

RELACIONES LABORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO FRANCÉS*

MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL

Maître de conférences HDR, Droit privé et sciences criminelles

Université Lumière Lyon 2

EXTRACTO

Palabras clave: modelo francés, datos personales, intimidad y vida privada, inteligencia artificial, teletrabajo, derecho a la desconexión

El surgimiento de nuevas formas de trabajo y de trabajar va acompañado de nuevas necesidades y demandas de protección. El artículo comenta las soluciones y reacción que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia franceses adoptan en esta tarea, con referencia particularizada a temas tales como la protección de los datos personales frente al uso de inteligencia artificial en la empresa, los retos del teletrabajo y el derecho a la desconexión. La autora valora las consistencias y flaquezas del modelo francés, siempre desde la convicción de que la digitalización es un proceso imparabile y fascinante en el que es necesario conciliar dos objetivos antagónicos: la protección de las personas físicas y las necesidades económicas de la sociedad. Es evidente que en esta tarea, los derechos fundamentales están llamados a desempeñar un papel decisivo.

ABSTRACT

Key words: French model, personal data, privacy, artificial intelligence, teleworking, right to digital disconnection

The emergence of new jobs and ways of working is accompanied by new needs and demands for protection. The article comments on the solutions and reaction that the French legislator, doctrine and jurisprudence adopt in this task, with particular reference to issues such as the protection of personal data against the use of artificial intelligence in the company, the challenges of teleworking and the right to disconnect. The author values the consistencies and weaknesses of the French model, always from the conviction that digitalization is an unstoppable and fascinating process in which it is necessary to reconcile two antagonistic objectives: the protection of individuals and the economic needs of society. It is clear that in this task, fundamental rights are called to play a decisive role.

* Este trabajo recoge la ponencia presentada al Congreso Internacional “Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización” (octubre-noviembre de 2020), organizado por el sub-proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación, FEDER y por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES A LA LIMITACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA TRATAR LOS DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA
 - 2.1. El reglamento general de protección de datos
 - 2.2. El desafío de la inteligencia artificial en el ámbito de los recursos humanos
3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y TELETRABAJO, ENTRE VIDA PROFESIONAL Y VIDA PRIVADA
 - 3.1. El teletrabajo
 - 3.2. El derecho a la desconexión

1. INTRODUCCIÓN

“Derechos fundamentales” y “era digital” son dos nociones que merecen una pequeña explicación antes de abordar sus interacciones.

Los derechos fundamentales son derechos contemporáneos que desde hace más de treinta años han influido notablemente en todas las ramas del derecho, modificando el modo de interpretación de las normas ¹. Desde el ámbito de las libertades públicas, se convirtieron, especialmente a partir de finales de los 80, en derechos subjetivos, es decir, en “droit à” (derecho a)², invocables entre privados. A partir de entonces, los académicos se han apasionado por este nuevo terreno de reflexión que reunifica los derechos y libertades fundamentales, bien conocidos en el derecho público, con los derechos económicos y sociales que tardaban en salir de la sombra.

Ese movimiento se acompañó por una cierta privatización de esos derechos al transformarlos en derechos subjetivos, de modo que el beneficiario del “derecho a...” se convierte en acreedor. ¿Pero quien es el deudor? Tradicionalmente, el Estado ha tenido la responsabilidad de garantizar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, con la “privatización” de los derechos fundamentales, aquél ha trasladado en parte a los particulares la carga de garantizarlos. En un primer momento, ese tratamiento afectó, sobre todo, a los derechos económicos y sociales³, pero en la actualidad se aprecia la misma evolución a propósito de derechos nuevos, aun inmateriales o referidos a ciertas libertades. Ejemplos de ello pueden hallarse al hablar de protección de datos o

¹ L. Favoreu & alli, « Droit et libertés fondamentales », *Précis Dalloz*, 2015.

² Droit à l’habitat, droit au logement, droit aux transports,...

³ Por ejemplo, el derecho al empleo, inscrito en la Constitución francesa se traduce por la creación por el Estado de un servicio público de gestión de los desempleados. Pero la eficacia de este derecho pesa sobre las empresas cuyo objeto es el reclutamiento de trabajadores.

de derecho a desconexión de los trabajadores, ya que nos referimos a libertades fundamentales cuyo responsable es el empleador.

Recordar esta idea es importante para afirmar que el reconocimiento de los derechos fundamentales no es nuevo, aunque el legislador los multiplique. Ahora, se conoce su régimen jurídico y sus particularidades en cuanto al modo en que han de ser interpretados. Son derechos de objetivos, reconocidos en normas nacionales e internacionales que, además, pueden entrar en conflicto con otros derechos también fundamentales sin que a estos efectos los métodos clásicos de jerarquía o de exégesis funcionen. La clave interpretativa se compendia en tres palabras: adecuación, justificación y proporcionalidad⁴. En este sentido, la contribución del derecho europeo (tanto de la UE como del Consejo de Europa) ha sido notable pues hace ya mucho tiempo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó el principio de proporcionalidad para dirimir los conflictos entre esos derechos humanos⁵. Nació, así, una nueva metodología de razonamiento jurídico que se ha convertido en criterio para resolver conflictos entre derechos fundamentales.

Lo anterior es importante, para evidenciar que los derechos fundamentales no han nacido con la era digital. Ésta arriba a una tierra arada y tendrá que adaptarse.

Hemos de detenernos, ahora, en la expresión “era digital”. ¿Estamos entrando en el reino de los dedos o en el de los números⁶? ¿La inteligencia ya no reside en nuestra cabeza sino en nuestros dedos que se conectan con la inteligencia artificial? Esto es una broma, aunque sea ciencia ficción. Hablando más en serio, hay que reconocer que estamos al principio de esta era y que el nuevo desafío será dominarla y canalizarla. Para hacerlo, los derechos fundamentales podrían ser un instrumento jurídico útil y necesario. Es lo que vamos a observar a través de cuatro fenómenos propios de aquella. En concreto, la protección de los datos personales, el recurso a la “inteligencia artificial”, el derecho a la desconexión y el teletrabajo.

⁴ Art. L1121-1 : «Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.» (Nadie puede imponer restricciones a los derechos de los individuos y a las libertades individuales y colectivas que no se justifiquen por la naturaleza de la tarea a realizar o sean proporcionales al objetivo buscado.)

⁵ CEDH 23 jul. 1968, n° 1474/62, aff. Linguistique Belge ; CEDH 29 feb. 2000, n° 39293/98, Fuentes Bobo c/ Espagne. J.P. Marguénaud, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l’homme : le passé d’un avenir », D. 2020 p. 219.

⁶ En francés era digital se traduce como «digitalisation» o «ère numérique». A. Supiot, «La gouvernance par les nombres », *Fayard* 2015.

Trataremos estos temas desde la perspectiva francesa, pero claro, son cuestiones comunes en el derecho europeo.

2. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES A LA LIMITACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA TRATAR LOS DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha multiplicado el riesgo de difusión de informaciones personales y confidenciales fuera del círculo personal o familiar. Los datos que antes podía registrar un vendedor no salían de su registro. Los de los asalariados registrados en los ficheros de la empresa no salían de sus archivos. Sin embargo, desde el advenimiento de internet y de los algoritmos “inteligentes”, todas las plataformas mercantiles pueden acceder a los datos de clientes de otros comercios o empresas. ¿Cuáles son los colores que preferís? ¿Cuáles son vuestros lugares de vacaciones? o, incluso, ¿qué enfermedades padecéis? En el lugar del trabajo, los empleadores disponen de numerosos dispositivos de inteligencia artificial para seleccionar o controlar sus trabajadores. Hemos pasado de un mundo compartimentado a un mundo transparente y universal donde el individuo no puede proteger su vida personal de la red y de los algoritmos.

En un intento de proteger a los individuos frente a la difusión de sus datos y la gestión electrónica de su carrera sin atentar contra la libertad empresarial, el derecho europeo y nacional imponen una regulación en la que los derechos fundamentales constituyen un amparo contra esa invasión.

2.1. El reglamento general de protección de datos

La necesidad de protección de los datos personales es contemporánea al nacimiento de las TIC. En Francia la primera ley es de 1978⁷, es decir mucho antes de la primera directiva europea n° 95/46 de 24 de octubre 1995. La ley francesa de 1978 fue reformada por una ley de 6 de agosto 2004 y por un decreto de 20 de octubre 2004 a fin de trasponer dicha directiva. Tras la adopción del Reglamento general de protección de datos personales n° 2016/679 de 27 de abril de 2016 (en adelante RGPD) y de la nueva Directiva 2016/680 del mismo día, el Parlamento francés adoptó una nueva ley⁸ y un decreto complementario un año después⁹. Estos textos no abrogaron la ley de 1978 sino que solo la reformaron, lo que ha sido criticado desde el mundo académico¹⁰, al menos por los especialistas

⁷ Loi du 6 janvier 1978, n° 78-17, relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸ Ley n° 2018-493, de 20 de junio de 2018

⁹ Decreto n° 2019-536 de 29 de mayo de 2019

¹⁰ N. Martial-Braz & F. Jault-Seseke, «Données à caractère personnel – cadre légal », *Réper-*

en el ámbito electrónico o en el derecho europeo, ya que dicha reforma no movilizó en exceso a los laboristas.

Los principales comentarios reprochan al texto francés falta de claridad, considerando que las disposiciones nacionales resultan deficientes, que se limitan a realizar meras remisiones al RGPD o, incluso, que prevén regulación distinta. Los expertos critican sobre todo la falta de conocimiento del objetivo de accesibilidad e inteligibilidad de la ley, argumento que fue planteado ante el Tribunal constitucional, si bien éste no ha seguido los argumentos de los solicitantes¹¹.

La doctrina subraya que la dificultad esencial de esos textos, tanto del RGPD como de la ley francesa, es que han de conciliar dos objetivos antagónicos. Por un lado, el de proteger los datos de las personas físicas, lo que hacen exigiendo su consentimiento antes de propagarlos y reconociendo, así, un derecho fundamental individual. Por el otro, la necesidad económica de permitir la circulación de los datos que constituye un reto esencial para el funcionamiento del mercado común y el desarrollo económico europeo en la era digital.

En cuanto al fondo, la ley de 2018 modifica las formalidades obligatorias para los operadores. La ley de 1978 había creado un organismo llamado CNIL¹² al que todas las empresas y personas debían solicitar una autorización para crear un archivo electrónico. El fenomenal desarrollo de tales archivos hizo inviable continuar con ese modelo, por lo que la ley de 2018 procedió a sustituir la exigencia de autorización previa por una mera declaración. La contrapartida a esa simplificación ha sido el reforzamiento de la responsabilidad exigible a los organismos que utilizan y propagan los datos personales, lo que se concreta en diversas medidas, tales como la designación de una persona de referencia respecto a los archivos de la empresa, o la previsión de sanciones muy disuasorias. Así, por ejemplo, las multas pueden llegar hasta el 4% del volumen de negocios del organismo infractor o hasta los dos millones de euros, y además se prevén otras sanciones como la publicación del nombre del infractor en la prensa¹³.

toire Dalloz 2019 ; N. Martial-Braz, «L'abus de textes peut-il nuire à l'efficacité du droit ? La théorie du millefeuille législatif à l'heure de la protection des données à caractère personnel», *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 459; N. Martial-Braz, «¡Quand la French touch contribue à complexifier l'édifice du droit de l'Union européenne! A propos de la loi sur la protection des données personnelles du 20 juin 2018», *JCP 2018*, p. 786. C. Castets-Renard, «La protection des données personnelles dans les relations internes à l'Union européenne», *Rep. Dalloz 2018*.

¹¹ Cons. Const. Déc. N°2018-765 DC, 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles.

¹² Comisión nacional informática y libertad.

¹³ La CNIL tiene un actividad muy importante: 14000 reclamaciones en un año (+30%) https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-40e_rapport_annuel_2019.pdf

La CNIL cumple un papel central en el dispositivo. Se trata de una entidad ya antigua, muy conocida y que inspira temor entre los operadores por su real poder de sanción. Sin embargo, la reforma modifica sustancialmente su rol, ya que de un control a priori, pasa a desplegar un control a posteriori en orden al respeto de las reglas sobre consentimiento, sobre transparencia y sobre información del destino. Es decir, pasa de ejercer un control técnico a un control sobre el respeto a los derechos fundamentales que se ciñe a un análisis de proporcionalidad basado en un examen conjunto de indicios. Su faceta juzgadora se ve reforzada, pero a la vez se le atribuye un papel asesor¹⁴ especialmente interesante en la actual situación de pandemia¹⁵.

Ni el RGPD ni la ley francesa contienen disposiciones particulares en el ámbito laboral ¹⁶. Quizás se halle aquí la explicación del escaso interés que suscitó entre la doctrina laboralista durante su periodo de trasposición al derecho nacional. No obstante, el dialogo social puede desempeñar un papel importante respecto a las cuestiones relativas al empleo de datos personales de los trabajadores por las empresas.

En primer lugar, en su artículo L. 2312-8, el Code du Travail dispone que *“Se informa y se consulta al comité (social y económico de la empresa) sobre cuestiones relativas a la organización, la gestión y el funcionamiento general de la empresa, en particular sobre: (...) 4° La introducción de nuevas tecnologías, cualquier cambio importante en las condiciones de salud y seguridad o en las condiciones de trabajo”*.

Esta disposición ya antigua permite al comité de representantes de personal exigir informaciones claras, transparentes y completas sobre todos los archivos de datos personales que existan en la empresa. Esta obligación, cuyo incumplimiento se sanciona penalmente, está más que nunca de actualidad con la multiplicación de las acciones de tratamiento de datos personales en la empresa. Añadir, además, que los sindicatos también pueden negociar, dentro y fuera de la empresa y acudir a los tribunales si fuera necesario, de acuerdo el artículo 88 RGPD.

Ya para finalizar esta pequeña presentación sobre el impacto del RGPD en el derecho laboral, parece interesante evocar unos ejemplos jurisprudenciales.

¹⁴ C. Galichet, «La CNIL a publié son référentiel en matière de gestion du personnel», obs. sous délib. CNIL n° 2019-160 du 21 nov. 2019, *Daloz IP/IT* 2020, 507.

¹⁵ M. Doisy & E. Daoud, «Concilier la protection des données personnelles de santé et l'obligation de sécurité au travail à l'heure du COVID 19», *Daloz IP/IT* 2020, p. 306.

¹⁶ No obstante, es destacable el artículo de M.F. Mazars, magistrada jubilada de la cámara social de la Cour de cassation, vicepresidente delegada a la CNIL, «La mise en œuvre du RGPD: un renfort pour les droits des salariés», *RDT* 2018, p. 498.

El primero es una resolución de la CNIL de 6 de septiembre 2018, nº SAN-2018-009¹⁷. Se refiere a una empresa de videovigilancia a distancia de ascensores que instaló un sistema de control biométrico de acceso a la empresa a fin de controlar los horarios de su personal. A pesar de que la CNIL le envió un requerimiento, la empresa siguió aplicando su sistema. Pues bien, finalmente, la CNIL consideró desproporcionado el sistema de control respecto a la finalidad de registro del tiempo de trabajo pretendida e impuso a la empresa una multa de 10000 euros, así como la publicación de la decisión incluyendo su nombre. Cuando los hechos tuvieron lugar ni el RGPD ni la nueva ley francesa se aplicaban. No obstante la CNIL ya tenía atribuidos poderes sancionadores, por lo que la publicación de la sanción, en plena transposición del RGPD en Francia, resultó particularmente ejemplificadora.

El interés del segundo ejemplo reside no tanto en su motivación sino más bien en que se trata de una de las primeras decisiones judiciales sobre el RGDP. Fue dictada por el tribunal civil de Metz¹⁸. El comité de salud y seguridad de un hospital había encargado a un experto una investigación sobre las condiciones de trabajo y los riesgos psicosociales de su personal. La dirección de la empresa había aprobado el proyecto pero invocando la protección de datos, rechazó la petición del experto de obtener las direcciones personales de los agentes, necesarias para remitirles un cuestionario de investigación. Ese rechazo fue interpretado por el comité como una obstrucción del empleador y recurrió al tribunal que ordenó al éste comunicar las direcciones personales, pues, a su entender, *“no es necesario solicitar el consentimiento de los interesados cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal a la que está sujeto el responsable del tratamiento”*. El problema jurídico central es saber dónde se halla la frontera sobre la obligación de solicitar o no el consentimiento de los trabajadores. Será interesante observar la posición del Tribunal de casación cuando se le someta esta cuestión.

Aunque la academia laboralista no pareció inicialmente interesada en el RGPD, se trata de una actitud que está mutando a raíz del surgimiento de otra consecuencia de la era digital, conocida como “inteligencia artificial”. El RGPD podría facilitar la limitación de su propagación en la gestión del personal.

¹⁷ «La CNIL vigilante sur la biométrie», *Sem. Soc. Lamy* nº 1830, 1^{er} oct. 2018.

¹⁸ TGI Metz, 22 abril 2019, nº 19/00033, F. Champeaux, “Le RGDP fait son entrée dans les prétoires”, *Sem. Soc. Lamy* Nº 1872, 2 sept. 2019.

2.2. El desafío de la inteligencia artificial en el ámbito de los recursos humanos

Los algoritmos revolucionan el mundo laboral tal y como sucede en el resto de ámbitos de la vida. Este fenómeno interesa particularmente a los juristas laboralistas por dos razones. Por un lado porque, como es sabido, afectan a los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas electrónicas. Estas plataformas movilizan tanto a la doctrina como a los tribunales o al legislador¹⁹. Por otro lado, más recientemente, porque se han multiplicado las investigaciones sobre los algoritmos de IA aplicados a los recursos humanos²⁰. Aquí solo hablaremos de estos últimos.

Nos hallamos ante una situación de concurrencia directa entre el Humano y la máquina, afectando al corazón de los derechos fundamentales, esto es, a la dignidad del trabajador. El rol del derecho laboral es la protección de ellos porque, según la declaración de la OIT “El trabajo no es una mercancía”²¹. Aunque haya subordinación, es decir, poder para dar órdenes, controlar y sancionar, el empleador está sujeto a una obligación esencial: respetar la dignidad de la persona durante toda la relación laboral, lo que se exterioriza en dos exigencias que pesan sobre aquél: un principio antiguo de buena fe y lealtad, y uno más reciente de justificación de sus decisiones.

El principio de buena fe y lealtad deriva de la relación contractual entre sujetos privados y así el código civil y el código laboral disponen que “*el contrato de trabajo se ejecuta de buena fe*”²². Tanto el legislador como la jurisprudencia han inferido de dicho principio numerosas obligaciones como las de información y consulta a los representantes antes de tomar decisiones con consecuencias sobre el personal. Por lo demás, este principio de buena fe se alarga con el principio de lealtad que concierne tanto al empleador como al trabajador, y tanto a la vida profesional como a ciertos aspectos de la vida privada. Por ello, el empleador se

¹⁹ La autora participa actualmente en el proyecto COGENS, The COGENS project is co-financed by the European Union (VS/2019/0084), Collective bargaining and the gig-economy. Dicha investigación versa sobre los trabajadores de plataformas.

²⁰ Así, la Asociación francesa de derecho de trabajo (AFDT) acaba de publicar un investigación colectiva sobre la inteligencia artificial en la gestión algorítmica del personal y el derecho laboral, P. Adam, M. Le Friant & Y. Tarasewicz (Dir.), «Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail», *Dalloz Etudes*, 2020. J. Adams-Prassl, «¿What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the rise of Artificial Intelligence at Work», https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3661151

²¹ Déclaration de Philadelphia, 1944. A. Supiot, « Le travail n’est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIème siècle », *Ed. Collège de France*, 2019, <https://books.openedition.org/cdf/7029?lang=fr>

²² Art. L. 1222-1 C. Travail «Le contrat de travail est exécuté de bonne foi».

halla sometido a un principio de transparencia y limitado en sus decisiones por el respeto de la dignidad de sus asalariados.

El uso de las TIC es antiguo como medio de control de los trabajadores. Como ya se ha dicho, el empleador debe informar tanto a sus asalariados como a los candidatos a serlo de todos los sistemas automáticos, electrónicos o informáticos que usa para contratarlos o vigilarlos²³, y sin que pueda utilizar medios que ofendan la dignidad de los mismos.

La jurisprudencia al respecto es abundante desde hace más de veinte años. En concreto, rechaza las pruebas obtenidas sin información a los trabajadores. Este fue, por ejemplo, el caso de cámaras enfocadas al puesto de trabajo de las cajeras cuando usando una prueba de video, el empleador despidió a una que había dejado pasar a alguien de su familia sin pagar. Los jueces calificaron el despido como improcedente porque la cajera no había sido informada de la presencia de cámaras sobre las cajas²⁴. Otros ejemplos se hallan en casos de geolocalización de conductores²⁵ o repartidores²⁶, que fueron sometidos a las recomendaciones de la CNIL²⁷ y objeto de una jurisprudencia rigurosa extendida también a casos de apertura del correo electrónico personal²⁸.

El desarrollo de las TIC en el ámbito de los recursos humanos conoce una nueva era por la aparición de nuevos algoritmos de “inteligencia artificial”²⁹. El problema esencial es aquí saber quién detenta el poder: ¿el hombre o la máquina? El empleador debe mantener el control sobre los medios que utiliza, ya sea para dirigir, gestionar, controlar o sancionar sus asalariados³⁰, porque el riesgo subyacente al uso de algoritmos capaces de operar de manera autónoma, es no controlar el resultado ni ser capaz de explicarlo.

²³ Art. 1222-2 et s. Y L. 2312-8 C. Travail

²⁴ C. cass. Soc. 7 juin 2006, RJS 2006, 853, n° 1143; C. cass. Soc. 22 mai 1995, n°93-44.078; C. cass. Soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219.

²⁵ C. cass. Soc. 3 nov. 2011, *Dalloz actu.* 14 nov. 2011, obs Astaix, Dr. Social 2012, p. 61, note J.E. Ray.

²⁶ C. cass. Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *D.* 2019, p. 177, note M.C. Escande-Varniol.

²⁷ Délibération 2015-175, 4 juin 2015, <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNIL-TEXT000030750827/>

²⁸ C. cass. Soc. 2 oct. 2001, Dr. Social. 2001, p. 901, note J.E. Ray ; C. cass. Soc. 26 janv. 2016, n° 14-15.360, *JCP S* 2016, 1087, note B. Bossu.

²⁹ Los algoritmos son numerosos y variados, desde los «clásicos» que no hacen más que lo que se esperaba, hasta los algoritmos de IA “fuerte”, pasando por los Machine Learning o Deep learning. V; S. Fischman & B. Gomès, *Intelligences artificielles et droit du travail: contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques*, in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* P. 37.

³⁰ A. Jeammaud, *¿Le pouvoir de l'employeur, renforcé ou altéré ? in Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p.31.

Aquí hay un problema de fondo. En el derecho laboral contemporáneo el empleador es “jefe” en su empresa y su libertad de la gestión económica se mantiene intacta. No obstante, el Derecho del trabajo le obliga a justificar las decisiones que tienen impacto sobre los trabajadores y que han de ser transparentes, razonables y respetuosas con los derechos fundamentales de éstos. Por ello se enuncian obligaciones de información y consulta respecto a decisiones que impactan en los trabajadores o, si se trata de despedir por razón personal o económica, es preciso justificarlo con un motivo comprobable.

El problema con los algoritmos “inteligentes” es que no dan razones de sus modificaciones continuas. Son irracionales. El empleador no podrá explicar sus decisiones si se basan en esos sistemas³¹, lo que es particularmente peligroso para él cuando se ven afectados derechos fundamentales de los trabajadores. Así, por ejemplo, si el algoritmo que parecía haber elaborado de manera objetiva se revelara discriminatorio en su aplicación, sin que el empleador pueda justificar la desviación³².

En cualquier caso, el empleador habrá de salvaguardar su libre albedrío y no podrá fundar sus decisiones sólo en el resultado propuesto por su software, por muy inteligente que sea. La base jurídica de esta conclusión se halla en el artículo 22 RGPD según el cual *“Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en el o le afecte significativamente de modo similar”*³³.

Tal y como manifiestan ciertos autores, los medios que brindan las TIC e la IA son preocupantes, si bien la tutela de los derechos de los trabajadores se halla en la aplicación de los derechos fundamentales. Las nuevas máquinas siempre tuvieron un efecto esquizofrénico, ya que, aunque asusten a la población y a ciertos pensadores, son también manifestaciones fascinantes de un progreso imparable. En todo caso, el derecho cumple aquí su papel regulador de la sociedad y el método de ampliación e interpretación de los derechos fundamentales se adapta bien a estas circunstancias.

³¹ B. Géniaut, «¿Quel type de régulation pour l’intelligence artificielle, ou comment justifier l’irrationnel? » in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p. 105.

³² S. Sereno, «Focus sur les discriminations par algorithme», *RDT* 2020, p. 680.

³³ M.F. Mazars & W. El Boujemaoui, «Algorithmes, une utilisation à l’épreuve du droit de la protection des données personnelles», in *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail précit.* p. 163.

No obstante, la era digital no solo perturba la contratación laboral y las condiciones de trabajo en la empresa sino que también difumina los límites entre vida profesional y privada.

3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y TELETRABAJO, ENTRE VIDA PROFESIONAL Y VIDA PRIVADA

Con el desarrollo de los dispositivos de comunicación, cada uno tiene un teléfono o/y un ordenador y muchos trabajadores pueden trabajar en cualquier sitio. El lugar de trabajo pierde su importancia histórica y para el empleador es una ocasión de extender su poder de dirección fuera de las horas de trabajo ya que el trabajador puede seguir trabajando a todas horas y en cualquier sitio. Esta situación impacta en un derecho fundamental reconocido tradicionalmente: el derecho a la vida privada. Ésta se contrapone a la vida profesional desde siempre, pero las TIC dan una dimensión nueva y trascendente a este tema.

Estudiamos aquí dos fenómenos opuestos y complementarios: el teletrabajo que invade el domicilio familiar pero soluciona la situación actual y perdurará en el futuro para muchos trabajadores; el derecho a la desconexión que surge como un remedio a la invasión del trabajo en la vida privada.

3.1. El teletrabajo

El teletrabajo es un tema muy actual que interesa mucho a los laboristas, tanto sociólogos como juristas³⁴. No ha nacido con la actual pandemia, pero conoce un desarrollo considerable y una regulación derogatoria que debería acabar con el fin de aquélla³⁵. De facto, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el teletrabajo se puede contemplar de dos modos: bien como un derecho del trabajador que puede pedirlo o bien como un derecho a rechazar la proposición del empleador sin riesgo de sanción, es decir, ¿derecho al teletrabajo o poder de organización?

En Francia tenemos una legislación importante desde principios del siglo XXI fundada en el acuerdo marco europeo de 2002³⁶ y en un acuerdo nacional

³⁴ J.E. Ray, “De la question sociale du XXIème siècle au télétravail”, *Dr. Soc.* 2018, 52 ; F. Chopin, “Le télétravail en 2018: quels enjeux ?” *Gaz. Pal.* 2018, n°323-8, p. 59 ; P. Coeffard et A. Thouvenin, “La promotion du télétravail”, *JCP S* 2018, 1334.

³⁵ B. Géniaut, «Covid-19 et télétravail», *Dr. Social* 2020, p. 607.

³⁶ 16 juillet 2002 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGIS-SUM%3Ac10131>

interprofesional de 2005³⁷. Posteriormente, una ley de 22 de marzo 2012³⁸, introdujo en el código del trabajo (art. L. 1222-9 a L. 1222-11) la definición que en 2017 un decreto ley, ratificado y modificado por la ley del 29 de marzo 2018, cambió, facilitando su uso por el empleador. Aquella definición se halla en el artículo L. 1222-9: “*Por teletrabajo se entiende cualquier forma de organización del trabajo en la que el trabajo que podría haberse realizado en los locales del empleador se lleva a cabo fuera de esos locales de forma voluntaria utilizando las tecnologías de la información y la comunicación*”³⁹.

La pandemia ha favorecido la creación de una legislación excepcional que facilita y trata de imponer el teletrabajo al mayor número posible de trabajadores. Por eso, el gobierno ha convocado una negociación nacional con el objetivo de fijar un nuevo marco para el teletrabajo. Dicha negociación culminó con la adopción de un nuevo acuerdo nacional el 26 de noviembre 2020⁴⁰.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en este abundante conjunto normativo se aprecia una evolución desde una libertad atribuida al trabajador que, según el acuerdo europeo, era inicialmente considerada como un nuevo modo de trabajo para conciliar la vida personal con la profesional⁴¹.

En la actualidad el teletrabajo puede ser implementado en aplicación de un convenio colectivo o, si no hay tal acuerdo, por una Carta elaborada por el empleador, con información a los representantes del personal en la empresa. Si no hay convenio y tampoco carta, el empleador y el trabajador pueden «formalizar su voluntad de toda manera»⁴². Es decir que el empleador tiene gran libertad para tomar la decisión de instalar dicho sistema en su empresa. Puede elegir los puestos de trabajo y proponerlos sus asalariados. Pero su poder no es absoluto porque el teletrabajo se mantiene para los trabajadores como una opción que pueden declinar sin que tal rechazo justifique un despido.

Además, desde la reforma de 2012 y al calor de la precedente epidemia de SRAS artículo L. 1222-11 C. Tr. dispone que “*En caso de circunstancias excepcionales, en particular la amenaza de una epidemia, o en casos de fuerza mayor,*

³⁷ ANI 19 juillet 2005 <http://www.teletravailer.fr/le-teletravail/legislation/legislation-francaise>

³⁸ Loi n° 2012-347 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives.

³⁹ Traducción realizada con la versión gratuita del traductor www.DeepL.com/Translator

⁴⁰ <https://revuefiduciaire.grouperf.com/plussurlenet/complements/Projet-ANI-Teletravail-du-24-novembre-2020.pdf> “Télétravail, un nouvel ANI”, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1932, 7 déc. 2020.

⁴¹ C. Mathieu, «Volonté du salarié et temps de travail» in T. Sachs (dir.) *La volonté du salarié*, *Dalloz* 2012, p. 231

⁴² Art. L. 1222-9 alinea 2.

la implantación del teletrabajo puede considerarse como un ajuste de los puestos de trabajo necesario para permitir la continuidad de la actividad de la empresa y garantizar la protección de los empleados". Es decir, en circunstancias excepcionales, el teletrabajo no constituye una modificación sustancial del contrato, sino sólo un cambio en las condiciones de trabajo que puede ser obligatoria para el trabajador que si la rechaza podrá ser sancionado o sufrir, al menos, la suspensión de su contrato. Pero esta disposición debe considerarse junto a otras medidas de excepción adoptadas desde el mes de marzo (desempleo parcial, descanso especial para cuidar de los niños, por ejemplo).

La exigencia de limitar la obligación de teletrabajo encuentra su explicación en su potencial capacidad de invadir el ámbito de la vida privada. El lugar de trabajo clásico es la empresa, propiedad del empleador, donde éste puede imponer horarios y organización. Sin embargo, el teletrabajo se cumple, mayoritariamente, en el domicilio del trabajador o a veces en sitios públicos (espacios de teleworking). De esta situación pueden derivar problemas de confidencialidad o de seguridad para el empleador, ya que las relaciones laborales implican un poder de control que ha de compatibilizarse con el derecho a la vida privada del trabajador. Por ello, el código reglamenta el contenido del acuerdo colectivo o de la carta adoptada por el empleador que tiene que precisar los "*Métodos de control del tiempo de trabajo o de regulación de la carga de trabajo*", así como "*La determinación de las franjas horarias durante las cuales el empleador puede normalmente contactar con el empleado por medio del teletrabajo*" (art. L. 1222-9 alinea 7).

La interacción de la vida privada y profesional ocasionada por el teletrabajo suscita muchas cuestiones. La jurisprudencia, muy abundante en lo relativo a los límites entre ambas (por ejemplo, respecto a las consecuencias de hechos de vida privada sobre el contrato de trabajo), no tuvo que pronunciarse sobre los problemas específicos del teletrabajo. Sin embargo, la CNIL ha adoptado recomendaciones y brinda en su página web un formulario de preguntas y respuestas para informar sobre los derechos de cada uno y ayudar a mantener el frágil equilibrio entre sus contradictorios intereses⁴³. Así, según la CNIL, el empleador no puede obligar a sus trabajadores a conectar su cámara durante las video-conferencias, pues, aunque fuera necesario por cuestiones de control del trabajo, supone una intrusión en el domicilio y en la vida privada del trabajador cuya protección es prioritaria.

El desarrollo del teletrabajo transforma el poder de control y de dirección. Si el lugar de trabajo y los horarios desaparecen, los instrumentos del control

⁴³ <https://www.cnil.fr/fr/teletravail-les-regles-et-les-bonnes-pratiques-suivre>

mutan. Los trabajadores disfrutaban de más autonomía pero el control se desplaza a la carga de trabajo. Se pide un resultado final sin atender al tiempo necesario para hacerlo. Además, al ser posible contactar en todos los momentos del día o de la noche, surge como nuevo peligro la explotación discrecional de los trabajadores, muchas veces con su consentimiento motivado por una dependencia a estos nuevos juguetes electrónicos. Para limitar los abusos ha nacido un nuevo derecho: el derecho a la desconexión.

3.2. El derecho a la desconexión

Puede decirse que la historia del derecho a la desconexión comenzó antes del desarrollo de las TIC. La salud de los trabajadores es el centro del derecho laboral. La limitación del tiempo de trabajo así como las obligaciones de descanso lo demuestran. En línea con este espíritu, la directiva marco europea relativa a la seguridad y a la salud de 1989⁴⁴ identificó al empleador como responsable de la salud y de la seguridad física y psicológica de sus trabajadores.

La jurisprudencia francesa es relativamente rigurosa respecto a las obligaciones empresariales en el ámbito de salud y seguridad. Se contempla una “obligación de seguridad de resultado”⁴⁵.

Estos principios se imbrican con la protección de la vida privada y con el problema de los límites entre vida profesional y vida privada, es decir, con la cuestión del tiempo de trabajo y de descanso. De nuevo, la consideración de “derecho a” o de derecho subjetivo conduce a admitir su posible tutela ante los tribunales, ya que debe existir un deudor⁴⁶. El fundamento de la obligación se halla en las normas relativas al tiempo de trabajo y a la protección de la vida privada y familiar. De facto, antes de que la ley francesa reconociera el derecho a la desconexión, el Tribunal de casación consideró que *“el hecho de que no se le haya podido localizar fuera de las horas de trabajo en su teléfono móvil personal no es una falta y por lo tanto no justifica el despido disciplinario por falta grave”*⁴⁷.

En Francia, la historia legislativa de este derecho comenzó por un acuerdo colectivo nacional interprofesional de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida en el trabajo⁴⁸ que fomentó la negociación de empresa para conciliar el uso

⁴⁴ Dir. 89/391 du 12 juin 1989.

⁴⁵ C. cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, *JCP G* 2015, n°50, p. 1359, note N. Dedessus-Le-Moustier.

⁴⁶ C. Mathieu, M.M. Péretié, A. Picault, «Le droit à la déconnexion : une chimère?», *RDT* 2016, p. 592.

⁴⁷ C. cass. Soc. 17 fév. 2004 n° 01-45.889.

⁴⁸ <https://www.anact.fr/accord-national-interprofessionnel-du-19-juin-2013-relatif-la-qualite-de-vie-au-travail>

de TICs y vida privada de los trabajadores⁴⁹. Este acuerdo se inspiraba de otros celebrados en grandes empresas o grupos como Areva (2012) o Thalès (2014) que reconocían y organizaban ese derecho nuevo. Tras la ley de 8 de agosto 2016⁵⁰ se reconoce el derecho a la desconexión y se impone a la empresa una nueva obligación de negociarlo.

A tenor del artículo L. 2242-17, 7° Code du travail, las empresas deben negociar anualmente sobre la calidad de vida laboral, en particular sobre “*las condiciones de implementación del derecho a la desconexión de los trabajadores con la introducción, por parte de la empresa, de dispositivos que regulen el uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el respeto de los tiempos de descanso y vacaciones y de la vida personal y familiar*”. No obstante, como sucedía con el teletrabajo, en caso de cancelarse la negociación, el empleador puede “promulgar” una Carta sobre este tema.

Ni su contenido ni su alcance quedan definidos. Según unos autores, “*el derecho a la desconexión es el derecho de todo empleado a estar permanentemente ilocalizable por su empleador cuando ya no se encuentre en su lugar de trabajo, fuera de su horario normal de trabajo, por motivos relacionados con el desempeño de su labor, a fin de proteger su tiempo de descanso y garantizar el respeto de la vida personal y familiar*”⁵¹.

Al final, el derecho a la desconexión es curioso pues, aunque se reconoce como si fuera un derecho fundamental, se concreta sólo en una obligación de negociar para las empresas que, por otra parte, carece de sanción especial alguna. Las disposiciones que garantizan su respeto son las leyes clásicas sobre tiempo de trabajo y descanso. Así, en este contexto, sería preciso plantear una regulación propia, dado el desarrollo de las TIC y del trabajo a distancia.

Una investigación reciente dirigida por el Instituto del Trabajo de Strasbourg sobre el contenido de los acuerdos colectivos en lo relativo al derecho a la desconexión da una idea de la dificultad de introducir nuevos medios para alcanzar al objetivo⁵². El estudio se refiere a 149 acuerdos y nos muestra que el 50% de los mismos se limitan a copiar la ley sin ninguna adaptación; el 25% adaptan las disposiciones legales al contexto de la empresa; y el 25%, referido a empresas con más de 250 empleados, estipula medidas originales, innovadoras, concretas

⁴⁹ M. Keim-Bagot, «Le droit à la déconnexion», *Juris-tourisme* 2017, p. 27.

⁵⁰ Loi n° 2016-1088 dite Travail du 8 août 2016 «relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels».

⁵¹ Stulz (V) et d’Heilly (A), “En questions le droit à la déconnexion”, *JCP S* n°42, 20 oct. 2020, act. 417.

⁵² Kapp (Th), Droit à la déconnexion : l’imitateur, l’adaptateur et l’innovateur, *Sem. Soc. Lamy* 2 nov. 2020, n° 1927.

y vinculantes tanto para el empleador como para el trabajador. Así, por ejemplo, bloquear los servidores o eliminar los correos electrónicos remitidos fuera de los horarios de trabajo, o prever la posibilidad de que el empleador sancione el incumplimiento de los tiempos de desconexión.

Para concluir esta breve presentación, es evidente que la aparición y la interpretación de los derechos fundamentales en la era digital, se hallan muy ligadas a las nuevas formas de organización de las empresas. En todo caso, son derechos que requieren de un tratamiento a la luz del desarrollo de las TIC. Como ellas, pueden liberar o someter. En efecto, se puede trabajar en todos sitios de manera que parece que somos más libres, pero perdura el enlace electrónico que puede revelarse adictivo. Por otra parte, son derechos muy vinculados a la autonomía de los trabajadores y al cambio de las nociones de lugar de trabajo y de tiempo de trabajo. Igualmente, han de ser interpretados según el principio de proporcionalidad y se ha de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre estos derechos fundamentales antagónicos tales como libertad de empresa o la vida personal de los trabajadores.