

Nuevas tecnologías y derecho del trabajo

Nuevas tecnologías y derecho del trabajo

Libro de investigación

Universidad Externado de Colombia
Departamento de Derecho Laboral
Centro de Investigaciones Laborales

Nuevas tecnologías y derecho del trabajo : libro de investigación / Maritza Cruz Caicedo [y otros cuatro]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Laboral Centro de Investigaciones Laborales. 2020.

107 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904154

1. Contratos de trabajo -- Innovaciones tecnológicas 2. Trabajadores --Innovaciones tecnológicas 3. Relaciones industriales -- Innovaciones tecnológicas 4. Derecho al trabajo -- Innovaciones tecnológicas 5. Tecnologías de la información y la comunicación I. Cruz Caicedo, Maritza II. Evaristo López, María Guadalupe III. Reyes Gaytán, Germán IV. Sánchez Acero, Diego Alejandro V. Tovar Reyes, Sandra Lucía VI. Universidad Externado de Colombia. VII. Título

348.6 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

agosto de 2020

ISBN 978-958-790-415-4

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Patricia Miranda

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO 3

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LAS HERRAMIENTAS DE TRABAJO: EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

GERMÁN REYES GAYTÁN*

Sumario. Introducción. 1. El contexto en el que se presenta el derecho a la desconexión laboral. 2. Conceptualización del derecho a la desconexión laboral. 3. Reglamentación del derecho a la desconexión. 4. Posiciones críticas entorno al derecho a la desconexión laboral. Reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

Por motivo de la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las relaciones de trabajo surgen nuevas preguntas y áreas de estudio, ya que las TIC han transformado la relación laboral típica que se gestó en el periodo *fordista*, así como su organización¹. Cobran relevancia aspectos como el derecho a la privacidad de los trabajadores, el uso del correo electrónico, el teléfono móvil y las herramientas de comunicación social, como lo son Facebook, WhatsApp e Instagram, por mencionar algunas, y por otra parte está el derecho de control empresarial y el uso

* Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, abogado postulante y docente de los departamentos Derecho del Trabajo y Filosofía del Derecho en la Escuela de Derecho Ponciano Arriaga. Contacto: germareyes@me.com.

1 Se refiere aquí no como una generalización, sino como una tendencia a la transformación, existiendo en este momento una coexistencia entre las diversas formas de trabajo, las tradicionales y las nuevas.

de cámaras de vigilancia, monitoreo informático, etc., incluso transformando el mismo teletrabajo, permitiendo que se realice en constante comunicación o conexión en todo momento sin acudir al centro de trabajo.

De entre los diversos temas que emergen ante la era tecnológica y la consecuente transformación del trabajo, se encuentra el de la jornada laboral, ya sea presencial o a distancia. El tema cobra especial relevancia cuando el trabajador que presta su servicio de manera presencial, después de la jornada laboral y a consecuencia de las TIC, continúa en contacto con su empleador (y a su disponibilidad). Tal circunstancia tiene como consecuencia que el tiempo de trabajo se difumine con el tiempo de descanso, y no se diga respecto de la relación de trabajo a distancia, en donde establecer una diferencia entre la jornada de trabajo y el tiempo de descanso es más complicado. Surgen preguntas como las siguientes: ¿la continua comunicación fuera del tiempo de trabajo implica disponibilidad?, ¿tiene derecho el trabajador a una remuneración?, ¿es necesario un descanso efectivo?, ¿el no disfrute de un tiempo descanso afecta la salud del trabajador?, ¿el Estado debe garantizar el disfrute de un tiempo de descanso genuino?, ¿son de orden público estos aspectos de la relación de trabajo?, ¿es necesaria una regulación especial a este respecto?, etc.

Es en este contexto en el que se desarrolla el denominado derecho a la desconexión, cuyo objeto, en un primer acercamiento, es evitar que por medio del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se difumine el tiempo de la jornada de trabajo y el tiempo personal del trabajador destinado a otras actividades.

En el presente artículo se describirán las circunstancias en las que el derecho a la desconexión laboral es relevante y se pondera el uso de las TIC como herramienta de comunicación frente al derecho

a la recreación y descanso de los trabajadores, para de ese modo establecer los límites de estas herramientas de comunicación frente a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

También se realiza una revisión doctrinal conceptual del tiempo de trabajo, diferenciándolo del tiempo de descanso, para lo cual se señalan dos aspectos, como lo son: la jornada y el horario de trabajo. Del análisis de conceptual se concluirá que podemos entender el derecho a la desconexión laboral como un nuevo derecho o como un reforzamiento del derecho a la vida privada de los trabajadores.

Un objetivo principal de esta investigación es conocer la regulación de tal derecho; esto se consigue con el análisis de antecedente principal en la legislación francesa.

1. EL CONTEXTO EN EL QUE SE PRESENTA EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL

Es cierto que el uso de las TIC ha transformado la manera en cómo se desarrollan actualmente las relaciones de trabajo, como una herramienta que facilita las actividades del trabajador, le brindan mayor autonomía, promueven nuevas competencias y se da la creación de nuevos puestos de empleo. Sin embargo, esta autonomía que adquiere el trabajador lo coloca en una condición de aislamiento respecto de la organización de los trabajadores y promueve el trabajo autónomo que se lleva a cabo fuera del esquema tradicional del trabajo asalariado. Además, las competencias que crea en los trabajadores también descalifican a otros y el cambio en la organización del trabajo hace que desaparezcan puestos de trabajo. Se observa hasta aquí una serie de paradojas, *pros* y *contras* de la influencia de las TIC en el trabajo.

Particularmente por cuanto al tema que nos ocupa, las TIC hacen posible la comunicación de los trabajadores con su empleador

en todo momento, lo que trae consigo evidentes ventajas para la ejecución del trabajo. Sin embargo, esta comodidad que pueden brindar las TIC frecuentemente se transforma en una intensificación del trabajo, situación que impacta en la calidad de vida de los trabajadores y expone a múltiples riesgos laborales psicosociales, como el aislamiento, la sobrecarga de trabajo, el estrés, la depresión, etc.².

A partir de ligar una serie de premisas se puede entender el contexto en el que tiene origen el derecho a la desconexión:

- El empleador se encuentra obligado a no transgredir la salud de los trabajadores.
- Las TIC son un medio que permite al empleador tener a su disposición en todo momento al trabajador.
- La relación de suprasubordinación compromete al trabajador a estar en continua comunicación con su empleador durante su tiempo de descanso.
- La continua comunicación entre estos evita que el trabajador tenga un tiempo de descanso efectivo y genuino.
- La no satisfacción de un tiempo efectivo de descanso para el trabajador genera posibles riesgos de trabajo psicosociales y físicos.

De lo anterior se puede concluir, bajo los supuestos antes descritos, que el patrón, por medio del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, en primera instancia, atenta contra el derecho fundamental a la recreación. Dicho derecho es reconocido

2 PIERRE-HERI CIALTI, "El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?", *Revista Temas Laborales*, n.º 137, 2017, p. 165.

en las constituciones de la mayoría de los Estados alrededor del mundo y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece, en su artículo xv, como derecho al descanso y a su aprovechamiento, que a la letra señala: “Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”³. Y en un segundo término, también cabe la posibilidad de que se atente contra la salud de los trabajadores.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL

Para Pierre-Henri Cialti, el derecho a la desconexión laboral es “el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”⁴. Por otra parte, Molina sostiene que el derecho a la desconexión laboral lo podemos entender como la “garantía de efectividad del contenido esencial del derecho al respeto de la vida privada en una sociedad digital”⁵. Se puede observar dentro de estas dos definiciones que propiamente contempla dos planteamientos distintos de la forma en cómo se puede entender el derecho a la desconexión laboral, primero, como un nuevo derecho naciente en la era digital y, segundo, como un reforzamiento del derecho a la vida privada en el entorno digital.

Para entender el derecho a la desconexión, resultará de utilidad analizar el concepto de “tiempo de trabajo” y los aspectos que se refieren a la organización temporal del trabajo, como lo son: la jornada y el horario de trabajo.

3 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

4 CIALTI, óp. cit., p. 165.

5 CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LXVII, n.º 269, septiembre-diciembre de 2017, p. 895.

En este orden de ideas, como jornada de trabajo entendemos al tiempo durante el cual la persona está a disposición para realizar el trabajo; es decir, la duración del trabajo diario que, generalmente, viene determinado en horas, mismo que tradicionalmente se definía como el tiempo de trabajo efectivo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador y, otras acepciones, como la cantidad de tiempo dedicada a la prestación laboral (por ejemplo: jornada diaria de 8 horas de trabajo o jornada de 48 horas semanales). Por otra parte, el horario de trabajo, es la distribución del tiempo de trabajo a lo largo de un periodo de tiempo (un día, una semana, etc.) que indica las horas en las que se realiza la actividad, en la que se debe distinguir la fijación de los momentos de inicio, desarrollo, interrupción y finalización del tiempo de trabajo⁶.

En este sentido se puede decir que el derecho a la desconexión laboral es aquel que ejerce el trabajador frente a su empleador fuera de su jornada y horario de trabajo, que implica la exclusión de la comunicación, relacionada con su actividad de trabajo, por medios informáticos y tecnológicos. Este derecho necesariamente debe traer aparejada la expresión de la prohibición al empleador de utilizar los medios de comunicación informáticos y tecnológicos fuera de la jornada y horario de trabajo para disponer del trabajador. De no incluir la respectiva prohibición para el empleador, se dejaría un carácter deóntico normativo potestativo al trabajador; es decir, la facultad de decidir si excluir o no la comunicación con su empleador.

En el informe *Mettling* de 2015 se expresa la preocupación de que el derecho a la desconexión no solo sea un derecho, sino que, a propósito del tema aquí tratado, se menciona en el citado informe

6 CLOTILDE NOGAREDA CUIXART et. al., *Jornadas y horarios de trabajo*, Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo - Gobierno de España, 2013, p. 3.

que también debe ser un deber del propio trabajador y del personal directivo de la empresa. En ese mismo sentido expresa Cialti que “El carácter voluntario o la libertad del trabajador de desconectarse o no resulta ser un engañoso señuelo en el marco de una relación de subordinación”⁷.

También es necesario señalar que el derecho a la desconexión laboral no solo se debe presentar como el derecho al tiempo efectivo de descanso de los trabajadores, sino que para cumplir con su objetivo de delimitar la vida personal como la vida profesional y mitigar la intensificación del trabajo. Este debe venir acompañado de otros aspectos, como lo son establecer nuevos parámetros objetivos para medir la carga de trabajo, ya que, en el contexto actual de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, en donde se transforman las relaciones de trabajo, la jornada de trabajo y la presencia en el centro de trabajo, ha dejado de ser indicador de esta.

3. REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

El derecho a la desconexión laboral tiene un origen distinto a las leyes. Por vez primera tuvo su aparición en Francia con el Acuerdo Nacional Interprofesional (ANI) de junio de 2013, de la Agencia Nacional para la Mejora de las Condiciones de Trabajo. Este acuerdo versa sobre la calidad de vida en el trabajo y en el mismo se establece que se debe “promover una gestión inteligente de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas, respetuosa de la vida privada de los trabajadores”. Parte de la premisa de que las TIC “forman parte integrante del entorno de trabajo y son indispensables al funcionamiento de la empresa” y particularmente sobre el tema que nos ocupa se establece que se requiere que las

7 CIALTI, óp. cit., p. 178.

empresas, “tras haber conocido el punto de vista de los trabajadores sobre el uso de las TIC en la empresa”, busquen “los medios para conciliar vida personal y vida profesional, [...] por la instauración, por ejemplo, de tiempos de desconexión”⁸.

El derecho a la desconexión laboral también tiene sus antecedentes en empresas como Volkswagen y Daimler, que han aceptado o promovido “concesiones” en esta materia. De igual manera, en España algunos contratos colectivos comienzan a tomar en consideración el derecho a la desconexión laboral, como lo es el de la empresa de matriz francesa Axa Seguros, que en su artículo 14 del nuevo convenio colectivo 2017-2020 dice:

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 trabajo⁹.

La regulación que ha alcanzado una proyección a nivel mundial es la francesa, con la Ley 2016-1088 de agosto de ese año, misma que entró en vigor a partir del 1.º de enero de 2017, en la que se introduce el apartado 7 en el artículo L.2242-8 del Código de Trabajo francés, en el que se establece regular el derecho a la desconexión laboral y sus modalidades vía la negociación colectiva:

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

8 Citado en *ibíd.*, p.167.

9 Citado en MOLINA NAVARRETE, *óp. cit.*, pp. 913-914.

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.

A la par de la regulación francesa, se pueden encontrar otros sistemas jurídicos de otros países que han impulsado reformas análogas, como Corea del Sur, que tuvo su sustento en el hecho de que sus trabajadores, según la OCDE¹⁰, presentan el segundo índice más alto de horas de trabajo, solo después de México, y en estrecha relación con el denominado informe: “Trabajadores que tienen miedo a *Kakao Talk*”, nombre que adoptó tal informe haciendo referencia al servicio de mensajería instantánea más usado en ese país.

Sin entrar al fondo, se apunta la existencia de reformas en este mismo sentido –de introducir el derecho a la desconexión laboral– en países como Filipinas y Bélgica¹¹.

4. POSICIONES CRÍTICAS ENTORNO

AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL

Es necesario también exponer algunas posiciones críticas que se han hecho en torno al derecho a la desconexión, en el sentido de que se denuncia que este contiene un exceso de idealismo o falta de realismo, tal y como lo expresa Morozov en una publicación en el periódico *The Guardian*, en la que explica que sin lugar a dudas existen esquemas laborales en donde la continua comunicación es la naturaleza de ese tipo de trabajo, e incluso, ese puesto de trabajo fue consecuencia de la continua comunicación y que simplemente

10 Véase más en OCDE, “Horas trabajadas”. Disponible en: <https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm>.

11 Ibid., pp. 909-911.

la desconexión no se entiende en ese contexto. Morozov menciona que “Las leyes que protegen a los trabajadores de los correos electrónicos fuera de horas de los empleadores ignoran el hecho de que, para muchos, el apagado no es una opción”¹².

Lo anterior se expresa justo en otro contexto y para otro tipo de formas de trabajo, como para empresas digitales que tienen un alto fraccionamiento de su proceso productivo y para trabajadores por llamado o los sujetos de los denominados contratos de cero horas. Entonces, hay que puntualizar que el derecho a la desconexión laboral está pensado en el marco de la relación laboral típica, la de tipo presencial en la que encuentra establecida la jornada de trabajo y el tiempo de descanso. Sin embargo, resulta valioso escuchar estas voces que señalan una preocupación en otros esquemas laborales, donde el derecho a la desconexión no es la respuesta a la precarización de las condiciones de trabajo de esos entornos.

Otra de las críticas que se realiza al derecho a la desconexión laboral versa en el sentido de señalar que se trata simplemente de una bella fórmula léxica, sobre la semántica, pues vacía de sentido práctico propio ese pretendido derecho, al no dotarlo de un contenido de derechos y deberes innovador. En realidad, bajo la afortunada fórmula..., no hay sino algo mucho más conocido, y exigible, como es una garantía de todo contenido esencial respecto del derecho fundamental al respeto de la vida privada, así como el derecho laboral al descanso efectivo¹³.

12 E. Morozov, “So you what to switch off digitally? I’m afraid that will cost you”, citado en MOLINA NAVARRETE, *óp. cit.*, p. 905.

13 MOLINA NAVARRETE, *óp. cit.*, pp. 905-906.

REFLEXIONES FINALES

– La relación laboral típica se ha transformado y han aparecido nuevas formas de trabajo como consecuencia de la implementación de las TIC en la organización del trabajo.

– El derecho a la desconexión laboral aparece en el contexto donde el trabajador que presta su servicio de manera presencial, después de la jornada de trabajo y a consecuencia de las TIC, continúa en contacto con su empleador (y a su disponibilidad).

– La problemática surge cuando la continua comunicación se transforma en intensificación del trabajo, situación que impacta en la calidad de vida de los trabajadores y los expone a múltiples riesgos de trabajo psicosociales, como el aislamiento, la sobrecarga de trabajo, el estrés, la depresión, etc.

– El derecho a la desconexión tiene como objetivo evitar que, por medio del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se difumine el tiempo de la jornada de trabajo y el tiempo personal del trabajador.

– Entenderemos por derecho a la desconexión aquel que ejerce el trabajador frente a su empleador fuera de su jornada y horario de trabajo, que implica la exclusión de la comunicación, relacionada con su actividad de trabajo, por medios informáticos y tecnológicos.

– El derecho a la desconexión laboral no solo se debe presentar como el derecho al tiempo efectivo de descanso de los trabajadores, sino que para cumplir con su objetivo de delimitar la vida personal de la vida profesional y mitigar la intensificación del trabajo, debe venir acompañado de otros aspectos, como lo son establecer nuevos parámetros objetivos para medir la carga de trabajo, ya que en el contexto actual de las nuevas tecnologías de la información y

comunicación, en donde se transforman las relaciones de trabajo, la jornada de trabajo y la presencia en el centro de trabajo ha dejado de ser indicador de esta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIALTI, PIERRE-HERI. "El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?". *Revista Temas Laborales*, n.º 137, 2017.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. "El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de jornada?". *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LXVII, n.º 269, septiembre-diciembre de 2017.

NOGAREDA CUIXART, CLOTILDE et. al. *Jornadas y horarios de trabajo*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo - Gobierno de España, 2013.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Los retos que ha impuesto el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales suponen el desafío de adecuar las clásicas instituciones del derecho del trabajo a la nueva realidad que emerge como consecuencia de la irrupción tecnológica. Este desafío no se limita a la discusión vigente acerca de la naturaleza jurídica del trabajo que se presta a través de plataformas digitales, discusión que, por demás, resulta de una gran trascendencia en la medida en que define –o redefine– las fronteras del derecho laboral para incluir o excluir esta nueva modalidad de trabajo de la aplicación de las tutelas propias de esta rama del derecho.

Conscientes de esta realidad surge la idea de adelantar esta investigación, que ahonda en la incidencia de las nuevas tecnologías en algunos de los aspectos que se consideraron de particular importancia en la relación laboral: el ejercicio de la subordinación, el derecho a la desconexión de los trabajadores, el derecho a la intimidad o el estrés laboral como factor presente en las organizaciones contemporáneas; esto, sin dejar de lado, por supuesto, la prestación de servicios a través de las plataformas tecnológicas.

Este libro pretende contribuir con el debate, aportando la visión de los autores en los distintos temas que se trataron a lo largo de los capítulos que lo componen y teniendo como insumo importante algunas decisiones judiciales que se han pronunciado acerca de los temas objeto de investigación desde una perspectiva no solo local, sino también regional y acorde con la normatividad internacional.

ISBN: 978-958-790-415-4



9 789587 904154