

# JORNADA LABORAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFO-COMUNICACIÓN: “DESCONEXIÓN DIGITAL”, GARANTÍA DEL DERECHO AL DESCANSO

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

## EXTRACTO

**Palabras clave: Derecho a la desconexión, trabajo digital, centros de trabajo virtuales, economía de gran demanda**

Las innovaciones tecnológicas y organizativas asociadas al mundo digital provocan profundos desafíos al Derecho del Trabajo, entre ellos, la delimitación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo. En un buen número de países se ha dado el banderín de salida para la regulación de derechos de los trabajadores vinculados a este nuevo mundo del trabajo digital. Uno de estos derechos más célebres es el derecho a la desconexión digital del trabajador fuera de su jornada de trabajo. El primer país en reconocerlo ha sido Francia. Sin embargo, la regulación francesa ni define el contenido de ese presunto derecho ni le atribuye garantías de eficacia. El sentido práctico de ese derecho se reduce a mera libertad del trabajador de no responder a los mensajes profesionales fuera de su jornada.

Por lo tanto, la cuestión jurídica que se plantea en este estudio es la de calificar la desconexión digital no como un derecho nuevo, sino como una garantía de efectividad de un derecho social fundamental clásico, el derecho al descanso. Desde esta perspectiva, el artículo ofrece un amplio catálogo de razones jurídicas para entender que esa garantía ya existe en el Derecho español.

## ABSTRACT

**Key words: Right to disconnect, digital work, virtual workplace, gig economy**

Technological and organizational innovations associated with the digital world create profound challenges to labor law. One of the main problems is the distinction between “working time” and “rest periods”. The global race to civilize digital capitalism is on. In France, the “right to disconnect” –requiring companies of a certain size to negotiate how their employees handle out-of-hours work and availability – came into force on 1 January. However, the French regulation neither defines the content of that alleged right to nor does it attribute warranty of effectiveness. The practical meaning of this right is reduced to mere freedom for the worker not to respond to professional emails out-of-hours work.

Therefore, the legal question that arises in this study is to describe the digital disconnection not as a new right, but as a warranty of the effectiveness of a classic fundamental social right, the right to rest. From this perspective, the article offers a wide catalog of legal reasons to understand that this warranty already exists in Spanish Labor law.

*“Los empleados salen físicamente de la oficina, pero no dejan de trabajar. Quedan amarrados por una especie de correa electrónica, como si fueran perros. Los mensajes de texto, los e-mails y demás invaden la vida de los trabajadores”*

*Benoit Hamon (líder socialista francés)*

*“Laws protecting workers from employers’ out-of-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option”*

*The Guardian, 27 de febrero de 2017*

#### ÍNDICE:

1. REGULACIÓN Y “ERA DIGITAL”: ¿MODERNIDAD DE LOS DERECHOS PARA UN “NUEVO TIEMPO” O EXCESO DE “ESNOBISMO DE LOS DERECHOS”?
2. AMPLIACIÓN DE FRONTERAS DE LA JORNADA LABORAL POR LA DOBLE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y ORGANIZATIVA: NUEVAS “ZONAS GRISAS”
  - 2.1. La creciente dilución de las unidades de lugar y tiempo de trabajo en la era digital: de las “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales)
  - 2.2. La irrupción del problema en la experiencia española: multiplicación de problemas y germen de algunas soluciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria
    - 2.2.1. *Los retos aplicativos de las normas laborales vigentes a la transformación digital de la organización de trabajo: ¿quién decide cómo se reparten los costes?*
    - 2.2.2. *El tiempo de desplazamiento de los trabajadores desde su domicilio particular al lugar de trabajo para los clientes: ¿tiempo de trabajo?*
  - 2.3. La razón protectora (fin), no el formato de la organización (forma), determina el derecho: Una doctrina general en busca de éxito más allá del caso Tyco
    - 2.3.1. *Neutralización jurisprudencial en la práctica de la doctrina Tyco: ¿pura cuestión fáctica vinculada a la constatación del control digital del empleador?*
    - 2.3.2. *Alguna proyección exitosa, explícita e implícita: el accidente de trabajo durante el tiempo de desplazamiento al trabajo se beneficia de la presunción*
3. LA NEONATA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿“DERECHO NUEVO” O GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE UN CLÁSICO DERECHO?
  - 3.1. La desconexión digital del trabajador en su “ley de origen”: un derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio
  - 3.2. El derecho fundamental al descanso efectivo como fuente integradora del contrato: El poder de desconexión digital como garantía aplicable y aplicada en España
    - 3.2.1. *Vincular el tiempo libre del trabajador a la empresa es inconstitucional por reducir la persona a mero factor productivo (STCO 192/20013)*
    - 3.2.2. *La sobrecarga digital extra-laboral como factor de estrés prohibido legalmente: alguna experiencia judicial nacional de garantía de desconexión digital*
4. CONCLUSIONES: ¿“NON NATA” O “NEO NATA” GARANTÍA DESCONEXIÓN DIGITAL EN ESPAÑA?

## 1. REGULACIÓN Y “ERA DIGITAL”: ¿MODERNIDAD DE LOS DERECHOS PARA UN “NUEVO TIEMPO” O EXCESO DE “ESNOBISMO DE LOS DERECHOS”?

El Artículo 14 del nuevo convenio colectivo de AXA SEGUROS (2017-2020), que está teniendo un descomunal eco mediático, reconoce el célebre -al final de este estudio quizás se acreditará que más bien mítico- “derecho a

la desconexión digital”. Dejando a un lado el texto de profusa retórica sobre el fenómeno de la interconectividad digital y su impacto -pretendido o real- en la dilución en las formas clásicas (“analógicas”) de prestación de servicios laborales, dando por consolidado un escenario de mutaciones que está más bien *in fieri*, previo como justificación<sup>1</sup>, qué dice realmente la cacareada norma convencional:

*“Es por ello [por la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo a raíz de la interconectividad digital permanente] que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*

Expuesto con absoluto fidelidad la letra (transcrita del BOE) de la norma convencional de reconocimiento, por primera vez en España y anunciado con toda la solemnidad que tan noble hito histórico-jurídico precisa, del afamadísimo derecho “de nuevo cuño” prototípico de “un nuevo tiempo de los derechos digitales” ¿en dónde reside el sentido práctico del mismo? ¿Cuál es el conjunto de facultades y garantías que blindará para la defensa efectiva de la posición de autodeterminación que quiere blindar para el trabajador y qué deberes genera en el sujeto empleador para hacer realidad aquéllas? En otros términos ¿si el vigente convenio colectivo de AXA, entidad aseguradora filial de un grupo de matriz francesa, no hubiera sido tan valiente e innovador a la hora de avanzar en la adecuación del obsoleto modelo regulador estatutario a la altura de los tiempos -digitales-, los trabajadores de AXA tendrían la obligación de responder a correos eventualmente enviados por su empleador fuera de la jornada de trabajo? Y si no lo hicieran ¿podrían ser sancionados o perjudicados de algún modo por ello?

No seguiré con las preguntas porque es evidente que todas ellas son retóricas y tienen una fácil respuesta: ni antes de este precepto convencional los trabajadores de AXA estaban obligados a responder necesariamente a los mensajes

<sup>1</sup> El texto que precede al precepto, más que expresión de un sano realismo rimbombante alegato de aceptación de una realidad que parece darse como inexorable, dice lo siguiente: “Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores. (...)”

profesionales fuera de la jornada, salvo previsión contractual en contrario, siempre que no fuese desequilibrada, estando protegida su posición por un derecho social hoy fundamental (el derecho a la efectividad del descanso ex art. 31.2 CD-FUE), ni -esto es mucho más inquietante- después de él tienen garantías plenas de no tener que hacerlo, porque el propio precepto prevé “excepciones” a la pretendida garantía que, sin embargo, no delimita. Lluve sobre mojado, porque si se atiende al artículo siguiente, relativo al código de uso de las nuevas tecnologías informáticas, además de atribuirle usos de carácter profesional sólo, siendo el personal excepcional, también contempla limitaciones al uso pactado de los sistemas de control sin el debido acuerdo colectivo. Lo que hace sospechar de la real bonhomía de la empresa al tutelar la autodeterminación digital del trabajador

Pero no es esta otra vertiente -alcance y límites de la hipervigilancia empresarial que deriva- de la transformación digital de nuestro mundo de vida, también y especialmente el del trabajo, el que aquí me ocupa, siendo objeto detenido de estudio en otros trabajos de este monográfico. El objeto fundamental de este ensayo es analizar los desafíos que esa mutación, que la doble innovación tecnológica y organizativa que impulsa la sociedad digital, plantean a la cuestión nodal de delimitar el tiempo de trabajo efectivo, para diferenciarlo del no laboral, en un contexto en el que, como afirma el texto que encabeza el referido art. 14 CC de AXA, las fronteras entre un tiempo de vida, el productivo, y el otro, el reproductivo, se difuminan, por esa conectividad continuada, aunque pueda ser intermitente. Ciertamente, esta temática tiene una complejidad muy superior a la que sintetiza el actual debate sobre el reconocimiento -y, esta vertiente se suele ignorar más, la garantía efectiva- del nuevo derecho, real o pretendido, a la desconexión digital del trabajo en la vida privada. Por lo tanto, analizaremos aquí más de un aspecto de esta compleja, por extensa, intensa, heterogénea y cambiante, problemática<sup>2</sup>.

Ahora bien, pretendemos poner el acento en esta otra dimensión, por entender que, además de ocupar el primer plano del debate -político, social, jurídico-, se desarrolla por unos senderos que, a nuestro juicio, resultan altamente erráticos. Por eso no ha parecido la mejor presentación posible del tipo de análisis que aquí se va a hacer, al menos parcialmente, el dejar constancia de esa pretendida fuente pionera en España de ese no menos pretendido nuevo derecho, desvelando sus inconsistencias y sus contradicciones

<sup>2</sup> Cfr. García-Perrote, I. -J. Mercader Uguina, J.R. “*El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)*”. Información Laboral, n. 10/2016. Más crítica Vallecillo Gámez, M.R. “*El derecho a la desconexión: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*”, CEF-Trabajo y Seguridad Social, n. 408/2017, pp. 167 y ss.

No es casual que esta empresa sea filial de un grupo de matriz francesa. Muy conocido es que la fortuna, mediática, política y científica, de este debate se debe a la nueva aportación que la cuna de la “primera generación de derechos de la persona”, los derechos de libertad, Francia y su revolución liberal -la de igualdad y fraternidad quedaría pendiente para venideros siglos-, parecería querer hacer a un “nuevo tiempo de los derechos”<sup>3</sup>, el de los derechos cívicos de la nueva era digital. Fiel a su ancilar esnobismo, la pompa francesa se ha encargado bien de publicitar hasta el paroxismo que el 1 de enero de 2017 entró en vigor uno de los aspectos más llamativos de la reforma laboral francesa de 2016 (Ley 2016-1088, el 8 de agosto, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*)<sup>4</sup>: el reconocimiento -pero sin garantía de efectividad alguna- de un neonato derecho a la “desconexión digital del trabajador” finalizada la jornada laboral (*Droit à la déconnexion*), como su medida estrella para la adaptación de la norma laboral a las demandas de un mercado marcado por un nuevo entorno digital. ¿Qué dice la norma gala para ser tan célebre y anhelada en otros países europeos? ¿Su texto ofrecerá más garantías que el visto emulador convencional patrio de la empresa AXA para congratularse mundialmente del amanecer de un nuevo derecho a la altura del desafío digital que tanto fascina como amenaza?

Lo veremos en su momento. Por lo esbozado en estas páginas introductorias se intuye cuál es mi valoración jurídica (técnica y de política jurídica). Pero retrasaré clarificarla -pongamos algo de suspense-, aplazando mi ensayo de racionalización jurídica y búsqueda de un auténtico sentido práctico a este imperativo -cierto<sup>5</sup>- de efectividad del derecho social al descanso de todo trabajador frente al exceso de conectividad laboral que crea el mundo de lo digital. Antes conviene realizar un repaso, ilustrativo, pero sucinto, de algunos problemas que provoca esta interacción entre las “tecnologías de la Info-comunicación” (TIC) y

<sup>3</sup> Por evocar la magistral obra de N. Bobbio. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. 1991. De especial interés sus reflexiones sobre la “función ideológica del lenguaje de los derechos”, p. 22.

<sup>4</sup> Vid. Ray J.-E., «*Grande accélération et droit à la déconnexion*», *Droit social*, 2016; Loïc, L. : “*Le Droit à la déconnexion “à la française”*”, [www.cielolaboral.com](http://www.cielolaboral.com);

<sup>5</sup> Más de 6 de cada 10 trabajadores declaran usar los dispositivos informáticos para continuar con sus quehaceres laborales fuera de la jornada, sintiendo auténtica “presión laboral digital” en los periodos de descanso 4 de cada 10. Cfr. *Estudio de la consultora de recursos humanos Randstad, 2016*. Las cifras varían de unos Estudios a otros, con alguna rebaja importante de porcentajes (vid. Encuesta de satisfacción Laboral elaborada por la empresa Ipsos-Edenred, 2016). Pero en todos ellos queda claro estadísticamente la existencia de un factor de “sobrecarga digital” en los trabajadores (los franceses, de nuevo más con ánimo expresivo que acierto, lo llaman “obesidad digital”). Será esta constatación, no sólo cualitativa sino cuantitativa, la que lleve a realizar un Informe específico que sirvió de base a la Ley finalmente aprobada. Vid. Informe M. Bruno Mettling. “*Transformation numérique et vie au travail*”. En <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

los modos de determinación y cómputo de la jornada laboral. La mutación digital grisea las fronteras, otrora más claras, entre los tiempos de trabajo estrictamente productivo (bajo la dependencia del empleador y orientados a los resultados de productividad debidos) y los reproductivos (bajo el poder de autodeterminación de la persona del trabajador para asuntos propios).

## **2. AMPLIACIÓN DE FRONTERAS DE LA JORNADA LABORAL POR LA DOBLE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y ORGANIZATIVA: NUEVAS “ZONAS GRISES”**

### **2.1. La creciente dilución de las unidades de lugar y tiempo de trabajo en la era digital: de las “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales)**

A estas alturas, es innegable que la digitalización de la economía (empresas) y de la sociedad (relaciones sociales) en el mundo más “desarrollado” es un proceso imparable y que se desenvuelve a velocidades de vértigo, con sus incuestionables beneficios (ventajas respecto del pasado) y sus manifiestos inconvenientes (perjuicios y riesgos). De ahí que sume tanta fascinación como temores, lo que, por otro lado, ha sido una constante en la evolución humana, pues la búsqueda continua de innovación es tan recurrente como el miedo que provoca sus cambios en los hábitos de vida de una sociedad inclinada a garantizar la seguridad (disponible y conocido ahora) frente al riesgo (la incierta oportunidad de mejora por conocer). Un breve repaso por los anales de los mejores estudios de la doctrina jurídico-laboral pondría de relieve que este tópico del impacto de las “nuevas tecnologías de la información” en las relaciones laborales, que tanto furor tiene hoy, ocupando miles y miles de páginas de todas las Revistas especializadas (incluido -oportunamente- este monográfico-), cuenta en nuestro país, cuando menos, con 30 años de historia<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Vid. E. Borrajo Dacruz. “*El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo*”, AEDIPE, 1984, págs. 32 y ss. Proliferando a partir de esas fechas los estudios doctrinales, ocupando gran relieve en cada década posterior. Entre los más remotos y generales vid. R. Pradas Montilla. “*Organización del trabajo y nuevas tecnologías*”. Documentación Laboral, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss; M.R. Alarcón Caracuel. “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en Aa.Vv. (Coord.: Id. y R. Esteban Legarreta). *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004. En la doctrina extranjera, por su preclaridad, destaca M. Igbaria-M.Tan. *The virtual workplace*, Londres Idea Group, 1998; S. Fuller-A. Hartman-S. Raman. “Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work”, en Orlikowski, W.J. et alii. *Information technology and changes in organizational work*, Londres, Chapman & Hall, 1996

Ciertamente, los impactos entonces augurados adquieren hoy tanto mayor extensión como intensidad, porque proliferan los nuevos dispositivos digitales que hacen que vivamos en una sociedad máximamente conectada, hasta el punto que vivir al margen de las empresas incluso “fuera de la jornada laboral” parece devenir una utopía, cuando no quimera. De este modo queda ensombrecido el clásico derecho al descanso recogido desde hace décadas en los ordenamientos civilizados (para las vacaciones anuales vid. Convenio n. 132/1970 OIT). En este tipo de sociedades digitalizadas delimitar una cuestión tan básica como el tiempo de trabajo -condición sustancial del contrato de trabajo (los denominados “a llamada” o “intermitentes” la diluyen- respecto del “tiempo de no trabajo” se tornaría muy problemática, poniendo a dura prueba de resistencia las soluciones clásicas, también del Derecho de la Unión Europea.

La jornada de trabajo forma parte del corazón mismo de la relación de esta naturaleza, por lo que su regulación resulta clave para lograr un justo equilibrio entre la pluralidad de los derechos e intereses en juego (salud, productividad, conciliación de la vida laboral y familiar, reparto de empleo...). Consecuentemente, a la dificultad para lograr soluciones óptimas para todos ellos, añade su extremo dinamismo, desestabilizando las alcanzadas precedentemente. Precisamente, y aunque resulte paradójico, la doble innovación tecnológico-organizativa más apunta hacia el incremento de la jornada -conforme al debate originario a su cuantificación-, que a su reducción -como acentuaba el nuevo debate relativo a su distribución irregular-: el paradigma de profesional más “valioso” se identifica con el “más disponible” (además del más transparente, por su conexión en redes<sup>7</sup>).

Estos procesos de innovación tecnológico-organizativa del mundo digital ampliarían las posibilidades de conectar los “periodos de no-trabajo (productivo)” con los de “trabajo productivo”, a través de las tecnologías de la Info-comunicación y al margen del lugar en que se hallen los trabajadores, cada vez como menos unidades físicas de referencia (centros de trabajo “analógicos”), para devenir virtuales. Resurge, así, en el centro de la cuestión moderna del tiempo de trabajo y su ordenación bajo los nuevos modelos de organización, una cuestión clásica, código genético de su regulación: la protección de la seguridad y salud en el trabajo (en el plano comunitario la 2003/88/CE). Piénsese que la propia legislación francesa referida tiene como razón de ser principal la protección

<sup>7</sup> Fuera de la literatura, general y especializada, en las artes cinematográficas también ha tenido recientemente su reflejo. Destaca -no por su calidad, sino por el reflejo de la tendencia-, la película *El Círculo* (adaptación de la novela homónima de David Eggers). En ella se cuenta como la empresa de internet más prestigiosa del mundo actúa creando una pantalla de innovación e implicación con sus empleados, yendo más allá de la atención laboral (responsabilidad social corporativa), pero que, en realidad, a través de un sofisticado sistema de conexión por redes digitales, ejerce un extremo control que no sólo afecta a sus empleados, sino también al resto de usuarios de la Red.

de una dimensión contemporánea de ese derecho, hoy de carácter igualmente fundamental en el ámbito comunitario (art. 31.2 CDFUE; art. 15 en relación a los arts. 40 y 43 CE): la protección de la salud psicosocial de las personas en su lugar o entorno de trabajo. No por casualidad, una parte significativa de los acuerdos colectivos que anticiparon el “derecho a la desconexión digital” se vinculaban, de un modo u otro, a los más innovadores “acuerdos colectivos de gestión del estrés laboral”, obligatorios en Francia para las empresas de mayores dimensiones a raíz de las alarmas surgidas en el país vecino con la multiplicación de suicidios en grandes empresas<sup>8</sup>.

Por supuesto no es la única experiencia europea preocupada por esta pérdida de certeza de las fronteras entre ambos tiempos de vida (laboral y personal), aunque haya tenido menos eco, quizás porque ha resultado, de momento, fallida en el plano legislativo. Me refiero al debate alemán sobre la necesidad-oportunidad de aprobar una ley sobre estrés laboral en la que, entre otros factores determinantes, se pusiera coto a la constante conectividad digital de las personas, aun fuera de su trabajo. Dejando de lado la anécdota de su presentación en algún medio de comunicación como “una de las leyes laborales más extrañas del mundo” por ser una expresión singular de ética en el trabajo (a la altura de otras como la japonesa que exige una determinada dimensión máxima de la cintura de sus empleados, a fin de evitar el sobrepeso, por los elevados costes que tiene, para empresas y para la sociedad<sup>9</sup>), la pretensión de este proyecto (2014) era prohibir a los empleadores (y sus directivos) seguir dando instrucciones a los empleados fuera de jornada, salvo, eso sí, las célebres “circunstancias excepcionales”.

Con ello, al igual que en Francia, sólo se pretendía convertir en obligación general el compromiso que ya habían asumido, de forma voluntaria, sus empresas más punteras (en 2011, el Grupo Volkswagen adoptó un acuerdo por el que desactivaba los correos electrónicos de Blackberry fuera de las horas de trabajo). Las desavenencias entre los socialistas y los conservadores -el proyecto fue presentado por la Ministra de Trabajo socialista, sin acuerdo con el partido de la Canciller-, en su coalición de Gobierno, y fuertes resistencias patronales, por la

<sup>8</sup> Especialmente interesante, también por ser más reciente, y si bien no formula un derecho a la desconexión digital, pero sí una obligación de evaluar el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la empresa, para evitar que constituyan un factor de estrés y quiebre el equilibrio entre vida laboral y personal, es el art. 4 del *Acuerdo del Comité de Grupo Europeo BNP PARIBAS, de 10 de enero de 2017*. Estos acuerdos suelen remitir a los Acuerdos Marcos Europeos sobre gestión de estrés laboral -también de violencia en el trabajo-, actuando como concreción nacional, o internacional, de ellos. Ampliamente sobre todo ello M. García Jiménez et alii. *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*. Bomarzo. 2011.

<sup>9</sup> Vid. [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140603\\_vert\\_cap\\_leyes\\_laborales\\_extranas\\_yv](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140603_vert_cap_leyes_laborales_extranas_yv)



rigidez que conllevaba ciertas prohibiciones generales, hizo que no prosperara, al menos de momento. Una iniciativa que, cierto, lo que hacía es poner en evidencia que el derecho al descanso efectivo, exigido por la Directiva, no se cumplía en un creciente número de personas por el exceso de conexión digital. En definitiva, los pioneros en plantearse el problema fueron los alemanes pero, ¿quizás por su mayor rigor, o seguramente por su “rigidez”<sup>10</sup>, perdieron la gran oportunidad histórica de adelantarse a los franceses en tan memorable “hito jurídico”?

También Bélgica, zona de influencia cultural francesa dominante, ha creído necesaria una iniciativa legislativa que reordenara la cuestión del tiempo de trabajo en el contexto de una sociedad mutada y que exigiría nuevos equilibrios entre los intereses en juego. De ahí, la Ley de 5 de marzo de 2017, “*Loi concernant le travail faisable et maniable*».

Por supuesto, no tenemos pretensión alguna aquí de analizar esta ley, interesante, pero muy compleja en su aplicación y, por lo tanto, como evidencian los sindicatos de forma mayoritaria, poco creíble o de muy difícil factibilidad -comparte problemática con la celebrada ley francesa-<sup>11</sup>. Nuestra intención es evidenciar cómo es irrefrenable -incluso ya urgente- el debate sobre cómo reescribir -en términos de regulación- un “justo equilibrio” entre la vida privada y la profesional, de modo que, las garantías de bienestar de los trabajadores ni cedan a, ni tampoco perjudiquen los imperativos de flexibilidad empresarial, en el nuevo escenario de globalización, digitalización e incertidumbre en el que se desenvuelven las empresas. Si bien por razones diversas, ni sindicatos ni patronal tienen la más mínima convicción de que esta ley sirva ni para los unos ni para los otros. En todo caso, sí parece claro que la evolución de la realidad no va en la dirección de reducir la jornada (tópico sindical) sino en la de incrementar la flexibilidad con horas suplementarias: “*plus de flexibilité, plus d’heures supplémentaires*”.

No por casualidad, dentro de este escenario cambiante, incierto y conflictivo, también la Comisión retomó su vieja Propuesta de 2006 para modificar la Directiva 2003/88/CE, destacando, para lo que interesa a nuestro estudio, además

<sup>10</sup> La patronal alemana toma este debate público “poco más que como una excentricidad de un mercado laboral que disfruta de pleno empleo técnico en buena parte del territorio alemán”, recordando que la Ley de Protección de los Trabajadores de 1996 recogía ya una protección integral que previene los abusos de ese tipo. En cambio, el poderoso sindicato “IG Metall” tenía una visión diferente, presionando para su aprobación a fin de hacer efectiva la tutela de la salud psicosocial, la causa mayor de jubilaciones anticipadas en Alemania, según algunos datos estadísticos disponibles. Vid. <http://www.elmundo.es/economia/2014/08/08/53e48ed7268e3e97588b4570.html>

<sup>11</sup> La síntesis de la Revista del MEYSS *Actualidad internacional sociolaboral*, número 211 (abril de 2017), pp.138 y ss. <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista211/138.pdf>. También sugerentes los comentarios en el blog de E. Rojo Torrecilla. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/una-breve-nota-de-la-ley-belga-de-5-de.html>

de la cláusula de “*opting-out*” (legitimidad de eximirse de los límites de la jornada máxima si media consentimiento del trabajador), la búsqueda de tiempos que, siendo de puesta a disposición del empleador, no impliquen trabajo efectivo, esto es, de estricta “productividad”, declarándose de “inactividad”, aunque tampoco sean de descanso en sentido propio. Se reabría la cuestión de fijar horas de diferente naturaleza, en la línea deseada de intensificar las distinciones conceptuales, con efectos, por supuesto, de flexibilidad en la gestión empresarial (excluyentes o limitativos, tanto en el cómputo de la jornada máxima, ampliándola indirectamente, cuanto en su retribución, rebajándola respecto de la jornada laboral pura). Bien conocido es este debate en sectores de actividad, no sólo sanitario, que distingue entre “*horas de localización*” (que no computan para las de trabajo) y “*horas de disposición*” (que sí lo hacen), así como entre las “horas ordinarias”, las “horas extraordinarias” y también las “horas complementarias”, más allá de la previsión para el trabajo parcial. De momento, y dado la persistencia de diversidad de posiciones por los Estados, se habría limitado recientemente a unas pautas orientativas para la interpretación, siguiendo muy de cerca la copiosa jurisprudencia comunitaria en la materia, por lo que persiste la imagen de regulación provisional en busca de tiempos de mejor fortuna reformista<sup>12</sup>.

## **2.2. La irrupción del problema en la experiencia española: multiplicación de problemas y germen de algunas soluciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria**

### *2.1.1 Los retos aplicativos de las normas laborales vigentes a la transformación digital de la organización de trabajo: ¿quién decide cómo se reparten los costes?*

Cómo acabamos de resumir, al margen de las decisiones legislativas adoptadas, y de la suerte de los proyectos de reforma emprendidos, no se puede obviar ya que la constante innovación tecnológica derivada de la transformación digital en todas las esferas de nuestro mundo de vida, en particular la económica y social, por lo que aquí más nos interesa, así como la evolución de los modelos organizativos del trabajo en las empresas que aquellos impulsan o favorecen, suscita un extenso e intenso catálogo de retos y problemas al Derecho del Trabajo. Estos conflictos se proyectan en su momento “regulador” (fuentes de producción de normas a la altura del nuevo tiempo) y en el momento “aplicativo” (para la interpretación evolutiva de las normas creadas), sin que a menudo sea fácil diferenciar para la solución ambos, pese a que parecía consolidada su

<sup>12</sup> Vid. la Comunicación interpretativa sobre 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 [C(2017) 2601]. Cfr. E. Martín Puebla. “*El fallido proceso de revisión de la Directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo*”. *Aranzadi Social*, n. 22, 2016.

distinta naturaleza y diversidad de técnicas de solución [“conflictos de regulación de intereses” o económicos versus “conflictos de interpretación” o “jurídicos”). Por lo tanto, tampoco nuestro país puede estar, ni lo ha estado, ajeno a esta convulsión, debiendo afrontar delicados conflictos, tanto de regulación como de interpretación, yendo mucho más allá del tiempo de trabajo<sup>13</sup>, pues tiene hondas raíces organizativas.

En efecto, el profundo desafío lanzado por la conjunción de innovación (tecnológica y organizativa) en la era digital, nuevo paso, pues, en esa constante de las relaciones de trabajo, adaptadas y adaptables desde su mismo “código genético” a las constantes mutaciones de la economía (capitalista) de mercado, tiene como presupuesto una general desmaterialización de las fronteras antes físicas de la organización del trabajo. Un rasgo caracterizador, por lo que aquí interesa, será la búsqueda de un modo de ordenación que sustituya la base de centros de trabajo perfectamente ubicados territorialmente, según el prototipo normativo (art. 1.5 ET), por una red de servicios que, habitualmente con un centro único de dirección, organiza y dirige aquélla mediante conexiones facilitadas por el uso tecnologías de la Info-comunicación.

Tales modelos de organización de las empresas, que optan por, como vía de recorte de costes (de producción y de transacción), suprimir o reducir las previas “unidades productivas con organización específica” materializada (esto es, los centros de trabajo físicos ex art. 1.5 ET) de relaciones de trabajo, sustituyéndolas por formas (virtuales u online) de comunicación y de instrucción directa desde una única unidad a todos los trabajadores, pese a que su prestación de servicios se realiza en dispersas y alejadas zonas geográficas, generará graves problemas aplicativos para las normas laborales, incluso para las de Seguridad Social. Los conflictos se dan tanto en las relaciones individuales como en las colectivas de trabajo, en la medida en que en los dos casos la unidad organizativa referencial sigue siendo, en el modelo de proximidad física canonizado por el vigente, pero obsoleto, ET, es el centro de trabajo. En este estudio vamos a limitar a los individuales y, dentro de ellos, a los más íntimamente vinculados a la “adaptación de la jornada de trabajo”, por el extremo desbordamiento de tiempos de conexión laboral que propician, incluso fuera del momento estrictamente productivo. Pero

<sup>13</sup> Para una completa evaluación de esos principales retos, oportunidades y riesgos, que las nuevas realidades empresariales y organizativas de nuestro tiempo generan a la regulación del tiempo de trabajo, de interés el conjunto de estudios compilados en S. Perán Quesada (Director y coordinador). *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI*. Granada. Editorial Comares. 2014. Para la lógica del conflicto entre vida laboral y vida privada (no sólo, pero en especial familiar), no por casualidad igualmente retomada por la Comisión Europea en su Programa de reformas para 2017, destacamos S. Rodríguez González. *Tiempo de Trabajo y vida privada*. Granada. Editorial Comares. 2016.

no conviene perder de vista los colectivos, lógicamente también relevantes para aquéllos (estructura representativa, convenio colectivo aplicable...).

A título de ejemplo, pero que no sólo ilustra las mayores dimensiones del problema de fondo, sino que, como se verá, guarda una cierta conexión, por el contraste de soluciones jurídicas adoptadas y de política judicial derivadas, respecto de cuestiones relativas al tiempo de trabajo suscitadas por una realidad organizativa desmaterializada o virtual análoga, resulta del máximo interés referir a la muy polémica STS 379/2017, 28 de abril. En el caso, una empresa de publicidad, tras diversos procesos de reorganización acordados, dará lugar a una estructura empresarial centralizada (único centro de trabajo en Madrid), pero donde su personal administrativo y de ventas termina convertido mayoritariamente en tele-trabajadores (tras los acuerdos individuales de reconversión en contratos de tele-trabajadores a domicilio). La prestación de servicios se realiza de forma dispersa a lo largo y ancho de la geografía, pero toda la plantilla queda referenciada al único centro, Madrid. A consecuencia de ello, decide la empresa dar por extinguido el mandato representativo en los demás centros.

Naturalmente, esta decisión recibe crítica sindical, porque considera la representación que el *“fin de los centros de trabajo físicos”* no pondría fin al mandato representativo *porque “continúa la distribución territorial de la actividad”*, referencia de las últimas elecciones. A su entender, no sería el modo elegido en cada momento para organizar físicamente la actividad sino la actividad misma la que debe marcar la articulación de los derechos colectivos, al menos hasta que haya nuevas elecciones. En consecuencia, no sería el formato de la organización (que sea analógico o digital) sino el sustrato, la sustancia (razón de protección) lo relevante.

Presentada la correspondiente demanda de conflicto colectivo la SAN 23 de diciembre de 2015, Autos 2999/2015 la estimará, sobre la base de que la adscripción de trabajadores al centro de Madrid, y el cierre de los restantes, habría sido a efectos sólo administrativos o de gestión interna empresarial, al no haberse producido modificación alguna en las condiciones de trabajo, ni en el modo de llevar a cabo el trabajo para los trabajadores que lo prestan en régimen de “teletrabajo”. En cambio, para la STS 379/2017, 28 de abril, que revoca la de instancia, en la medida en que, pactada la reestructuración, *“...la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del sustrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes”*. Por lo tanto, concluye -cierto no unánimemente, sino por mayoría, con un voto particular muy bien razonado- que *“la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”*.

Pues bien, ni esta nueva realidad organizativa desmaterializada permanece ahora ya aislada o episódica ni los problemas se asocian sólo a los derechos colectivos. Precisamente, dos años antes, una situación de reorganización basada en la innovación tecnológica típica de una era digital, concomitante, aunque no idéntica, dio lugar a un conocido conflicto colectivo que entra de lleno en el aspecto que aquí interesa desarrollar: *la determinación del tiempo de trabajo y su criterio de cómputo*. Me refiero concretamente al célebre asunto (Grupo) “Tyco”. La STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14 tiene por objeto una cuestión prejudicial en la que se plantea básicamente un problema de comprensión del sentido y alcance del artículo 2 de la Directiva, respecto de la decisión de reorganización tomada por el Grupo Tyco: suprime los centros de trabajo físicos y los sustituye, salvo el central, por conexiones móviles. El caso es de un gran interés doctrinal, mucho más allá del caso concreto, de ahí que merezca un análisis con cierto detenimiento

### 2.1.2. *El tiempo de desplazamiento de los trabajadores desde su domicilio particular al lugar de trabajo para los clientes: ¿tiempo de trabajo?*

Se recordarán las circunstancias del caso. Las empresas se dedican a la instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad. Los técnicos prestaban sus servicios en el territorio español, *estando adscritos funcionalmente a una provincia*. En este periodo, las empresas calculaban la jornada efectiva empezando cuando el trabajador llegaba a los locales de la empresa para retirar el vehículo y recibir el listado de clientes que tenía que visitar y la hoja de ruta. La jornada finalizaba cuando volvía a los locales de la empresa para depositar el vehículo.

*En 2011 se cerraron las oficinas provinciales, adscribiendo a todos los trabajadores a las oficinas centrales de Madrid (reorganización centralizadora)*. Los trabajadores disponían de vehículo de la empresa para el desplazamiento diario desde su domicilio a los centros donde han de realizar las tareas, tornando a su domicilio al terminar su jornada. La distancia desde el domicilio hasta el centro es variable, superior en ocasiones a 100 kilómetros. Para realizar sus funciones, estos trabajadores disponen de un teléfono móvil que les comunica con las oficinas centrales (*conexión digital*). En dicho teléfono está instalada una aplicación mediante la cual reciben el día anterior la hoja de ruta laboral diaria y mediante otra cumplimentan los datos de las intervenciones (*registro electrónico de actividad e incidencias*).

En este nuevo modo de organización del trabajo, las empresas calculan la jornada de trabajo en función del tiempo transcurrido entre la llegada del trabajador al centro del primer cliente diario y el momento en el que sale del centro del último cliente. Por lo tanto, *los únicos desplazamientos que se tienen en cuenta son los desplazamientos intermedios, entre cliente y cliente*. En cambio, *rechazan*

tener en cuenta el dedicado a *los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente* que les asigna su empresario. La empresa descarta su calificación como tiempo de trabajo porque el trabajador (1) ni realizaría en esos periodos funciones en el centro ni menos (2) está sometido a la autoridad empresarial. Los sindicatos, naturalmente, son de otra opinión, y presentan demanda de conflicto colectivo contra el “Grupo TYCO” (termina calificándolo como tal la unidad que integran Tyco Integrated Security, SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, SA).

Para la AN, el Derecho español no daría satisfactoria respuesta a la complejidad propia de este asunto. De un lado, el art. 34.5 ET no asimilaría el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes al tiempo de trabajo, porque presupone que *la opción por el domicilio es única del trabajador*, por lo que en función de ella hay mayor o menor comodidad en el desplazamiento precisado por la organización del trabajo en la empresa, pero esa sería una responsabilidad de tipo personal. De otro, tampoco le parece tiempo de descanso, porque reciben información laboral que condiciona, pero no neutralizaría, su libertad de disposición. Sin perjuicio de la solución analógica con los trabajadores móviles o itinerantes, está convencido de que el justo equilibrio en este caso está en una “situación intermedia”. Pero el art. 2 de la Directiva 2003/2001 no autoriza este tipo de soluciones, pues al definir el “tiempo de trabajo” (“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”) como el “período de descanso” (todo período que no sea tiempo de trabajo), evidenciarían que son opuestos.

Precisamente por ello, se recordará -como anticipamos más arriba- que la Comisión promovió un intenso debate de reforma para lograr crear en la norma comunitaria el concepto intermedio, de modo que la calificación no suponga ni que gane solo el trabajador (pierde toda la razón e interés al respecto el empleador) ni que gane solo el empleador (pierde toda razón e interés al respecto el trabajador)<sup>14</sup>. De este modo, restringiendo en buena medida la opción expansiva o maximalista

<sup>14</sup> Así se derivaba de los puntos 1 bis, 1 bis bis y 1 ter añadidos al art. 2 Directiva (muy marcado por la problemática de la organización del tiempo de trabajo en el sector sanitario)

“1 bis. “Tiempo de atención continuada”: todo período durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones.

1 bis bis. “Lugar de trabajo”: el lugar o los lugares en los que el trabajador ejerce habitualmente sus actividades o funciones....

1 ter. “Período inactivo del tiempo de atención continuada”: todo período durante el cual el trabajador está disponible con arreglo al punto 1 bis, pero no es requerido por el empresario para ejercer su actividad o sus funciones.”

de la jurisprudencia del TJUE, se buscaría reescribir el deseado “justo equilibrio” entre los distintos intereses en conflicto, que mantenían duros enfrentamientos en orden al concepto mismo de tiempo de trabajo. Pero, evidentemente, cualquiera que fuese la opinión o valoración al respecto, era claro que la solución de este tipo conlleva una decisión creativa, reguladora, conforme, para diversos casos concretos en nuestra experiencia, pudo sentenciar la propia Audiencia Nacional -e incluso el Tribunal Supremo-. En definitiva, la AN no podía tomar una decisión que creara la norma (conflicto de intereses), limitándose a su mejor interpretación (conflicto jurídico)

En la duda sobre el sentido práctico de la Directiva para este caso, y una vez salvada sus cuitas también en torno a si una cuestión estrictamente interna como está podía competir al TJUE, preguntó cuál era la calificación correcta para esos periodos de desplazamiento. Para la respuesta, el TJUE, fiel a su método de pertrecharse de sus presupuestos doctrinales más arraigados en sus precedentes, en especial los finalistas y axiológicos, de esta regulación de los descansos, recordó que la Directiva carecería de sentido sin las garantías de eficacia de su fin. Por eso -conviene enfatizar esta cuestión, por lo que luego se dirá respecto del imperativo de hoy en orden a la desconexión digital-, los periodos de descanso:

*“...no sólo han de ser efectivos, permitiendo a las personas de que se trata recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo para reducir, en la medida de lo posible, el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de periodos de trabajo...”*

A partir de estos presupuestos -conocidos por reiterados<sup>15</sup>-, afrontará la comprensión del artículo 2.1 respecto al caso litigioso, apareciendo novedades de interés. Por supuesto, la referencia conceptual y normativa será identificar -o no- en el caso la concurrencia de *los tres criterios normativos fijados en el precepto*. A saber:

- a) criterio espacial (permanencia en el centro de trabajo)*
- b) criterio de autoridad (estar a disposición del empresario) y*
- c) criterio profesional (estar ejerciendo su actividad o sus funciones).*

Pero, sobre ellos, irá introduciendo modulaciones, de modo que tanto la exigencia de estar en el ejercicio de sus funciones profesionales como la de disponibilidad para el empleador se flexibilizarán notablemente. En relación al criterio espacial, el TJUE asume una doctrina de gran trascendencia para el conjunto de problemas que hoy plantean las mutaciones de los modelos organizativos de

<sup>15</sup> Para los turnos de atención continuada vid. sentencias *Simap* y *Jaeger*

trabajo típicos de las sociedades de “trabajo analógico” (organización física y estable), a los propios de sociedades de “trabajo digital”. En efecto, el TJUE recuerda que la empresa ya calificaba esos tiempos de trabajo en la precedente organización. Pues bien, a su juicio, “la naturaleza de estos desplazamientos no ha cambiado a partir de la supresión de las oficinas provinciales; sólo ha cambiado el punto de partida de estos desplazamientos” (apartado 33). En definitiva, lo relevante finalmente no sería el “formato” dado al trabajo sino la “sustancia” protectora, por lo que sea un trabajo “analógico” (físico y estable) o “digital” (desmaterializado y móvil, conectado a distancia), la razón protectora pervive. La *presencia en el vehículo* puesto a disposición por la empresa pasaría a entenderse como si fuese presencia en el centro.

Respecto de la disponibilidad, el TJUE matiza que, en el nuevo escenario digitalizado, la disponibilidad no debe ser necesariamente material, sino que cabe estimarla en función del poder real de autodeterminación de los trabajadores para gestionar su tiempo de vida privada. Pues bien, en estos trayectos, el empresario “*puede exigir a los trabajadores que realicen una intervención para un cliente suplementario...*”, careciendo entonces de “*posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales...*”. En definitiva, no calificar los desplazamientos como tiempo de trabajo “*tendría como efecto la desnaturalización de este concepto* y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud...”.

Pese a la centralidad de la razón social en el razonamiento del TJUE, no será ajeno al análisis de los costes económico-organizativos de la calificación jurídica maximalista de esos periodos de desplazamiento como tiempo de trabajo. A ese enfoque funcionalista, típico del balance costes/beneficios (del gusto del método de ponderación propio del análisis económico del Derecho), el TJUE dedicará dos momentos relevantes de su valoración, con éxito dispar. En el primero, fallido, el TJUE consideró que los mayores costes económicos para el empleador de control de eventuales abusos del trabajador en ese tiempo, sólo a él deben imputársele, pues solo él tomó la decisión de cambio (*Cuius commoda, eius incommoda*).

En el segundo, en cambio, mostrará más de receptividad, de manera que el eventual “*incremento de costes...*”, si está prohibido que se desplace íntegramente al trabajador, sí podría repartirse de algún modo entre los empleadores y los trabajadores. Al respecto:

“...Sobre este particular, basta señalar que, aunque, en las circunstancias concretas del asunto controvertido en el litigio principal, el tiempo de desplazamiento debe considerarse tiempo de trabajo, *Tyco sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes*” (apartado 47).



Naturalmente, lanzada la piedra, esconde de inmediato la mano. El guiño del TJUE a la razón económica de la Directiva se queda sólo en eso, porque “...*el método de remuneración de los trabajadores que se encuentran en una situación como la controvertida en el litigio principal no se regula en esta Directiva, sino en las disposiciones de Derecho nacional pertinentes*” (Apartado 49). En suma, de forma sutil, pero apreciable, el TJUE termina convirtiendo lo que es un “conflicto jurídico” (calificación de un determinado periodo de actividad del trabajador) en otro “de intereses” (retribución de justo equilibrio entre el interés del empleador y el del trabajador de ese periodo, laboral sí, pero que admite un precio diverso, específico, más bajo). En definitiva, el TJUE hablando en su expresión más genuina de oráculo: resuelto un problema (de interpretación), creado otro (de regulación de intereses)<sup>16</sup>.

## **2.2. La razón protectora (fin), no el formato de la organización (forma), determina el derecho: Una doctrina general en busca de éxito más allá del caso Tyco**

### *2.2.1. Neutralización jurisprudencial en la práctica de la doctrina Tyco: ¿pura cuestión fáctica vinculada a la constatación del control digital del empleador?*

La invocación de esta sentencia es muy recurrente hoy. Tanto como lo es el fracaso de su aplicación fuera del caso que lo motivó. La extrema frustración del cambio auspiciado por la sentencia comunitaria se refleja en la STS de 1 de diciembre de 2015, Rec. 284/2014, que rechaza aplicarla por “*la existencia de grandes diferencias entre ambos, lo que conduce a que la interpretación dada por dicho Tribunal...no resulte de aplicación al asunto ahora debatido*” (FJ Séptimo, punto 3). Se trata de una sentencia importante, porque arrastrará otras muchas de suplicación en el mismo sector (trabajadores, y sobre todo trabajadoras -el enfoque de género no debería perderse de vista en el análisis jurídico- del sector de la ayuda a domicilio). Las diferencias con el asunto TYCO serían más que las semejanzas: “...*no se ha acreditado que los trabajadores deban acudir desde su domicilio al domicilio del usuario...ni que la distancia al mismo pueda alcanzar hasta 100 KM, ni que los domicilios a los que han de acudir se encuentren en diferentes provincias, ni que con anterioridad se iniciara el cómputo de la jornada contabilizando desde que se incorporaban al centro de trabajo de la empresa*”.

De acuerdo con que hay diferencias fácticas notables, es criticable el pertinaz apego de la Sala a la “interpretación literal” del precepto convencional

<sup>16</sup> Vid. Y. Maneiro Vázquez. “*El desplazamiento de trabajadores sin centro de trabajo habituales: ¿tiempo de trabajo, pero ¿al mismo precio?*”, CEF-Trabajo y Seguridad Social, n. 394, enero de 2016, p. 179.

controvertido, orillando cualquier juicio de conformidad del mismo -recuérdese que no sólo es un contrato el convenio, sino una norma jurídica-. Sin embargo, y evidenciando dudas, termina recomendando -es evidente su extralimitación jurisdiccional, pues no es esa su función institucional (sino calificar en el plano jurídico, no hacer recomendaciones de ética jurídico-laboral o de conveniencia reguladora), que “*las partes negocien la regulación de los gastos de desplazamiento en este concreto supuesto*” (principio de oportunidad, pero no de legalidad).

En la práctica, la pesada inercia jurisprudencial en esta materia sigue. La “puerta de renovación” jurídica abierta<sup>17</sup> por el TJUE es cerrada por el TS sobre la base de una devaluación del problema a una cuestión fáctica (que se den todas y cada una de las circunstancias del caso TYCO), anclando la jurídica en la mera interpretación literal de la Ley nacional. A lo sumo, se aceptaría recomendar una específica regulación de esta cuestión, que seguiría configurada más como “*conflicto de intereses*” que como “*conflicto jurídico*”, según entendiera la STS de 12 de junio de 2015, Rec. 113/2014 (confirma la SAN de 16 de octubre de 2013, Rec. 277/2013 ALTADIS, S.A.).

El relato del caso es el siguiente, en apretada síntesis. El personal del Departamento comercial de ALTADIS presta sus servicios, salvo Madrid y Barcelona, en más de una provincia, lo que les obliga a desplazamientos. La empresa *ofrece diariamente* -no costa el medio de hacerlo, si a distancia o no- *una lista de visitas*, comenzando su jornada donde hace la primera visita y termina al concluir su última visita, fuere cual fuere la distancia con su domicilio (no se sabe si son largas o cortas). La Comisión sindical de Empresa reclama que se compute como tiempo efectivo de trabajo tales desplazamientos. La empresa comprometió estudiarlo; pero nunca lo materializó, abriéndose conflicto colectivo, tras varios intentos de mediación fallidos.

Pues bien, sobre la base de la interpretación literal -en este momento todavía no se había producido la sentencia TYCO-, el TS le *parece* “*claro que no estamos ante ninguna norma legal o convencional que necesite ser interpretada, ni se puede hablar en este caso de una práctica empresarial contraria a un criterio distinto, de computar los desplazamientos como tiempo de trabajo, que hubiese venido practicando la empresa...(...)*”. El TS se convence de que más que reivindicar una interpretación jurídica es una “reivindicación sindical” sin acordar.

No son dudosas tampoco las diferencias fácticas entre el caso TYCO y el caso ALTADIS, como reseña la sentencia de casación, que bien pudiera justificar decisión distinta. Pero, una vez más, criticamos que el TS identifique sólo un

<sup>17</sup> En este sentido, vid. CABEZA PEREIRO, J. “*Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de “tiempo de trabajo*”. En Derecho de las Relaciones Laborales, n. 1/2016, p.41.

silencio elocuente, no una laguna legislativa, o convencional, dejando la cuestión de fondo como conflicto de intereses y no jurídico.

La jurisprudencia y doctrina judicial, pues, parece identificar como *una clave fáctica principal para que prospere jurídicamente la doctrina Tyco la existencia de conexión digital*, porque se derivaría la falta de disponibilidad del trabajador y la existencia de disponibilidad suficiente del empleador. La STSJ Castilla-León/Valladolid, 24 de abril de 2017, Rec. 4/2017 (conflicto colectivo sobre interpretación del artículo 15 del III Convenio Colectivo Regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, con tenor literal del art. 34.5 ET), excluye su aplicación por falta de prueba de esta circunstancia (uso de “teléfonos móviles u otros dispositivos de comunicación y localización, propios o de las empresas para las que prestan servicios, facilitando su control”), pero tras reprobar la deficiencia anima a presentar nuevas demandas colectivas e individuales: “... Todas estas circunstancias no pueden predicarse sin más de todo el conjunto de trabajadores bajo el ámbito de aplicación del Convenio... para llevar a una solución uniforme. (...). Esto no significa que al analizar el caso de concretos trabajadores del sector,... *aún sobre circunstancias diferentes a las analizadas en el caso TYCO, pueda llegarse a la conclusión de que determinados desplazamientos han de ser considerados como tiempo de trabajo al amparo de la Directiva...*”

Sin embargo, otros fracasos de la doctrina en su invocación práctica estarían bastante menos justificados. Por ejemplo, respecto de la STSJ Andalucía/ Sala de Granada, 562/2017, 2 de marzo, para los trabajadores que de los retenes del INFOCA. A su entender, el “tiempo de trabajo efectivo debe ser computado *a partir de que el retén, en su conjunto*, está disponible para desarrollar la actividad contractualmente pactada. Es decir, “reunido y operativo”, en términos literales del convenio”. De nuevo, la clave literal anega toda interpretación de conformidad, neutralizando en la práctica la sentencia TYCO, pero en este caso está poco justificado, ya que la exigencia de “operatividad colectiva” para establecer el momento de inicio del cómputo supone introducir un criterio restrictivo, que no estaría de conformidad con la doctrina del TJUE que exige una interpretación expansiva, no restrictiva<sup>18</sup>.

### 2.2.2. *Alguna proyección exitosa, explícita e implícita: el accidente de trabajo durante el tiempo de desplazamiento al trabajo se beneficia de la presunción*

No obstante, parecen evidenciarse algunas luces. El resultado aplicativo alguna vez es exitoso, aunque en muy pocas. Así, de interés resulta traer a comentario,

<sup>18</sup> En este sentido, vid. CABEZA PEREIRO, J. “Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de “tiempo de trabajo”. En Derecho de las Relaciones Laborales, n. 1/2016, p.41.

por tratarse de efecto asignado a la doctrina Tyco fuera de la relación contractual, para abarcar la relación de prestación de Seguridad Social conexas con aquélla, la STSJ de la Rioja, 180/2016, 11 de octubre. Es interesante este caso porque, para la aplicación de la doctrina Tyco, no exige conexión digital, al menos expresa.

La sentencia revoca la de instancia social, y califica como “accidente de trabajo” el fallecimiento de un trabajador (inspector comercial, cuyas funciones consistían en desplazarse diariamente con su vehículo desde su domicilio a los establecimientos de los clientes) por un infarto agudo de miocardio sufrido en el portal del edificio de su casa, cuando regresaba a coger las llaves olvidadas, tras salir de casa para ir a trabajar y percatarse, ya en el coche, de que las había dejado. Para la sala de suplicación, a diferencia de la sala de instancia, debe ser de aplicación la presunción de laboralidad ex art. 115.3 LGSS (hoy art. 156 TRLGSS), pues en el momento en que sufrió el infarto el trabajador ya habría iniciado su jornada laboral, es decir, estaba en tiempo y lugar de trabajo. Esta convicción la alcanza, una vez descartado que se trate ni de un accidente en misión (STS 6 de marzo de 2007, Rec. 3415) ni de un *accidente in itinere*, porque

*“el tiempo transcurrido desde que el trabajador sale de su domicilio hasta que regresa al mismo después de realizar la última de las visitas programadas para cada día, ha de conceptuarse como tiempo de trabajo, tal y como, desde la óptica puramente contractual, ha entendido la STJUE de 10 de septiembre de 2015... Caso TYCO, citada por la recurrente”* (FJ 3º).

Consecuentemente, *la doctrina laboral tiene una repercusión en la relación jurídica de seguridad social*, modulando el tenor del art. 156 TRLGSS. A partir la doctrina comunitaria:

*“...la actividad laboral se inicia en el momento mismo en que el trabajador sale de su residencia para realizar las visitas a los diferentes clientes incluidos en su ruta diaria de trabajo, por lo que no es dable calificar, como tiempo de desplazamiento hacia el trabajo, el que media desde que se abandona el domicilio hasta la llegada a la sede del primer cliente...ni como lugar de trabajo este último emplazamiento, sino que, cuando el trabajador, una vez fuera de su domicilio... comienza a realizar el trayecto para dirigirse a las instalaciones de los clientes a visitar en ejecución de la prestación..., se encuentra ya en tiempo y lugar de trabajo”* (FJ 3º)

Se ha llegado a exportar esta doctrina parcialmente para coadyuvar a la solución de una cuestión -algo extravagante o estrambótica- de legislación aplicable, relativa a la selección del convenio sectorial provincial aplicable (Palencia o Barcelona), para concretar el “punto de conexión relevante” (típico concepto de Derecho Internacional Privado). Y ello, se advierte de forma expresa, tanto si la elección resultase favorable al trabajador como si lo fuese en contra de sus intere-

ses, salvo pacto contrario (artículo 8 del Reglamento (CE) 593/2008, 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -“Roma I”-)<sup>19</sup>.

En el caso, una empresa de transportes, con servicios nacionales e internacionales, cuenta ahora ya con una organización en la que sólo hay una unidad central física (Barcelona), que cuenta con convenio propio y con mejores condiciones de trabajo. A esa unidad, la empresa suma plataformas logísticas en otras ciudades de España, como Madrid y Sevilla. Determinados trabajadores de la empresa consta que fueron contratados para prestar servicios en un centro de trabajo de Palencia, si bien éste fue cerrado en 2011 tras varias decisiones de reestructuración colectiva (ERTE). No obstante, la empresa sigue contando en esa zona palentina con un área de estacionamiento para camiones de aquélla, donde aparcan los conductores que, con rutas por España y Francia, residen en esa ciudad. Asimismo cuentan con una oficina igualmente arrendada -como el aparcamiento-, que también suele hallarse cerrada, aunque tiene alguna mínima actividad -de vez en cuando el auxiliar administrativo que presta sus servicios en Valladolid, se acerca a la oficina para recoger documentación y realizar trámites-. En este contexto organizativo, los trabajadores adscritos al (no) centro de trabajo de Palencia piden que se aplique el Convenio colectivo de Barcelona y no el propio del sector de transportes de Palencia.

Para la Sala castellano-leonesa, la clave para aplicar el convenio palentino (*lugar del domicilio del trabajador*) frente al convenio colectivo del establecimiento empresarial principal (Barcelona) debe ser “*el principio de vinculación (más) estrecha*” para el trabajador. A su juicio, en el seno de este tipo de organizaciones de trabajo de nuevo cuño:

*“hay una vinculación estrecha con el domicilio o con el punto de aparcamiento del vehículo, incluso a efectos del cómputo de la jornada (sentencia Tyco)... Por ello el punto de aparcamiento entre viajes, que está situado en Palencia, se configura como un elemento esencial delimitador de lo laboral, ya que al recoger o dejar el camión en el mismo se pasa por el trabajador de la situación extra-laboral a la actividad laboral o viceversa” (FJ Séptimo)*

De este modo, aplicando un razonamiento -en este punto ciertamente discutible- derivado del Derecho Internacional Privado del Trabajo- selecciona como convenio aplicable el sectorial de transportes de Palencia, un lugar en el que, sin embargo, expresamente afirma que no existe como centro de trabajo (centro de trabajo “fantasma”).

<sup>19</sup> Cfr. STSJ CL/Valladolid, 11 de mayo de 2016, Rec. 407/2016 y la saga que le ha sucedido respecto de la misma empresa, en virtud de demandas de trabajadores distintos del precedente centro extinguido físicamente, entre ellas la STSJ CL/Valladolid, 25 de mayo de 2016, Rec. 681/2016.

Ciertamente, hay muchos tipos de experiencias, con una mayor o menor dimensión transformadora. Así, son muy usuales los conflictos derivados de cambios parciales de gestión, vinculados al favor por la reducción de costes de la implantación de programas informáticos. Por ejemplo, destacaría la *SAN 140/2016, 19 de septiembre*, que se vio llamada a valorar *si era tiempo de trabajo el que emplean los trabajadores en la utilización del sistema informático de gestión de ausencias a través del programa informático* - denominado META4- implementado de forma unilateral por la empresa, una vez constatado que tenía esa calificación antes del cambio organizativo. Aunque sin referencia explícita a la doctrina TYCO, sí usa su mismo razonamiento de fondo: ni el formato elegido ha de condicionar el nivel de protección ni el empresario puede elegir a beneficio de inventario el impacto del cambio, aventajándose de los ahorros y eludiendo los eventuales nuevos costes. En consecuencia, *dentro de su poder de organización* -no es modificación sustancial establecer sistemas de gestión más racionales en un contexto de gestión digital generalizada- *implementa un sistema informático ahorrándose costes de gestión*, pero que requiere de ciertos tiempos para su realización, es a la empresa a quien corresponde asumirlos, facilitando medios y tiempo necesario (FJ 4º, último párrafo)

### **3. LA NEONATA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿"DERECHO NUEVO" O GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE UN CLÁSICO DERECHO?**

#### **3.1. La desconexión digital del trabajador en su "ley de origen": un derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio**

Acabamos de ver cómo la innovación digital permite ampliar el tiempo de disposición del trabajador sin que implique un tiempo de plena actividad, creando tiempos intermedios, con eventuales efectos en su cómputo y/o, en su retribución, según la sentencia TYCO y sus limitaciones aplicativas en la experiencia española -forense y convencional-. Pero empezamos este estudio con una situación diversa, que acapara mayor atención mediática, la constituida por las posibilidades que esa tecnología ofrece para ampliar aquel tiempo de disposición más allá de toda jornada de trabajo (ordinaria y extraordinaria). Si respecto del primer tipo de conexión digital ampliada se reivindica, por protección de la salud y por equidad de trato, su valoración como tiempo de trabajo (cuestión jurídica), aunque el TJUE permita la fijación de un "precio menor" (cuestión económica), respecto del alargamiento digital pos-jornada laboral se solicitaría, sin más, su liberación plena, con una doble medida de desconexión digital: el poder de autodeterminación del trabajador, plenamente libre para no responder, de un lado, y el deber del empleador de abstenerse de realizar disposición alguna en tal sentido, de otro.

Esta parecería ser, a primera -y distorsionada- vista, la gran novedad aportada por el nuevo convenio colectivo de AXA (que regularía también el uso de dispositivos digitales, pero en sentido eminentemente prohibitivo como regla, lo que resultaría ser muy poco razonable y coherente; igualmente prevé el acuerdo individual de tele-trabajo, si es útil para la empresa), contribuyendo así a reducir -incluso a prevenir- el plus de carga psicosocial que lleva consigo el uso masivo de las nuevas tecnologías de la comunicación (fuera y también dentro de la jornada laboral), como solicitarían las iniciativas parlamentarias, si bien de momento no legislativas, que hoy hay en el Parlamento español. En definitiva, todo “nuevo tiempo” requería “nuevos derechos”. Por eso, la Opinión Pública en España, país caracterizado por la rigidez irracional de sus horarios, ya parece haberse decantado por mirar con envidia a nuestro país vecino y crear una conciencia social -incluso política, hasta gubernamental (aunque el MEYSS dijo hace más de 1 año que procuraría que la hora máxima de salida fuese a las 18 HH, y sabido que ni hay ni habrá nada al respecto en mucho tiempo)- favorable a reconocer de forma específica uno de esos derechos de nueva época -como para la ciudadanía general el “derecho al olvido digital”- del que nosotros careceríamos: el derecho a la desconexión digital. En consecuencia, el debate no es si hay que reconocerlo o no, sino cuánto tardaremos en importar la ley francesa.

Ciertamente, emergente y dominante la corriente de opinión que reclama una ley de tal guisa, aflora de inmediato otra, de contraste, que recuerda que la digitalización del trabajo genera tanto riesgos (crea caldos de cultivos para usos irrazonables) como ventajas (permite usos flexibles del tiempo de trabajo, en beneficio del empleador y también del trabajador). En consecuencia, debe huirse de una regulación unilateral y simplificada (autoridad heterónoma y sentido prohibitivo general), para acoger otra pactada y articulada (autonomía colectiva y con reglas especiales, sectoriales y profesionales), a fin de reescribir los nuevos términos del “justo equilibrio” entre vida profesional y personal en el mundo digital. Cómo no, de forma natural, brillará con luz propia la única fuente capaz de obrar la maravilla: la negociación colectiva.

Precisamente, esa sería la opción de la experiencia originaria triunfante -la francesa; una vez fallida la apuntada alemana, más coactiva y rígida-, que hace de la autonomía colectiva la condición principal del sentido, contenido y alcance de este “derecho”. Pero, ¿de verdad es una buena opción mirarnos en el espejo francés? A mi juicio, como ya adelanté, no<sup>20</sup>. Veamos las razones para esta crítica y, por lo tanto, la necesidad de ensayar otra vía diferente, si quiera sea parcial-

<sup>20</sup> En sentido crítico, M.R. Vallecillo Gámez. “*El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*”. CEF- Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, n. 408, 2017, pp. 167 y ss.

mente. Para ello, lo mejor será tanto conocer de primera mano qué dice la reforma y, después, qué opinan los comentaristas franceses de ella.

La reforma -en vigor a primeros de este año, como se anticipó- introduce un apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, a fin de incluir la obligación<sup>21</sup>, en el marco de la negociación colectiva anual exigida sobre igualdad por razón de sexo y la calidad de vida en el trabajo (art. L. 2241.1 *Code du Travail*)-, de negociar: “...*las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección*”.

¿En qué consiste, entonces tan necesario derecho? Para nuestra perplejidad, la ley ni lo define ni lo delimita (derecho inconcreto), remitido al eventual pacto colectivo que fije (es un derecho condicionado) las “modalidades de pleno ejercicio” del “derecho a la desconexión” -así como del código de uso razonable del conjunto de dispositivos online de la empresa-. Pero aquí viene la segunda sorpresa negativa ¿y si no hay acuerdo, qué pasa? Esta materia no forma parte del contenido obligatorio del convenio, sino del proceso negociador -para empresas de más de 50, según se ha explicado en la nota anterior-, por lo que la ley asume el eventual fracaso, siendo obligación de negociar pero no de acordar. En tal caso, y he aquí la tercera perplejidad, el legislador no prevé ningún régimen subsidiario, como hubiese consecuente, en ausencia de acuerdo colectivo (regulación dispositiva), sino que lo deja en manos por completo del empleador, sin perjuicio de su deber de consulta previa (que no puede ser negociación en un sentido estricto, pues esa ya habría fracasado). Pero la ley no sólo no da pista de cómo debe hacerse, sino que ni tan siquiera prevé (derecho incompleto) sanción

<sup>21</sup> Sólo para empresas de más de 50 trabajadores (umbral significativo, aunque menos que los 300 trabajadores que proyectaba la versión primera); para el resto de las empresas basta con una “*Charte*” (código práctico) del empleador a fin de sensibilizar sobre el buen uso (uso razonable) de los dispositivos tecnológicos puestos a disposición por el empleador. Por lo tanto, la obligación será la misma que para las empresas de más de 50 trabajadores en caso de negociación fallida. El incumplimiento de este deber no tiene previsión de sanción alguna, a diferencia de la inobservancia de la “obligación de negociar” -que no de acordar- prevista para los empleadores de más de 50 trabajadores, que sí es sancionada -con pena de hasta un año de prisión y multa (3.750 Euros)



específica para el caso en que no se haga -teniendo en cuenta que tampoco la ley define, como se ha dicho, de qué se está hablando, más allá de la finalidad, esa sí muy, clara: la efectividad del descanso-.

En definitiva, comprobamos con facilidad que la normativa francesa obligaría a ciertas empresas a poner en marcha herramientas de regulación de los medios digitales, aunque no incluye ni medidas concretas ni prevé sanciones para las empresas incumplidoras. Lo que hace más que probable que la regulación acabe siendo “carne de cañón” de los códigos de buenas prácticas empresariales, volviendo, pues, a la casilla de salida (recuérdese que procede de las prácticas convencionales de multinacionales en este sentido, lo que ha marcado directamente el modelo final, devaluado, legislativo). Por lo tanto, tanto boato con que se ha presentado mundialmente este pretendido “derecho” (inconcreto, incompleto y condicionado) queda a toda luz completamente descafeinado, pues se trata un desnaturalizado derecho: carece de la garantía de un poder -a favor del trabajador- para negarse realmente a la conexión y de la imposición de un genuino deber -del empleador- de abstenerse de disposición alguna digital.

¿Pura crítica desmedida y desinformada de un comentarista español que infravalora la originalidad del gabacho legislador? En absoluto. La doctrina francesa evidencia la vacuidad del derecho en su configuración legal, pues sin delimitación de contenidos (normas primarias) ni imposición de las sanciones de efectividad (normas secundarias), la efectividad del derecho queda difuminada, mutando en un puro deseo, en un desiderátum que hace del convenio, allí donde haya, su condición principal de existencia y sentido práctico<sup>22</sup>.

¿Pura cortina de humo jurídico, pues, una vez más, tanto del gusto de la pompa del país vecino, cuna de la Ilustración? No tan poco. Como enseña la doctrina francesa -y confirma un sector de la española que mejor la ha analizado<sup>23</sup>-, que ha de servir de especial referencia, tras el solemne nombre estaría el *poder* -quizás algo ingenuo, pues la práctica de una relación de poder desigual debilita la posición- *del trabajador de no responder cuando esté fuera de su jornada al empresario*. En realidad, no se trataría sino de atribuir al trabajador más una garantía de eficacia de su verdadero derecho: el derecho al descanso, derecho fundamental comunitario ex art. 31.2 CDFUE, así como principio general del Derecho de la Unión (*sentencia Tyco*).

Pero si esto es así, como parece hay sobradas razones jurídicas y prácticas para que se pueda sostener, como hacemos ¿qué aporta realmente de nuevo a

<sup>22</sup> Vid. J. Ray. “*Grande accélération...*”, Op. cit., págs. 912.

<sup>23</sup> Por todos, M.R. Vallecillo Gámez. “*El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*”. Op. cit. pp. 169 y ss.

cualquier ordenamiento de la UE, como el español, para reconocer y garantizar un poder de autodeterminación razonable de los trabajadores para evitar que tengan que estar conectados siempre, incluso fuera de su jornada de trabajo -tiempo de libre disposición para él-? Realmente, fuera de las diferencias de texto, coincidiría, en lo sustancial, con el citado art. 14 CC de AXA SEGUROS. Pero, entonces ¿sí sólo se refleja el derecho/libertad, pero no el deber/prohibición de la empresa de mantener esa conexión, en qué se ha innovado el ordenamiento jurídico-laboral francés, objeto de deseo por otros, como el español, según se desprende de las iniciativas parlamentarias?

### **3.2. El derecho fundamental al descanso efectivo como fuente integradora del contrato: El poder de desconexión digital como garantía aplicable y aplicada en España**

#### *3.2.1. Vincular el tiempo libre del trabajador a la empresa es inconstitucional por reducir la persona a mero factor productivo (STCO 192/20013)*

Una vez expuesto en qué consiste realmente la regulación francesa, tomada en serio, a través de los análisis de doctrina científica autóctona, y no voceada como propaganda de una nueva realidad jurídica que no existe, surge una cuestión clave para nosotros: ¿de verdad no existe ya, de derecho positivo, en nuestro ordenamiento una garantía jurídica verdaderamente operativa de efectividad del derecho al descanso que responda al sentido de la desconexión? Visto la potencia del derecho al descanso, como enseña la jurisprudencia comunitaria, y lo limitado y obvio de la facultad que resume la afortunada denominación francesa ¿alguien se puede creer que sin ley ni convenio no haya facultad de oponer la libertad de desconexión?

Para darle más concreción al interrogante y orientar más fácilmente la respuesta -en el sentido favorable a su existencia ya en nuestro Derecho, como definiendo, sin necesidad de una mediación legislativa o convencional necesaria, por más que pueda convenir, pero siempre que sea útil, no en el sentido genérico de la ley francesa- traigamos a colación diversas fuentes de las relaciones de trabajo, de carácter extra-legislativo. Primero, recordemos que es lo que, en su núcleo duro último y realmente operativo, depurado de toda la fanfarria explicativa, dice el celebradísimo artículo 14 CC AXA SEGUROS: “...*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”.

Vemos, pues, que AXA no reconoce en ningún momento ninguna obligación a cargo del empleador de no enviar mails o mensajes profesionales al trabajador fuera de su horario, sino que lo garantizado es que el trabajador tiene libertad de no responderlos. Ciertamente, es de entender que si no tiene que responder no los debería enviar, pero ¿qué pasa si sí los hace, hay alguna consecuencia? ¿Puede el

trabajador exigir, en el ejercicio de su derecho a disponer libremente de su tiempo de no subordinación, que haya dispositivos en la empresa de los que se desprenda una tutela realmente preventiva, esto es, que bloquee cualquier envío fuera de la jornada? Nada de eso aparece en el precepto convencional tan loado, sólo que el trabajador puede desconectar individualmente y no responder. Pero ¿qué tiene eso de nuevo en nuestro Derecho? Nadie, seriamente, puede creer o argumentar que antes de ese reconocimiento los trabajadores de AXA estaban disponibles obligatoriamente frente a su empleador fuera de su jornada de trabajo, debiendo contestar, o exponiéndose, en caso contrario a represalias, pues el reconocimiento convencional no añade nada al poder de autodeterminación que otorga, sin mediación legislativa alguna, por su eficacia directa, el art.18 CE, a todas las personas cuando están en su vida privada, especialmente en su relación obligada con el art. 10, 1 y 2 CE.

Al respecto, entiendo del máximo interés traer a colación la conocida doctrina del TCO según la cual, *toda concepción* -por supuesto toda conducta y/o práctica- empresarial -y social- *que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado*, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, *es inconstitucional*, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador. Aunque, como es sabido, esta doctrina constitucional se fijó en relación al periodo de vacaciones anuales (STCO 192/2003, 27 de octubre), realmente tiene una dimensión general y ha de servir para toda comprensión de los periodos de descanso. En todos ellos, con una mayor o menor intensidad, se da un mismo fin: el tiempo de descanso es un tiempo de reposición de energías y de esparcimiento propio, por lo tanto, exige, por sí mismo, la garantía de una libertad de desconexión respecto del tiempo productivo.

En otros términos, fuera de la jornada de trabajo (en su sentido amplio, claro, por lo tanto ordinaria y extraordinaria, y atendiendo siempre a los diversos modos de organización y distribución flexible del mismo, pues no será lo mismo el trabajador a distancia, o el trabajador a tiempo parcial con horas complementarias...), el tiempo de vida lo es para ejercer la propia personalidad a placer, también, naturalmente, atendiendo a circunstancias de tipo personal, social y familiar (enfoque realista). Pero siempre expresión de libertad y, por lo tanto, no sólo no se le puede exigir que mantenga la conexión productiva, aun digital, sino que incluso cabría extraer un poder de oposición a conductas y prácticas empresariales que lo obstaculizaran, activando la inmensa gama de medidas de tutela efectiva ligadas a la eficacia de los derechos fundamentales, incluidas indemnizaciones disuasorias (art. 183 LRJS).

Refuerza este plus de protección, tratándose de una cuestión de orden público laboral, la jurisprudencia comunitaria que aboga por el carácter no solo efectivo

del descanso sino de su eficacia preventiva de riesgos a la seguridad y salud en el trabajo. Al respecto, debe tenerse presente la elevación de rango que le otorga el art. 31.2 CDFUE. El TJUE ha cuidado siempre de preservar, cualquiera que sea el “formato” organizativo del trabajo y en la convicción de que debe primar el fin, el estatuto de salud de los trabajadores que está en la base de estas regulaciones<sup>24</sup>. Desde esta óptica, debe recordarse que la libertad de desconexión digital extra-laboral haya su causa principal en la Ley francesa en la prevención del plus de presión laboral estresante que la sobrecarga digital general si se mantiene fuera de la jornada

### 3.2.2. *La sobrecarga digital extra-laboral como factor de estrés prohibido legalmente: alguna experiencia judicial nacional de garantía de desconexión digital*

Por lo tanto, las normas sociales de la Unión y la Constitución (arts. 18 en relación a los arts. 10, 15 y 40 CE), en el marco del sistema de instrumentación operativa de tales derechos (nivel primario), para la protección eficaz de la salud psicosocial, constituido por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL-, conforme a la doctrina constitucional (STCO 62/2007, de 27 de marzo). No hay que olvidar que el TJCE (15 de noviembre de 2001, C-49/00), al igual que el TS español (STS 101/2016, 16 de febrero), ha considerado que la LPRL incluye la tutela eficaz frente a los riesgos psicosociales, y su protección efectiva (art. 14 LPRL) exige evaluar y remover todo factor estresante, como la *sobrecarga digital*, dentro y, por supuesto, más fuera.

Al respecto, si es verdad que nuestra jurisprudencia no ha llegado tan lejos como la francesa a la hora de configurar el deber de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, por lo tanto también la psicosocial, como una auténtica obligación de resultado (Court de Cassation, 13 de marzo de 2013, n. 11-22.082, entre otras precedentes<sup>25</sup>), no menos cierto es que en nuestra experiencia esa obligación está integrada por una diligencia especial a cargo del empleador -art. 96 LRJS-. Precisamente, una vez más, para progresar en mayor concreción práctica de la operatividad inmediata de cuánto se afirma en el plano de la dogmática jurídico-contractual y constitucional, de gran utilidad será traer a colación la doctrina judicial, pionera en nuestra experiencia y excesivamente

<sup>24</sup> Si bien la prevención de los riesgos a la seguridad y salud en el trabajo derivados de la fatiga y el cansancio asociados al trabajo ha sido la finalidad básica asociada a los periodos de descanso, con posterioridad se vinculan otras, en especial a las vacaciones, como disponer de tiempo real de esparcimiento y de ocio. Vid. STJCE de 20 de enero de 2009, caso *Shultz-Hoff*. Más recientemente la STJUE 30 de junio 2016, caso *Sobczyszyn*.

<sup>25</sup> Vid. la cuidadosa referencia en M.R. Vallecillo. “*El derecho a la desconexión...*”, Op. cit., p. 175.

ignorada en la mayor parte de los estudios doctrinales al respecto<sup>26</sup>, que, en cierto modo, ya habría reconocido y actuado una suerte de garantía o de derecho a la desconexión digital en relación a nuevos dispositivos móviles, como los “GPS”, en el tiempo de vida privada. De particular relevancia, a mi juicio, resultará la doctrina emanada de la STJS Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo.

El caso es el siguiente. La empresa SCHINDLER instaló el denominado acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento. Dicho aparato, es un elemento electromecánico que permite convertir fenómenos físicos en señales (se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo). El acelerómetro se encuentra instalado dentro de un teléfono móvil cotidiano, entregado por la empresa a los trabajadores de mantenimiento. Este dispositivo se complementa con un GPS integrado en el teléfono. Comunicada esta implantación a la representación de los trabajadores, la empresa la justifica en la intervención precoz en caso de eventual accidente. Cuando el acelerómetro se activa, y detecta una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos, lanza señal acústica de 60 segundos y un mensaje en la pantalla, desencadenando de manera automática una llamada de emergencia al centro de control (atendido durante 24 horas los 365 días). La empresa da un tiempo máximo para la realización de las tareas de mantenimiento. Es obligado llevar personalmente el acelerómetro, no en la caja de herramientas, incluso fuera de la jornada, porque *lo tiene que poner a cargar en sus casas. El acelerómetro como tal no se puede desconectar, sino que se tiene que hacer con una aplicación*, de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido.

La ITSS levantó acta de infracción preventiva contra esta práctica y la autoridad laboral dictó resolución sancionadora. Impugnada, la sentencia de instancia la legitimó.

En el recurso de suplicación se confirma la sentencia de instancia. No vamos a entrar ahora en la cuestión, más clásica, de los problemas de legitimidad del control que permite este tipo de dispositivos, que la sentencia también analiza de forma exhaustiva, recorriendo con un gran detalle la jurisprudencia constitucional clásica<sup>27</sup>. Sin embargo, añade otro razonamiento de control de legitimidad que

<sup>26</sup> De interés el estudio de E. González Cobaleda. “*Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente*”. RTSS-CEF, n. 387, pp. 17-42.

<sup>27</sup> Frente a la alegación de la empresa de que la finalidad del control es puramente a efectos de seguridad y salud del trabajador, sin que permita conocer detalles personales de éste, la Sala de suplicación afirma que “si que permite un control definitivo pues mediante el GPS de la Blacberry permite tener conocimiento de la actividad que realiza el trabajador en cuanto a la ubicación del mismo e impide que se pueda ausentar, ya que quedaría registrado por la señal por el GPS y si lo deja en la caja de herramientas se activaría la alarma y procederían a llamarlo por teléfono”. De lo

resulta mucho más novedoso y que aquí interesa mucho más. En efecto, para la sala:

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

Aunque no la denomina así, evidentemente, parece claro que la sentencia reconoce un clarísimo derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo para este caso. Y no como expresión de una norma concreta que así lo diga, pues no la hay, sino directamente por la capacidad de los derechos fundamentales de los trabajadores de integrar prohibiciones para el empleador y derechos de autodeterminación para el trabajador en el ejercicio del poder de dirección extralimitado, como sería ejercerlo fuera de la jornada laboral, que es el caso. No lo hace directamente, claro, sino a través de instrumentos de última generación tecnológica. Pero, en línea con lo que advierte la ley francesa para reconocer expresamente la garantía de desconexión digital -que el tribunal español catalán extrae directamente de los derechos de la persona-, un ejercicio de este tipo tiene consecuencias perjudiciales en la salud psicosocial de los trabajadores pues al trasladar al trabajador la responsabilidad de la permanente conexión del acelerómetro *“fuera de la jornada laboral...lleva consigo un perjuicio en su salud [estrés] por...estar pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos como es el caso que analizamos, pues está fuera de la jornada laboral...”* (FJ Décimo Tercero).

En definitiva, no creo que sea necesario ir más allá en estos momentos en las razones jurídicas del caso concreto -resuelto con una pericia admirable- ni de la doctrina más general que acuña, pues han quedado suficientemente acreditadas. A saber:

que deduce que *“la finalidad del acelerómetro no es proteger la salud y seguridad de los empleados, ya que como lo establece la sentencia de instancia y se ha expuesto anteriormente reconoció en la vista oral que no era un equipo de protección individual sino un control de los trabajadores que... invade y entra en el ámbito de la intimidad y dignidad de los trabajadores”* (FJ Décimo primero)

a) la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del trabajador, cuya utilidad puede exigirse en cualquier momento en que se sienta en peligro, sin necesidad de mediación legal ni tampoco convencional alguna, de un lado;

b) al tiempo que es irregular el ejercicio del poder directivo, aun mediante formatos tecnológicos avanzados, que se despliegue fuera del tiempo laboral, por lo que está prohibido su ejercicio, debiendo el empleador no sólo abstenerse de tales conductas, sino también de evaluar los riesgos psicosociales que puede generar en el trabajador el plus de carga digital, dentro y fuera del trabajo, de otro.

Esta doctrina judicial daría la razón a quienes venimos sosteniendo, desde hace meses, que el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo -o clásico- derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital -art. 3 CC-, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario<sup>28</sup>. Bien comprendida esta doctrina judicial nacional ¿qué diferencia real hay respecto de algunas de las experiencias convencionales que dieron lugar al derecho -luego devaluado- de la ley francesa? Por ejemplo, cuando el acuerdo sectorial firmado en abril de 2014 entre Syntec y Cinov39 (patronales de empresas de tecnología francesas) y las centrales CFDT y CFE-CGC sobre duración del tiempo de trabajo establece la “*obligación de desconexión de los sistemas de comunicación a distancia*” de la empresa para determinadas categorías profesionales, a fin de asegurar su derecho a un período mínimo de descanso ¿acaso está diciendo algo diverso de lo que afirma la sala de suplicación catalana? No me lo parece, más allá de entender que ha de estarse a una interpretación restrictiva y apegada a los casos concretos. Pero sabemos que el canon hermenéutico es el contrario, la prohibición de interpretaciones restrictivas y el deber de realizar interpretaciones extensivas: estamos ante derechos sociales fundamentales<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> En esta línea M.R. Vallecillo. “*El derecho a la desconexión...*”. Op. cit. pp. 177-178.

<sup>29</sup> Sin que ahora tengamos que entrar en la espinosa cuestión de las relaciones entre particulares de las Directiva del tiempo de trabajo, pues además del efecto directo de los principios y de los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta el predominio de la interpretación de conformidad (eficacia entre particulares u horizontal indirecta). El tema está mal resuelto por la polémica STS 8 de junio de 2016, Rec. 207/2015 (retribución de vacaciones). Una crítica en R. A. López Parada. “*Un retroceso en la primacía del derecho europeo...*”. Revista Derecho Social, n. 75/2016, pp. 121 y ss.

#### 4. CONCLUSIONES: ¿“NON NATA” O “NEO NATA” GARANTÍA DESCONEJIÓN DIGITAL EN ESPAÑA?

Nadie discute, yo desde luego no, la profunda necesidad de adaptación del conjunto de fuentes del Derecho del Trabajo al impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, sin que las férreas resistencias de sus principales leyes a tal adaptación, que arrastran desajuste desde hace más de tres décadas, justifiquen el contumaz abstencionismo, menos ante la mayor capacidad de penetración de las tecnologías digitales. Por eso se ha dado aquí cuenta de algunos de esos problemas que exigirían una reforma legislativa, o una nueva orientación convencional, en virtud de las dificultades que se plantean en sede interpretativa, al tratarse a menudo más de conflictos de regulación (económicos) que de interpretación. Y así se ha evidenciado trayendo a colación la importante sentencia Tyco y las vicisitudes por las que está atravesando en la experiencia nacional, no demasiado exitosa, aunque conozca más de una aplicación esperanzadora. En todo caso, esa cuestión aboca más a la heteronomía, a la composición justa del equilibrio de intereses, como termina apostillando también el TJUE, que a la interpretación, sin que pueda marginarse, por supuesto, como parece hacer el TS, que sigue atrapado en su inercia de interpretación puramente literal, del art. 34.5 ET y también de los preceptos convencionales que lo recogen -literalmente-, en especial sobre la trasnochada doctrina de dar primado a la interpretación de instancia, por ser más una cuestión de hecho y de contrato el convenio que de norma jurídica.

Ahora bien, al mismo tiempo, se ha evidenciado que hay otras cuestiones en las que, en efecto, al contrario, más que un enfoque de regulación estamos ante un marcado tema de interpretación o, mejor, de integración de garantías de efectividad de derechos fundamentales de los trabajadores, para lo que, sin perjuicio de ser siempre bienvenidas las -buenas- leyes y los -buenos- convenios colectivos legislativo, no se precisa en absoluto una mediación expresa del legislador. Si, como hemos visto, tanto para la ley francesa como para las experiencias más recientes convencionales en España, que siguen su estela, el “derecho” de los trabajadores a desconectar de su trabajo y a no recibir mensajes ni correos electrónicos una vez concluida su jornada laboral es el núcleo duro del mismo, carece de toda razonabilidad esperar a que haya una ley o un convenio, que así lo diga para convencer o persuadir a los operadores jurídicos, y a los trabajadores, de que, en tanto, no existe en nuestro sistema una tal garantía de tutela del derecho a la efectividad del descanso -art. 15 en relación al art. 10 y 40 y 43 CE- y al respeto a la vida privada -art. 18 CE-. Nada tiene que ver que sea el convenio la norma natural para la determinación de la jornada de trabajo, en sus múltiples modalidades, para que el trabajador tenga siempre la libertad-poder de autodeterminación fuera de la jornada de trabajo.



Como reconoce una sólida doctrina judicial aquí expuesta y analizada, el imperativo legal de ejercicio regular de su poder de dirección (art. 20 ET) tiene como límite la vida privada. Por lo tanto, que las nuevas realidades tecnológicas faciliten un uso irregular, en nada obsta a que el trabajador tenga exactamente el mismo nivel de protección que en el modelo analógico de organización, aunque para que ese nivel sea realmente efectivo haya que concretar la protección ofrecida por los derechos fundamentales, ya directamente, pero en espera de concreción en la práctica conforme a las necesidades operativas de cada momento y supuesto, con medidas actualizadas en su denominación, o formato, pero no en su contenido. Entre desconectar digitalmente (nueva garantía nominada digitalmente) y disfrutar realmente del periodo de descanso (garantía general clásica) no hay ninguna diferencia de sentido práctico. En ambos casos, ayer como hoy, la regularidad del poder directivo exige que no pueda obligar al trabajador a prestar servicios, ni de forma presencial, ni a distancia a través de los dispositivos informáticos, fuera de estos tiempos de trabajo debidos.

Por lo mismo, el art. 5 ET es inequívoco cuando señala que el trabajador debe limitarse al cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto (art. 5 ET). En consecuencia, si la garantía de desconexión digital significa -como se deduce de la sentencia catalana comentada- que ni cabe controlar ni sancionar ni generar riesgo de estrés por la negativa del trabajador a hacer actividad en esos momentos extramuros de la jornada (aunque sea sólo tener enchufado un dispositivo de la empresa para que se cargue -acelerómetro- en el domicilio particular), su falta de respeto conlleva lesión de derechos fundamentales. ¿Qué aporta, entonces, su reconocimiento legal o convencional? Por supuesto, soy consciente de que existe un contenido amplio a integrar por la ley y convenio, en función de la creatividad y capacidad negociadora, por lo que será mayor su eficacia, ya que la experiencia convencional ofrece una infinidad de posibilidades superior a las derivadas de la interpretación<sup>30</sup>. Ahora bien, no menos cierto es que, en la mayor parte de los convenios conocidos -en Francia, y el ahora emergido en España-, se limita a la faceta negativa: la libertad (no siempre estrictamente el poder) de no contestar en tiempo no laboral. Pero esa faceta -incluso otras activas -el poder de exigir que se abstenga de enviarlos el empleador- ni exigiría intermediación, ni legal y ni colectiva, sino que es una garantía directamente exigible de la eficacia de los derechos fundamentales que ya posee el trabajador, ni realmente falta, pues las leyes laborales, interpretadas de conformidad, tanto con la realidad cuanto con los derechos y principios superiores, ya reconocen esa garantía.

<sup>30</sup> Por ejemplo: Mercedes-Benz reconoce el sistema “Mail on holiday”, para que los correos enviados a trabajadores de vacaciones sean automáticamente redirigidos a otros disponibles de la empresa. De este modo tiene dos efectos: evita que lleguen a sus destinatarios en vacaciones -*desconexión propiamente*-, y también la sobrecarga de mensajes propia de la acumulación en el periodo de vacaciones -*efecto preventivo del estrés posvacacional*-.

A mi entender, esta construcción no peca ni de idealismo ni de falacia jurídica. Una sana dosis de realismo jurídico-laboral, más que conveniente absolutamente necesario, enseña que el despliegue empresarial de sus poderes extramuros de la empresa (que siendo digital se desvanecen o se vuelven “líquidas”, integrando también su entorno exterior, incluida la esfera privada del trabajador), no suele hacerse de manera visualizada con nitidez. Ni las consignas serán precisas, transparentes, ni los modelos de organización del trabajo tendrán fronteras tan nítidas, como por ejemplo sucede con la actual tendencia a sistemas más flexibles y también globales, para que la distinción se complique (ejemplo: trabajo por objetivos). Se comprueba esta orientación en el mismo convenio AXA, que no sólo se abre al teletrabajo (para muchos urgido de una excepción al “derecho” a la desconexión, precisamente allí donde puede tener más sentido, porque la dilución de fronteras es mayor), sino también al moderno sistema de “retribución variable”. El riesgo de esa mayor flexibilidad y disponibilidad del trabajador para el tiempo estricto de trabajo está en tener que convertir el eventual tiempo libre en laboral para alcanzar las expectativas comprometidas, de lo que dependerá la retribución y el cumplir con diligencia la obligación. La red digital, pues, se convierte en una trampa de “tela de araña” para el trabajador que se situará en los límites, sino los traspasará, del estrés laboral.

Sin embargo, entiendo que ningún argumento serio y sólido se aporta por tan obligada dosis de realismo para contradecir esta tesis del reconocimiento directo como imperativo de máxima efectividad de los derechos fundamentales (en cierto modo ya sucedió así hace años en relación al reconocimiento del derecho de los sindicatos ex art. 28 CE a utilizar el correo electrónico para su información sindical, pese al silencio, que pervive, de la LOLS). Primero porque si se extrema, cabría situarse muy cerca de las posiciones que critican -no sin razones-este derecho por ser sólo el reconocimiento de un “nuevo privilegio” a los trabajadores ya protegidos, mientras se olvida que para un buen número de trabajadores (irregulares, precarios, falsos autónomos) esa desconexión es una quimera, pues la conectividad sería la única oportunidad de un empleo. Así lo pondría de relieve el artículo de The Guardian citado:

*“Laws protecting workers from employers’ out-off-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option”<sup>31</sup>*

Segundo, porque nada añade a la dificultad práctica de cualquier norma laboral que se pueda dictar expresamente al respecto. Precisamente, para superarla razonable mente rigen las pautas interpretativas que dan primacía al fin sobre la forma.

<sup>31</sup> Cfr. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/feb/19/right-to-disconnect-digital-gig-economy-evgeny-morozov>

Tercero, cuando se ha producido esa intervención legislativa -Francia- ni un solo útil de protección adicional se ha dado para deshacer esas dificultades, pues todo queda remitido, en efecto, a lo que pueda disponer, sin concreción ni sanción, el empleador. En definitiva, volvemos una y otra vez a la casilla de salida. Por lo tanto, no se debería confundir el nivel de intensidad de la tutela frente a la conectividad permanente, conforme a las circunstancias de cada caso -tipo contractual, sector, categoría profesional-, que precisará desarrollos, con el reconocimiento y garantía de un nivel mínimo de protección frente al desbordamiento digital de las fronteras de los tiempos de vida, para lo que no se precisa mediación reguladora adicional, legal o convencional. En ambos planos, de superiores niveles de protección como del nivel básico o mínimo (contenido esencial del derecho actual), cabe realizar la correspondiente adecuación flexible, para que la efectividad protectora no sea sinónimo de rigidez protectora. Pero tampoco aquí hay novedad ni dificultad alguna, porque, como enseña la sentencia catalana referida, el problema es siempre el mismo: de razonabilidad y de proporcionalidad.

Precisamente, para muchos partidarios de la regulación del derecho de manera formal -un acto de autoridad positiva, legal y/o convencional- la ley debería limitarse a un estatuto de mínimos, cuidadosa al tiempo con la necesidad de introducir especialidades y excepciones para no ser rígida, difiriendo en gran medida la labor al convenio. Pero, entonces ¿en qué queda el derecho como tal? En realidad, no habría novedad de gran calado, por cuanto, en una versión tan devaluada o diluida, es una práctica de “derecho débil” en muchas empresas de gran tamaño. En suma, por las razones que aquí he expuesto tengo la convicción de que hay que huir del exceso de esnobismo y artificialidad en los derechos de nuestro tiempo, evitando crear cortinas de humo sobre lo esencial: garantizar la efectividad de los periodos de descanso, esto es, hacer efectivo el clásico derecho, hoy social fundamental; no proponer a bombo y platillo pretendidos nuevos derechos bajo cuya fascinante denominación modernista no habría contenido o mejora real, como la mejor doctrina francesa concluye respecto de su ley.

Ciertamente, su nombre o denominación es afortunada y ya es imparable, y esa es una buena noticia. Pero dado que se ha vaciado de sentido práctico el derecho en la ley francesa, no debería suceder lo mismo en nuestra experiencia, que ya conoce casos de acertadísima aplicación de la garantía en su plena sustancia, al margen de la denominación que se le dé -como sin duda sucederá también con el “nuevo derecho al olvido digital” laboral, versión típica de un “derecho inespecífico” (Palomeque) que tendrá recorrido mayor cuando entre en vigor el Reglamento-. En última instancia, tampoco aquí el conflicto jurídico debería ser el nombre de la cosa (“El nombre de la rosa”), sino el de la mejor garantía de efectividad de la sustancia o la cosa misma: y esa no es otra que la efectividad en la era digital del derecho al descanso.