), horas y días de referencia (esto es los tramos horarios en los que se puede requerir la prestación laboral) y patrón de trabajo (que incorpora tanto la forma de organización del tiempo de trabajo como su distribución conforme a lo que establezca el empleador). Se trata de tres nociones que, constituyendo una parte cardinal de la ordenación de la jornada, definirán mejor los márgenes de la disponibilidad del trabajador en la consideración de los tiempos de trabajo.

III. ALTERACIONES DE TIEMPOS, CAMBIOS EN LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y PROCESO DIGITAL

La ordenación del tiempo de trabajo de este siglo XXI muestra como características principales: (1) su diversidad (afecta a pluralidad de sectores, tipos de empleos o funciones, especialización, responsabilidad), (2) su tratamiento cada vez más desregulado o descentralizado, que en la materia de tiempo de trabajo significa un creciente papel del convenio colectivo y el acuerdo de empresa frente al repliegue del derecho necesario indisponible (lo que llamaríamos la flexibilidad del tiempo de en términos de jornada irregular) y (3) su creciente individualización vía personalización

16. STJUE de 7 de septiembre de 2006, Comisión contra el Reino Unido, que interpreta los descansos como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de la seguridad y salud.

17. Considerando n.º 19.

18. Fecha que, sin lugar a duda, puede servirnos de referencia e indicarnos cuándo se producirá la próxima reforma laboral de calado en España, porque la trasposición de la Directiva 2019/1152, tras su reposada lectura, exige reformas trascendentales en nuestro Derecho del Trabajo.

(contar con la volu apoyo en la tecnol que pertenece). Est (la digitalización) p dades y economías al alejarse del luga que se mueve las 2 puede hablar del c la industria del just y 90 del siglo pasac tiempo de trabajo y la respuesta tempo

Se plantea hoy i laramente han prior renuncia a los dere que permiten trasp semanales, descans (en aras a la flexibi sujeto de la relació zación es necesari del tiempo de trab canso. Si bien tamk el tiempo de trabaj

La prolongación la regulación legal a distribuir tiempo talización del trab de cuentas se trad jadores) de las ho predecible o previ tiempo de trabajo : dad y salud como si sigue pero no ta las reglas centenar conectado o comu internet, las posibi nes, sectores y poli

19. De ahí la importa

20. El análisis de cor intensidad de la a CC de telefónica ;

(contar con la voluntad y disponibilidad del trabajador, que al albur del apoyo en la tecnología prefiere tomar sus decisiones y no las del grupo al que pertenece). Estas características no sólo identifican al cambio técnico (la digitalización) pero sí puede afirmarse que las demandas de las sociedades y economías –por ejemplo compras sin horarios, una economía que al alejarse del lugar de trabajo y modelarse en la virtualidad de internet que se mueve las 24 horas todos los días ¡sin descansos!, ¡sin dormir!, se puede hablar del comercio electrónico, pero también de los servicios o de la industria del justo a tiempo ahora mucho más preciso que en los años 80 y 90 del siglo pasado– han fortalecido esos caracteres en la ordenación del tiempo de trabajo y han planteado retos nuevos a las empresas en cuanto a la respuesta temporal al consumo y en la producción de bienes y servicios.

Se plantea hoy una reformulación de las cuestiones de salud que secularmente han priorizado la regulación legal de la jornada laboral y de la renuncia a los derechos de limitación de la jornada, al diseñarse medidas que permiten traspasar los límites legales en el tiempo de trabajo en horas semanales, descanso diario, descanso intrajornadas o descanso semanal (en aras a la flexibilidad demandada por empresarios y trabajadores, cada sujeto de la relación laboral con una motivación diferente). Con la digitalización es necesario atender al trabajo empleado y por ende a la extensión del tiempo de trabajo y la incursión en la vida privada y tiempos de descanso. Si bien también facilita flexibilizar el trabajo respondiendo durante el tiempo de trabajo a cuestiones de la vida privada.

La prolongación de la jornada es un hecho en las relaciones laborales, la regulación legal sin embargo se fija en otros instrumentos que ayuden a distribuir tiempos de trabajo y de descansos fruto del cambio y la digitalización del trabajo. Sobre todo permitiendo una variabilidad (que a fin de cuentas se traduce en inestabilidad horaria para determinados trabajadores) de las horas de trabajo frente a una regulación homogénea (y predecible o previsible¹⁹). Lo que hace cuestionarse si la ordenación del tiempo de trabajo sigue anclada en la garantía de la protección de seguridad y salud como lo estuvo en sus orígenes. Nuestra respuesta sería que sí sigue pero no tanto como antes, incidiendo otros factores que modulan las reglas centenarias acudiendo a una sociedad que mira más al trabajo conectado o comunicado por medios como correos electrónicos, móviles, internet, las posibilidades del teletrabajo –que son distintas por ocupaciones, sectores y políticas de empresa²⁰–.

19. De ahí la importancia que adquiere la Directiva 2019/1152.

20. El análisis de convenios colectivos de empresa (pero también sectoriales) indica la intensidad de la apuesta por el teletrabajo y sus posibilidades, sirva de paradigma los CC de telefónica y su grupo.

En los nuevos modos de trabajar que supone la digitalización laboral también aparecen tiempos de trabajo (aparentemente) distintos a los tradicionales, los procesos productivos han visto alterados sus ritmos y exigencias, ello ha incorporado tiempos de trabajo irregulares, distribuciones de jornada atípicas, adaptaciones de la jornada a demandas, bolsas de horas (que son supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo²¹) y producciones digitalizadas así como la necesidad de alertas para reclamar inmediatamente la actividad productiva del trabajador. En los dos últimos años hemos vivido la (paradoja de la) parálisis de la producción en determinados sectores por exceso de demanda de determinados bienes²², es el caso del desabastecimiento de los semiconductores que provocan tales alteraciones en los calendarios laborales que llevan no ya a las adaptaciones de la jornada –variando tiempos de trabajo programados por tiempos de descanso– sino a la suspensión de los trabajos y aprobación de expedientes de regulación temporales de empleo. La ordenación del tiempo de trabajo en un mundo extremadamente tecnológico también la pueden alterar las decisiones o preferencias de producción de otras latitudes, lo cual supone que delimitar el tiempo de trabajo depende ahora (en la envoltura de sociedades digitalizadas) de decisiones internacionales, comerciales y estrategias sobre las que no tiene control la empresa. También ha aumentado el tiempo de espera frente al de actividad laboral lo que ha supuesto un naciente peligro de entender que el tiempo de trabajo puede organizarse fijándose en exclusiva en microtarefas (gracias a la digitalización) y no considerar tiempo de trabajo a los tiempos los entre-servicios, periodos de preparación, llamada o espera (en especial para las tareas de reparto, elaboración y otros puestos). Así emerge un mal entendimiento que pretende expulsar de la noción de tiempo de trabajo o, si se prefiere, del cómputo de la duración del tiempo de trabajo, toda tarea que puede ser preparatoria o meramente organizativa de la actividad laboral para que el tiempo de trabajo sólo acumule lo estrictamente ejecutivo de las funciones laborales, la actividad nuclear. Buena parte del trabajo en plataformas potencia la disponibilidad continuada del trabajador, que debe estar preparado en todo momento para responder a las demandas de las aplicaciones.

En este marco hemos de analizar la irrupción de la digitalización al delimitar tiempo de trabajo y tiempo de descanso. En primer término,

21. Como indicara, con acierto, la STS de 21 de mayo de 2019, bolsas de horas que se regulan para atender a las variaciones no previsibles de carga de trabajo y los trabajadores aceptan voluntariamente el cambio de horas –entre tiempo de trabajo prefijado en los calendarios laborales y tiempos de descanso–.
22. Que padece gravemente el sector de la automoción en 2020 y 2021.

debe quedar claro que el tiempo de trabajo no es eso deducimos e ir y de las exigencias de todo descanso. Que el tiempo de trabajo tiene su también en la sociedad la medida que la digitalización hace necesario ofrecer que se introduzcan internacionalmente nuestro o los llamados des RD 1561/1995 sobre transportes terrestres de los Convenios d

Ni el derecho nacional cho del trabajador horario de trabajo con fijar descanso partes). Ello ha permitido de descanso que se nes por la negociación. Los trabajadores y jornadas laborales mos ejemplos des mente se compensa documentos abiert duda en la sociedad reclamó empresari

La digitalización minados empresari en exclusiva al núcleo que necesariamente muchas ocasiones actividad laboral, e res en las cláusulas

23. Por ejemplo, STS 1 taria fuera de la jornada tampoco obligación al trabajador se le mos ante tiempo d

debe quedar claro que la disponibilidad del trabajador es considerada tiempo de trabajo cuando concurre un elemento que perturba el descanso, eso deducimos e interpretamos de las numerosas resoluciones del TJUE y de las exigencias de regularidad, duración suficiente y continuidad de todo descanso. Que el descanso se interrumpa con reclamos de periodos de trabajo tiene su respuesta en las legislaciones laborales y ella es válida también en la sociedad digital, la regulación de descansos alternativos. En la medida que la disponibilidad del trabajador sea tiempo de trabajo ello hace necesario ofrecer un momento nuevo de descanso, las regulaciones que se introduzcan deberán atender a este aspecto como lo hace tradicionalmente nuestro derecho (normalmente mediante las compensaciones o los llamados descansos alternativos, algunos de ellos regulados en el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales, también en las Directivas sobre transportes terrestres, aéreo o marítimo o en las regulaciones de la jornada de los Convenios de la OIT).

Ni el derecho nacional ni el derecho comunitario reconocen un derecho del trabajador a la no disponibilidad frente al empresario fuera del horario de trabajo. La ordenación del tiempo de trabajo se conforma con fijar descansos (que son derecho necesario indisponible para las partes). Ello ha permitido la demanda de disponibilidad de tiempos de descanso que se suele pactar en contratos de trabajo o en ocasiones por la negociación colectiva (retenes, guardias, disponibilidad). Los trabajadores no están obligados a estar disponibles fuera de sus jornadas laborales, pero pueden pactar esa disponibilidad, encontramos ejemplos designados como *acuerdo de disponibilidades*²³, normalmente se compensará económicamente, aunque no siempre. Se trata de documentos abiertos a la firma de voluntaria de los trabajadores. Sin duda en la sociedad digitalizada la disponibilidad telemática sería un reclamo empresarial muy frecuente.

La digitalización ha traído la errónea pretensión por parte de determinados empresarios (e intérpretes) de considerar tiempo de trabajo en exclusiva al núcleo y no a la actividad o tarea en sí, en su conjunto, que necesariamente exige actividades *no nucleares* pero sí necesarias y en muchas ocasiones imprescindibles para el ejercicio y desempeño de la actividad laboral, esto se observa por ejemplo en el caso de los repartidores en las cláusulas de los contratos que venían efectuando las empresas

23. Por ejemplo, STS 18 de junio de 2020 que aborda guardias de disponibilidad, voluntaria fuera de la jornada ordinaria, donde no existe ni una determinación de lugar ni tampoco obligación de atender en un tiempo estipulado o breve plazo las incidencias, al trabajador se le abonon como complemento de disponibilidad. Para el TS no estamos ante tiempo de trabajo.

en los que la prestación laboral se focaliza en las llamadas microtareas²⁴ (y en otras actividades que nacen de la pequeña economía²⁵), expulsando del concepto tiempo de trabajo los tiempos, de preparación, de respuesta, de uso de las aplicaciones, de desplazamientos, etc., y sólo considerar la prestación nuclear. Como es conocido se caracterizan por la fragmentación de la tarea ya el regreso no es parte del servicio prestado, la disponibilidad tampoco. Esto sucede por ejemplo también con otros empleos digitalizados (financieras, *call center*...) y profesionales (el caso de los profesores en academias, encuestadores). Y esta predisposición no sólo surge del empleador sino incluso del propio legislador estatal, cuando, por ejemplo (desconectado de la digitalización), inicialmente regulaba la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales y dejaba fuera de la jornada laboral los tiempos de espera o de desplazamiento²⁶.

Con la mayor digitalización corremos el riesgo que en el futuro se hagan mayores desmembraciones del tiempo de trabajo y se tienda a considerar sólo como tiempo de trabajo efectivo la nanotarea (que sin duda las máquinas podrán medir con precisión). Son fórmulas escandalosas de huida de la legislación laboral, ya que no sólo se escapa de su aplicación mediante el trabajo informal sino también con la jornada informal.

24. La digitalización hace que emerja el concepto de la "microtarea" sobre todo en el trabajo en las plataformas, en particular en trabajos vinculados al reparto (en empresas como Glovo, Deliveroo) o al transporte (Uber), supone el hiper-fraccionamiento del tiempo de trabajo, se amparan bajo la denominación de lo colaborativo, se esconden bajo las plataformas en línea que conectan a clientes, empresas y trabajadores. En estos casos destaca la presencia de dependencia y control del empleador aunque se elude bajo figuras de paralaridad como el TRADE, negándose derechos vinculados al tiempo de trabajo propios del asalariado pero también los que tiene el propio TRADE (no olvidemos que si hay un aspecto regulado sobre las condiciones laborales en la prestación de servicios del trabajador autónomo económicamente dependiente es precisamente en materias vinculadas al tiempo de trabajo y de descansos—que con el eufemismo de la ley se denominan interrupciones en vez de descansos—, según figura en los arts. 11 y siguientes del LETA). La Ley 12/2021, al incorporar la nueva DA 23.ª del ET para considerar, bajo la presunción de laboralidad, a estas prestaciones como de trabajo asalariado, no resta un ápice a nuestras consideraciones.
25. La llamada *gig economy* y los *gig workers*.
26. Aspecto sobre el que tuvo que pronunciarse el TS en la sala de lo contencioso-administrativo en sus dos Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (que reiterará en la STS de 23 de diciembre de 2008), declarando que la regulación reglamentaria contenida en el art. 14.1 en su párrafo tercero, RD 1331/2006, incurría en *ultra vires* en ese punto, por ir contra la regulación de la jornada. La redacción anulada era la siguiente: "No se computará a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión. En los convenios colectivos se determinarán los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada".

En este punto el de trabajo y tiempo de trabajo se distingue la tipología o los tiempos de presencia, se apuran de servicios) y tiempo de régimen retributivo que no son de la jornada ordinaria remunerarse, en cuando efectúan de trabajo y para

Con la llegada de los trabajos de los horarios. Los derechos vienen a su retribución. vierte en una forma no hay tarea que delimite sus horas en ocasiones si el servicio o la actividad nocturna (por la de noche —en pa-

IV. DOS ELEMENTOS AUTONOMOS

Recientemente se ha hablado de soberanía

27. Al respecto ha habido una discusión de la Dirección de Trabajo, STJ puesta es muy
28. En este sentido la normativa de tiempo de trabajo que prevé el convenio en forma distribuida pero no los cuartos hacen gu-

En este punto hemos de recalcar en la diferencia de los conceptos de tiempo de trabajo y trabajo efectivo y el debate de la tenue línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempos de disponibilidad²⁷, y dentro de estos últimos se distingue la tipología de la disponibilidad (pendiente del requerimiento) o los tiempos de presencia física, en determinados sectores con guardias presenciales, se apunta a la diferencia entre guardias (con actividad y prestación de servicios) y tiempos de espera, etc. Además, esos matices interfieren en el régimen retributivo de estos diferentes tiempos (de manera que habrá tiempos que no son de trabajo a efectos del cómputo de la duración máxima de la jornada ordinaria pero por exigir disponibilidad del trabajador sí deben remunerarse, en la medida que pudiera resultar afectado el descanso²⁸), cuando efectivamente resulta afectado el descanso se convierten en tiempo de trabajo y para ello sólo es necesario acudir a los anales de jurisprudencia.

Con la llegada de la digitalización aparece un elemento de reclutamiento de los trabajadores, el atractivo, es la flexibilidad en la planificación de los horarios. La flexibilidad horaria (aceptada por el trabajador) minará los derechos vinculados a la ordenación del tiempo de trabajo y también a su retribución. Finalmente, la pretendida disponibilidad horaria se convierte en una farsa porque si no hay actividad cuando la demanda la app. no hay tarea encargada y se relega a la persona, el trabajador no es quien delimita sus horarios, los horarios los delimita la demanda. En algunas ocasiones si el servicio del trabajo en plataformas se realiza en la distancia ello interfiere también en la afectación de las regulaciones del trabajo nocturno (por las diferencias de husos horarios, realizándose el trabajo de noche –en parte del horario– para responder a la tarea encomendada).

IV. DOS ELEMENTOS FUNDAMENTO DEL DESCANSO: AUTONOMÍA Y LIBERTAD

Recientemente la OIT ha recreado un concepto rimbombante denominado soberanía del tiempo de trabajo que realmente es la soberanía del

27. Al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en repetidas ocasiones en aplicación de la Directiva 2003/88, en particular sobre aspectos como la guardia presencial o cuándo los desplazamientos para prestar el servicio deben considerarse tiempo de trabajo, STJUE de 10 de septiembre de 2015. Y se pone de manifiesto que la respuesta es muy casuística atendiendo a las concretas circunstancias de cada supuesto.
28. En este sentido STJUE 15 julio 2021, BK, asunto C-742/19, al establecer que la directiva de tiempo de trabajo no se opone (en relación a militares) a una normativa nacional que prevé que los periodos de guardia con presencia en la empresa se retribuyan en forma distinta al trabajo efectivo cuando tiene la obligación de permanecer en el cuartel pero no lleva a cabo actividad laboral efectiva. No obstante, cuando los militares hacen guardias imaginarias están excluidas de la directiva.

Queremos afirmar que la desconexión digital es un derecho subordinado al servicio del descanso, no un derecho independiente, que encuentra acogida, por el momento, en los arts. 88 LO 3/2018, de protección de datos y art. 18 Ley 10/2021 sobre la desconexión en el trabajo a distancia. La reciente propuesta del Parlamento europeo puede y debe exigir una mayor reflexión al legislador nacional sobre la regulación del derecho a la desconexión³¹, su enfoque teme el agotamiento por disponibilidad de los trabajadores, esa digitalización que exige estar *siempre conectados, siempre en línea*³², lo que a la postre significa siempre disponibles. A día de hoy, a nuestro parecer, la desconexión digital se trata de un derecho sin forma, que deja un importante margen a las partes y a la negociación y acuerdos; es un derecho instrumental, que surge para garantizar los derechos a los descansos (en una sociedad digitalizada). La intervención de la negociación puede suponer que sea un derecho reconocido pero carente de regulación.

Para contrarrestar la efervescencia del trabajo móvil salvaje, de algunos negociadores de la industria de la automoción y de algunos servicios (por decisión de la empresa y sus protocolos) incorporan la necesidad al menos durante el descanso anual (las vacaciones) de que los servidores reenvíen correos de respuesta automática indicando que el trabajador se encuentra de vacaciones, comunicando con que correo se debe contactar con indicación del trabajador designado y nuevo responsable de esa tarea mientras duren las vacaciones. Incluso en algunas ocasiones se procede al borrado de los correos recibidos por el trabajador en vacaciones, lo que se comunica como política al remitente del correo electrónico.

En ciertas negociaciones a nivel de empresa empieza a permitirse que el trabajador pueda registrar el tiempo de trabajo realizado fuera de las instalaciones, ello permite compensar tiempos (de respuesta a correos y otras actividades tecnológicas realizadas fuera de la jornada diaria ordinaria), utilizando una respuesta afianzada en la ordenación del tiempo de trabajo en los ordenamientos laborales, los descansos alternativos.

³¹ Resolución del Parlamento europeo de 21 de enero de 2021 (procedimiento 2019/2181 INL) en la que se insta a la Comisión a abordar mediante una Directiva este derecho a la desconexión digital. El Parlamento llegará a considerar este derecho a desconectarse como fundamental y que es un instrumento de la política social de la UE para garantizar los derechos de todos los trabajadores (considerando H). Directiva que en caso de prosperar debe complementar y respetar las Directivas 2003/88 (tiempo de trabajo), 2019/1152 (condiciones transparentes y previsibles), 2019/1158 (conciliación) y 89/391 (seguridad y salud laboral).

³² Apartado 9 de la propuesta que contiene la Resolución del Parlamento europeo de 21 de enero de 2021.

La brusca irrupción de la digitalización en el trabajo exige a los legisladores actuales a atender, de manera urgente, a la noción de tiempo de disponibilidad en el marco del trabajo asalariado y delimitar sus márgenes³³. Sin duda el tiempo de disponibilidad *versus* el tiempo de descanso se convierte en una circunstancia que transita del descanso al tiempo de trabajo. El legislador está llamado a prestar atención a la disponibilidad para la localización tecnológica (con independencia de la concreta herramienta con conexiones a internet que se utilice sean ordenadores, tabletas, teléfonos inteligentes, relojes).

El otro gran elemento que será necesario regular (con urgencia) son los tiempos de conexión y su tratamiento como tiempo de trabajo. Por ello hemos de afirmar que es insuficiente con regular la desconexión digital y reconocerlo como un derecho (con los parámetros del descanso), en la sociedad digital la legislación debe acercarse a cuándo es exigible al trabajador la reconexión digital que demanda el empresario para que comience a prestar su actividad laboral, a responder, a conocer, rompiendo con los descansos (anulando su autonomía o soberanía del tiempo de no trabajo).

Las actuales revoluciones tecnológicas piden atender más a los tiempos de espera que en las revoluciones industriales, antes era relativamente sencillo identificar el tiempo de trabajo con el desarrollo de las tareas y funciones, ahora no. Buena muestra de ello son los litigios laborales que resuelven los Juzgados y Tribunales, auguramos que en las próximas décadas serán muy frecuentes y tendrán como objeto valorar si el mero hecho de estar localizable, según las circunstancias, es o no tiempo de trabajo.

Resulta necesario que se proceda a la reordenación legal del tiempo de trabajo, atendiendo a los cambios que introducen los procesos de la digitalización, es una exigencia en la ordenación del tiempo de trabajo en la sociedad actual y de futuro, porque la digitalización transforma alguna de las nociones de la jornada pero esta imperiosa necesidad de reordenación afecta sobre todo a un concepto: el de disponibilidad del trabajador -que deberá definirse por los ordenamientos jurídicos- es necesario tanto para el trabajo digitalizado como en el no (tan) digitalizado ya que las nuevas formas de trabajar han colonizado todo el tiempo de trabajo. Por lo que proponemos que se defina tanto la exigencia de disponibilidad y su voluntariedad (como género) al tiempo se concrete la *disponibilidad telemática* y su voluntariedad (como especie).

33. También para las manifestaciones de paralaralidad como la figura del autónomo económicamente dependiente, art. 11 LETA.

Ello afectará a los requerimientos laborales, a la puesta e intervención de la formación exigida, a la formación *on line* ya que el descanso.

Las resoluciones judiciales no se ubican en los sectores que, hasta el tiempo (sanitarios, bomberos, etc.), la creación de incendios forestales, la sociedad hace, está también en asistencia, conciliaban bien con la digitalización puede suponer *siempre disponibles* si r

Ello afectará a desplazamientos, guardias, la obligación de atender a requerimientos laborales con inmediatez, con tiempos muy breves de respuesta e intervención y a la disponibilidad telemática, también a parte de la formación exigible al empresario con el creciente recurso de la formación *on line* ya que se prolongan los tiempos de trabajo en horarios de descanso.

Las resoluciones judiciales que se enfrentan al tiempo de disponibilidad no se ubican en el trabajo tecnológico sino en los trabajos de aquellos sectores que, hasta la fecha, exigen una prestación continuada en el tiempo (sanitarios, bomberos, policías, actividades aeroportuarias, extinción de incendios forestales, servicios de reparaciones). La tecnología y la sociedad hace, está haciendo, que transformemos muchos otros empleos también en asistencias continuadas que no siempre son ineludibles y que conciliaban bien con el respeto debido a los tiempos de descanso, la digitalización puede suponer la invasión del *trabajo sin fin* o la obligación del *siempre disponibles* si nos dejamos invadir.