

Comentario al reconocimiento del derecho a la "desconexión digital" de los trabajadores en el derecho laboral francés(*)(), Por Macoretta, Cora S. - El Derecho 271-711**

I

Introducción

Francia impulsó una polémica reforma de su ley laboral (1), que en este aspecto ha entrado en vigor el 1º de enero de 2017, con la intención de que los trabajadores fuera de su horario laboral no necesiten estar pendientes de su correo ni de sus teléfonos móviles; en otras palabras, la reforma laboral francesa reconoce el derecho del trabajador a la "desconexión electrónica" con la empresa empleadora fuera del horario de trabajo.

En un mundo inmerso en las nuevas tecnologías, en el que los smartphones se han convertido en una prolongación de nuestra mano, el legislador francés ha decidido proteger a los trabajadores fuera del horario laboral en aras de una mejor conciliación con su vida personal.

La frontera que separa la esfera profesional de la personal cada vez es más débil y significativa la utilización de la población activa de los medios digitales profesionales fuera del horario de trabajo.

Este derecho está íntimamente ligado con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; los trabajadores franceses podrán desconectar fuera de su puesto de trabajo los e-mails recibidos en los días u horarios libres o las llamadas del jefe o superiores al llegar a casa, ya que tienen el derecho a no responderlos.

La medida se fundamenta en que la realidad demuestra que los empleados dejan físicamente la oficina pero no dejan su puesto de trabajo, permanecen virtualmente unidos por una especie de lazo electrónico con el trabajo, manteniendo en consecuencia un estrés laboral constante(2).

La reforma laboral francesa en este aspecto afecta a las empresas de más de 50 trabajadores y busca evitar la presión que los dispositivos digitales proporcionados por el empresario imponen sobre los trabajadores por la incapacidad de desconectar y el exceso de trabajo fuera de la jornada laboral; la medida trata de prevenir el incremento del trastorno conocido como burnout o síndrome del trabajador quemado, aunque este síndrome como tal no ha sido aún reconocido como enfermedad profesional.

El objetivo de la norma es el respeto tanto del tiempo de descanso y de vacaciones como el equilibrio entre la vida personal y profesional de los trabajadores, en virtud de lo cual las empresas afectadas deberán poner en marcha, en palabras del legislador, "herramientas de regulación de los medios digitales", es decir, integrar el ejercicio del derecho a la desconexión para evitar el uso del correo electrónico y del teléfono móvil fuera del horario de trabajo.

Sin embargo, la ley no exige al trabajador apagar el móvil al llegar a casa, ni a la empresa cortar el servicio fuera del horario laboral, no se establece ningún mecanismo expreso de cómo ejecutar esta medida ni tampoco se prevén sanciones para las empresas en caso de incumplimiento, se deja en manos de las empresas la solución más efectiva posible para cumplir con este derecho.

La reforma introduce un nuevo apart. 7º en el art. L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, que establece –en traducción no oficial aportada por editorial en español(3)– [que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá]: "7º 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 el 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"(4).

Dentro de lo que denomina "inclusión de lo digital en el modelo social" incluye tres aspectos: el derecho a la desconexión, el teletrabajo y el diálogo social en la era digital.

Resulta llamativo que el texto legal no incorpore una definición del "derecho a la desconexión"; se limita a señalar que "las modalidades de ejercicio de este derecho a la desconexión están relacionadas directamente con la organización de la empresa", por lo que reenvía a la negociación de ámbito empresarial la definición de sus diferentes modalidades.

La norma tampoco establece un ámbito subjetivo de aplicación, por lo que podría entenderse que se refiere al ámbito personal comprendido en el convenio colectivo correspondiente.

Las principales características de este derecho son:

1. Implantación de medidas de desconexión: la negociación no solo deberá definir las modalidades del pleno ejercicio de este derecho, sino también incluir "la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales". La finalidad es evitar que los trabajadores puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa.

El alcance de la medida es trascendente: las empresas deberán implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo.

2. Elaboración de una política de actuación por el empresario: a falta de acuerdo en la negociación, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o los delegados de personal, deberá elaborar una "política de actuación" sobre las modalidades de ejercicio de ese derecho a la desconexión, con independencia del tamaño de la empresa. Es decir, si no se alcanza un acuerdo entre las partes colectivas, no será el empleador en solitario quien defina la forma de ejercicio de ese derecho, sino que se abre un período durante el cual el empresario deberá informar a los representantes de los trabajadores de su proyecto de regulación. Tampoco la ley señala cuáles serían los efectos de la negativa de los representantes sindicales a aceptarla, dando a entender que su derecho es de audiencia pero no de veto.

3. Aplicación a todas las empresas: la obligatoriedad de implantación de estas medidas se extiende a todas las empresas, con lo que el alcance de la norma se hace universal, cualquiera que

sea el tamaño de la empresa.

Algunas empresas ya se han adelantado a esta medida. Por ejemplo:

* "Orange Compañía de Telecomunicaciones": desde el pasado 27 de septiembre de 2016 pide a sus empleados que establezcan tiempos de no utilización de su mensajería electrónica, en particular, durante las reuniones para facilitar la concentración.

* "Michelin": ha instaurado un control de las conexiones a distancia para sus directivos que trabajan con carácter itinerante entre las 21 h y las 7 h de la mañana siguiente en los días laborables, y los fines de semana desde las 21 h de los viernes hasta las 7 h de la mañana de los lunes.

* "Volkswagen": desde el año 2011 un millón de trabajadores disfrutan de un sistema de puesta en modo de suspensión diaria de sus servidores para el uso de los smartphones y de recepción de e-mails en sus teléfonos, desde las 18.15 h de cada día y hasta las 7 h de la mañana siguiente.

* "Mercedes-Benz": ofrece a sus empleados acogerse al sistema mail on holiday, por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa, evitando así el que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que esos se encuentran de vacaciones, así como la sobrecarga de mensajes que suele seguir a los períodos de vacaciones.

II

¿Es posible en nuestro país el reconocimiento

del derecho a la desconexión digital de acuerdo a la actual regulación del régimen de jornada

de trabajo?

Algunas consideraciones básicas de nuestro régimen desde la mirada del régimen de jornada laboral

"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (â€) jornada limitadaâ€)".

La jornada limitada de labor tiene expresión constitucional en el art. 14 bis de la CN y los tratados internacionales y declaraciones sobre derechos humanos, con igual jerarquía que nuestra Ley Fundamental (conf. art. 75, inc. 22, CN); por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) 20.744 establece que se entiende por jornada de trabajo el tiempo en el cual el trabajador esté a disposición del empleador, incluyendo los períodos de inactividad no atribuibles a su voluntad, salvo los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador.

La definición conceptual de jornada de trabajo la encontramos en el art. 197 de la ley 20.744; la norma toma partido por el criterio de la "jornada nominal o nominal time" al definir como tiempo de trabajo aquel durante el cual el trabajador está "a disposición" del empleador, sin poder utilizar ese tiempo en provecho propio, es decir que comprende el tiempo efectivamente trabajado y el tiempo puesto a disposición, que se vincula con el concepto de remuneración del art. 103.

El art. 196 de la LCT establece que la extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y se regirá, asimismo, por la ley 11.544; esto deroga cualquier legislación provincial que disponga una extensión distinta de la que fija dicha ley, que rige en todo el ámbito del país. No obstante, no impide que en los convenios colectivos, estatutos profesionales o contratos individuales se establezcan jornadas más breves; este artículo, además, lo que determina es el máximo legal en virtud de las diversas circunstancias de orden subjetivo (tareas realizadas por trabajadores: varones, mujeres o menores) u objetivo (tareas realizadas durante horas del día, de la noche o en ambientes insalubres), en que se realiza la prestación laboral.

La ley especifica varios tipos de jornada y el límite legal, por el cual establece que la "jornada diurna normal" tendrá un máximo de 8 horas diarias realizada entre las 6 y las 21 h, solo puede ser extendido excepcionalmente a 9 horas entre la mañana del lunes y las 13 horas del sábado o 48

horas semanales; para el "trabajo nocturno", 7 horas diarias o 42 semanales entre las 21 y las 6 h del día siguiente, y para el "trabajo insalubre", 6 horas diarias o 36 semanales(5).

La limitación de la jornada laboral responde a razones de orden biológico-socioeconómico y que están directamente relacionadas con la protección de la salud psicofísica del trabajador y la de posibilitarle desarrollar una vida de relación, tanto familiar como social.

Es de significativa importancia lo que se entienda por "jornada" o "tiempo" de trabajo, ya que también afecta al conjunto de derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo, puesto que determina el límite temporal en el que, por lo general, esos derechos y deberes tienen lugar, la limitación temporal del trabajo humano(6).

La jornada delimita, además, el ámbito temporal de la responsabilidad objetiva del empleador por los accidentes de trabajo sufridos o enfermedades adquiridas, precisamente, dentro de los tiempos propios del trabajo o aquellos que le son asimilados, como el accidente in itinere.

De manera tal que tiempo de trabajo no solo es el de trabajo efectivo, sino también el de "tiempo a disposición", es decir, el de las pausas o interrupciones impuestas por la propia modalidad o índole de tareas por cumplir, en la medida en que el empleador se encuentre facultado para utilizar su poder de dirección, según lo confirma el mismo art. 197 de la LCT en cuanto dispone que "integrarán la jornada los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador"(7).

La Ley Nacional de Empleo 24.013 modificó el régimen de jornada única a través del art. 198 de la LCT; por medio de la Convención Colectiva de Trabajo se pueden acordar reducciones de jornada, se habilita la "disponibilidad colectiva" en la regulación de modalidades de contratación laboral que implementen la llamada "jornada reducida" y permite que se establezcan jornadas máximas con base en promedios sobre períodos más extensos que las 48 horas semanales (ej. mensuales y anuales), de acuerdo con las características de la actividad, siempre que la jornada anual no supere en estos casos las 2000 horas anuales(8).

Los topes máximos de las jornadas pueden ser superados por vía de excepción, "en razón de la índole de la actividad, del carácter del empleo del trabajador y de las circunstancias permanentes o temporarias que hagan admisibles las mismas, en las condiciones que fije la reglamentación".

Ningún empleado está obligado a realizar actividad tras su jornada normal, salvo peligro grave o inminente de fuerza mayor para las personas o los bienes incorporados a la empresa, o exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa para hacer frente a demandas extraordinarias(9).

Ahora bien, el tiempo de labor que exceda de los máximos diarios y semanales será considerado como hora extraordinaria y deberá ser retribuido con un recargo del 50% y del 100% para las tareas realizadas en días sábados después de las 13 horas, domingos y feriados, y se fija en 30 horas mensuales y 200 horas anuales el límite máximo de horas extraordinarias que pueden realizarse sin necesidad de autorización administrativa previa(10).

Cuando las circunstancias obliguen a los trabajadores a exceder la jornada legal, las horas trabajadas en exceso se considerarán extraordinarias, sin necesidad de autorización previa, por lo que el empleador deberá abonarlas con el recargo correspondiente; en definitiva, el trabajador colabora en la realización de trabajos de urgencia medie o no autorización del MTSS, pero con derecho a que se le paguen esas horas con el respectivo recargo(11).

En este marco regulador la utilización de los equipos informáticos de que está dotado el trabajador fuera del horario de trabajo produce una sobrecarga de información y comunicación permanente al mantenerse conectados a distancia a cualquier hora del día, con el riesgo evidente de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales o anuales, afectando de lleno la protección de su salud por estrés o sentimiento de cansancio constante, lo cual daña la vida privada y aumenta los riesgos psicosociales de los empleados.

Paralelamente, con el avance de las herramientas tecnológicas, el home office se ha convertido en una tendencia que crece en las empresas, rompiendo con los modelos tradicionales de organización laboral, la provisión de smartphones y notebooks a los trabajadores se ha naturalizado y el intercambio inmediato de mensajes e información, las redes sociales y otros avances de la hiperconectividad cambiaron la forma en que se comunican las personas y, por ende, también las organizaciones. Pero no se deben confundir esas modalidades de trabajo dependiente como forma de organizar el trabajo a distancia con el auxilio de las tecnologías de la información y comunicación (denominadas TIC), de trabajo focalizado en los objetivos y resultados en vez de lugares y horarios.

Regular el uso de los instrumentos tecnológicos de trabajo o el del teléfono celular personal o

corporativo, dentro del esquema del tiempo de trabajo, es una cuestión central para dar contenido en nuestro medio al "derecho a la desconexión" digital laboral, proponiendo un reconocimiento normativo uniforme con lineamientos generales definiéndolo conceptualmente, fijando los alcances, la remuneración y sanciones por su incumplimiento y una reglamentación puntual de acuerdo a las características de cada actividad mediante la negociación colectiva, mediante acuerdos sectoriales o de empresa, tomando como referencia el modelo francés.

Para que este derecho sea efectivo debe ir acompañado de un "deber de desconexión", cuyo respeto incumbe, en primer lugar, a la empresa empleadora, quien debería implementar internamente los programas informáticos indispensables para poder medir y limitar el uso de los equipos digitales, con la obligación de implantar un sistema de seguimiento del derecho a la desconexión con sus trabajadores y una regulación con los lineamientos generales que sea consensuada por actividad o por empresa en el marco de la "disponibilidad colectiva", que los sindicatos respectivos deberán suscribir.

III

Conclusiones

Los cambios del modelo productivo desde la década del noventa en nuestro país han impactado significativamente en las condiciones de trabajo, en un escenario en el que se ha precarizado profundamente la actividad dependiente, de tal manera que los cambios en la organización del trabajo facilitaron la generación de modificaciones en la jornada que hacen recaer sobre los trabajadores los riesgos de las fluctuaciones en el nivel de actividad económica, produciendo en la legislación el descenso del piso protectorio mediante la degradación en pos de una supuesta y pretendida modernización de la organización del trabajo.

Actualmente los trabajadores se debaten entre la angustia de quedar sin empleo y aceptar un puesto de trabajo bajo cualquier condición, permaneciendo aun fuera de horario, reduciendo los descansos, acelerando el ritmo de trabajo, manteniéndose permanentemente "conectado" con la empresa.

Cada vez con mayor frecuencia, cualquiera sea la posición que se ocupe, la utilización de los equipos informáticos de que disponen los trabajadores facilita fuera del horario de trabajo la sobrecarga de información y comunicación con la empresa empleadora, con el riesgo evidente de

incumplir los tiempos de descanso, lo que afecta de lleno la salud e interfiere directamente en el desarrollo de la vida privada.

Para lograr un efectivo balance entre la vida personal y la vida profesional es ineludible regular la obligación de desconexión en los sistemas de comunicación a distancia de la empresa, ya que el simple reconocimiento de este derecho no es suficiente para asegurar el derecho a los lapsos de descanso de los trabajadores.

Estamos inmersos en un paradigma en el que la movilidad y la internet son el centro, las nuevas generaciones lo saben y las empresas asumen rápidamente estos cambios que atraviesa el mundo y la sociedad global, por eso ponen a disposición de los empleados la tecnología necesaria para que trabajen, pero ¿dónde comienza la frontera de la desconexión o el trabajo en exceso si no fijamos parámetros que los delimiten? La negociación colectiva podría ser la respuesta como medio eficaz, mediante acuerdos sectoriales o de empresa que establezcan de manera consensuada el derecho a la desconexión digital, con el objetivo de garantizar la efectividad del derecho al descanso de los trabajadores.

VOCES: INTERNET - CONTRATO DE TRABAJO - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - DERECHO DEL TRABAJO - DERECHO COMPARADO - JORNADA DE TRABAJO

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El uso de las redes sociales en el ámbito laboral, por John Grover Dorado, ED, 252-488; Cuestiones probatorias del correo electrónico, por Pablo A. Palazzí y Lucas F. Tamagno, ED, 255-78; Correo electrónico e Internet. Consecuencias jurídicas de su uso en el ámbito laboral, por Marco A. Rufino, ED, 255-92; Correo electrónico con firma digital. Aspectos técnicos y jurídicos, por Luciano A. Ballarini, ED, 257-787; Fundamento de la jurisdicción federal en el ciberespacio, por Luis R. Carranza Torres, ED, 258-1002; Las redes sociales y la incidencia en el ámbito laboral, por Cora S. Macoretta, ED, 266-793. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

()** La autora es Cora Sara Macoretta, abogada, doctoranda del Doctorado en Ciencias Jurídicas y profesora a cargo de la Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y profesora adjunta de Negociación, Mediación y Arbitraje, Facultad de Derecho –Carrera de Grado y Posgrado–, Pontificia Universidad Católica Argentina. csmacoretta@uca.edu.ar / dramacoretta@gmail.com

(1) Reforma introducida por la Loi 2016-1088, del 8-8-16, conocida como Loi Travail o Loi El Khomri (por la ministra que la impulsa). Esta reforma prevé, entre otras numerosas novedades, la incorporación de medidas de adaptación del mercado laboral al entorno digital y este denominado derecho a la desconexión (Droit à la déconnexion). Esta es la misma reforma laboral francesa de 2016 que ha sido criticada por los sindicatos franceses y que ha llevado a los trabajadores a las calles. La reforma del marco de las relaciones laborales se orienta a la refundación del modelo

social a partir de un triple eje: a) revisión de los principios esenciales del derecho del trabajo francés, contenidos en el Code du Travail, basada en tres aspectos: las reglas de orden público de obligado cumplimiento, las materias sujetas a la negociación colectiva, particularmente a nivel de empresa, y las normas supletorias aplicables a falta de acuerdo; b) la reforma de las reglas de negociación colectiva, destinadas a reforzar su legitimidad y eficacia (incluye la atribución de nuevos poderes al Ministerio de Trabajo para reducir el número de ramas de actividad, la implantación mayoritaria de los acuerdos colectivos, la revisión de las pautas de representatividad empresarial, la revisión de las normas sobre denuncia y revisión de los convenios, y la formación de los interlocutores sociales) y c) la creación de una cuenta personal de actividad (Compte Personnel d'Activité, CPA), destinada a aumentar la protección social de los trabajadores, incluidos los del sector público y los autónomos, dando a cada uno de ellos la posibilidad de construir su trayectoria profesional en un mundo en continua evolución, garantizando la portabilidad de sus derechos en caso de cambio de empleo o situación.

(2) El diputado socialista Benoit Hamon, impulsor de esta medida, textualmente ha dicho: "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".

(3) Ver <http://www.lefevre.elderecho.com>.

(4) En Francia es obligatorio que las empresas que cuentan con representación sindical negocien anualmente con los representantes de los trabajadores sobre retribuciones, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, calidad del trabajo e igualdad profesional entre hombres y mujeres (art. L.2242-1 del Code du Travail).

(5) El decreto 16.115/1933 (B.O. 28-1-33, reglamentario de la ley 11.544) admite una distribución de la jornada que puede ser uniforme o desigual, según distribución de horas que realice el empleador (art. 197, LCT); es uniforme cuando el trabajador realiza 8 horas diarias o 48 horas semanales; es desigual cuando realiza 9 horas diarias o 48 horas semanales, también aquí, la jornada de trabajo debe finalizar en días sábados antes de las 13 h ("sábado inglés").

(6) Lo cual tiene profundas implicancias jurídicas en otros aspectos importantes de la relación laboral, íntimamente ligada al concepto de remuneración (art. 103, LCT), al de horas suplementarias (art. 201, LCT) y al de descanso semanal (art. 204, LCT).

(7) Ejemplos como pausas de inactividad remuneradas: el caso del vendedor de comercio mientras aguarda la llegada del cliente; la cajera del supermercado en los intervalos de facturación o el operario mientras espera que su máquina concluya con determinada operación de enfriamiento, carga, descarga o, simplemente, tareas de mantenimiento.

(8) También, por su parte, el art. 92 ter de la LCT (conf. ley 26.474, año 2009) contempla la figura del "contrato de trabajo a tiempo parcial", en el que las partes pactan una jornada de un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, sin poder ser la remuneración inferior a la proporcional que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo.

(9) Arts. 89 y 203 de la LCT; 3º, inc. c) y 4º, inc. b) de la ley 11.544.

(10) El inc. c) del art. 3º de la ley 11.544 contempla excepción a la jornada máxima de labor; esta excepción es de tipo temporaria y refiere a episodios circunstanciales, transitorios y ocasionales, en virtud de los cuales se requiere ayuda de los trabajadores en caso de accidente ocurrido o inminente, o en caso de trabajo de urgencia para efectuarse en las máquinas, herramientas o instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero tan solo en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento y únicamente cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal; deberá comunicarse de inmediato a las autoridades encargadas de velar el cumplimiento de la ley y también para los casos cuando en forma temporaria, previa reglamentación, se autorice a trabajos en horas suplementarias para hacer frente a demandas extraordinarias (arts. 4º, inc. b), ley 11.544 y 203, LCT).

(11) Pero hay otro aspecto para tomar en cuenta, ya que la prueba de las horas extra está a cargo del trabajador en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho

a quien lo invoca y no a quien lo niega; predomina la doctrina judicial restrictiva, en el sentido de que las horas extraordinarias requieren de una prueba terminante y exhaustiva, a tal punto que ni aun la rebeldía de los empleadores es suficiente para hacer proceder tales reclamos. El trabajador cuenta con libertad probatoria (conf. art. 50 de la LCT), pueden ser acreditadas por cualquier medio de prueba conforme la legislación procesal vigente.