

TIEMPO DE DESCONECTARSE: REFLEXIONES SOBRE UN “NUEVO” DERECHO CON VIEJOS CONTENIDOS*

TIME TO DISCONNECT: REFLECTIONS
ON A “NEW” RIGHT WITH OLD CONTENT

IL EST TEMP DE SE DÉCONNECTER: RÉFLEXIONS
SUR UN “NOUVEAU” DROIT AVEC UN ANCIEN CONTENU

Guillermo BOZA PRÓ**
Joaquín BRIONES ZEGARRA***

Y se organizó la vida de tal modo que el trabajo recobró su ritmo y nadie volvió a preocuparse por la inútil costumbre de dormir.

Cien años de soledad

RESUMEN: En el presente artículo se aborda un tema relativamente “nuevo” que, a propósito del desarrollo vertiginoso de las TIC y el incremento del trabajo remoto como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, viene suscitando intensos debates e interrogantes en el mundo del trabajo: la desconexión digital. Para ello, los autores han dividido esta investigación en dos secciones. En primer lugar, se aproximan de forma general, a partir de la experiencia comparada y el correspondiente desarrollo doctrinario, al contenido de este derecho, su naturaleza jurídica y al polémico debate sobre la necesidad de su regulación autónoma. En segundo lugar, se analiza la desconexión digital en función a la normativa

* Recibido el 25 de julio de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023. El presente artículo ha sido elaborado con el apoyo económico del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CICAJ-PUCP).

** Profesor principal de Derecho del trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID 0000-0002-3741-9062.

*** Adjunto de docencia del curso de Derecho Laboral General en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del GIDEPROC-PUCP.



que históricamente ha regulado el tiempo de trabajo y de descanso en el Perú. Finalmente, se presentan las conclusiones de este trabajo.

Palabras clave: desconexión digital, derecho al descanso, tiempo de trabajo, TIC, trabajo remoto.

ABSTRACT: This article addresses a relatively “new” topic that, with regard to the rapid development of ICT and the increase of remote work due to the COVID-19 pandemic, has risen intense debates and questions in the world of work: digital disconnection. For this purpose, the authors have divided their research into two sections. Firstly, they take a general approach, based on comparative experience and the corresponding doctrinal development, the content of this right, its legal nature, and the controversial debate on the need for its autonomous regulation. Secondly, digital disconnection is analyzed in terms of the regulations that have historically governed working and rest time in Peru. Finally, the conclusions of this research are presented.

Keywords: digital disconnection, right to rest and leisure, working time, ICT, remote work.

RÉSUMÉ: Cet article aborde un sujet relativement “nouveau” qui, concerne le développement rapide des TIC et du travail à distance en conséquence de la pandémie de COVID-19. Les sujets suscitent d’intenses débats et questionnements dans le monde du travail en relation avec le droit à la déconnexion. Les auteurs ont divisé cette recherche en deux sections. En premier lieu, une approche générale, à partir de l’expérience comparative et du développement doctrinal correspondant, du contenu de ce droit, de sa nature juridique et du thème controversé sur la nécessité de sa régulation autonome. En deuxième lieu, le droit à la déconnexion est analysé sur la base des réglementations qui ont historiquement réglementé le temps de travail et de repos au Pérou. En fin, les conclusions de ce travail sont présentées.

Mots clés: droit à la déconnexion, droit au repos, temp du travail, TIC, travail à distan.

SUMARIO: I. *Introducción: la necesidad (inconclusa) de limitar el tiempo de trabajo y los nuevos retos de la era digital.* II. *El derecho a la desconexión digital: ¿derecho autónomo o derecho instrumental?* III. *Caracterización del derecho a la desconexión digital.* IV. *La normativa sobre desconexión digital.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD (INCONCLUSA) DE LIMITAR EL TIEMPO DE TRABAJO Y LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA DIGITAL

La regulación del tiempo de trabajo es una preocupación que ha estado presente desde los albores del derecho del trabajo, e incluso antes. En el inicio de la era industrial, con el fin de preservar la mano de obra y de frenar los accidentes y las enfermedades laborales mortales, surgió la necesidad de limitar las extenuantes jornadas de trabajo de 14, 15 o 16 horas diarias ejecutadas por hombres, mujeres y niños a lo largo y ancho de Europa, realizadas en condiciones de absoluta precariedad y hasta el agotamiento físico. Así, la Factory Act de 1802 del Reino Unido es la primera norma que se conoce sobre el particular; la misma que prohibió el trabajo para los niños menores de nueve años, estableció que el trabajo se realizase en habitaciones ventiladas, y fijó una jornada de trabajo de 8 horas para niños entre los nueve y los 13 años de edad, y de 12 horas para los adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad.¹ Una situación similar se produjo algunos años después en países europeos como Francia, con la Ley Guizot de 1841, que limitó la jornada de los menores de 12 años a 8 horas diarias, y prohibió el trabajo nocturno de los menores de 13 años.²

Una rápida revisión de estas primeras normas y del contexto en que surgieron confirma que la historia de la regulación del tiempo de trabajo —así como del establecimiento de jornadas laborales razonables que garanticen

¹ A esta norma, denominada también Health and Morals of Apprentices Act, le sucedieron otras en la primera mitad del siglo XIX que fueron estableciendo limitaciones adicionales, como la Factory Act de 1819, que fijó una jornada máxima de 12 horas para los menores de 16 años; la Factory Act de 1833, cuya importancia radica en la creación de un pequeño “sistema de inspección de fábricas”, a cargo de cuatro hombres y con poderes para imponer sanciones, a fin de garantizar la aplicación de las regulaciones laborales que se venían dando, así como la Factory Act de 1844, que fue la primera norma de seguridad y salud en el trabajo en Gran Bretaña y que limitó la jornada de los niños a seis horas y media diarias, además de aplicar a las mujeres la jornada diaria máxima de 12 horas diarias que se aplicaba a menores de 13 a 18 años.

² Cfr. Martínez Peñas, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española: Ley Benot”, *Revista Aquitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, España, vol. 1, 2011, p. 56.

la salud de los trabajadores— no ha sido pacífica. Como constata Montoya, “la acción reivindicativa del movimiento obrero, secundada por realizaciones legislativas de carácter reformista” en la Europa del siglo XIX, tuvo el rechazo de los empresarios ante el temor de la obtención de menores réditos o beneficios que la disminución de las jornadas de trabajo supondría para ellos; de modo tal que hicieron uso de múltiples recursos para el evitar el impacto de dichos recortes: “inaplicación de las Factory Acts, reducción del salario-hora, organización de campañas denunciando los peligros de la reducción de la jornada, etcétera”.³

Por otro lado, la situación en Estados Unidos de América no fue diferente. En dicho país, en octubre de 1884, el congreso de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL, por sus siglas en inglés) acordó que, a más tardar, el 1o. de mayo de 1886 debía establecerse una jornada legal máxima de trabajo de 8 horas diarias; en caso contrario, se recomendaba a todas las organizaciones sindicales ir a la huelga para presionar a los poderes públicos el establecimiento de las leyes correspondientes en los diversos Estados de la Unión. En 1886, el presidente Andrew Johnson promulgó la denominada Ley Ingersoll, que estableció una jornada de 8 horas diarias para todos los trabajadores. No obstante, no todos los Estados sancionaron la norma y muchas empresas la incumplieron. Ante este escenario, las organizaciones sindicales estadounidenses, exigiendo el cumplimiento de la ley, declararon la huelga que se inició el 1o. de mayo y se prolongó hasta el cuarto día del mismo mes, fecha en la que ocurrieron los sucesos de Haymarket, en el estado de Chicago. En dicha plaza pública se realizaba una manifestación obrera cuando la policía cargó contra los cerca de 20,000 trabajadores allí concentrados. Esto desencadenó la muerte de un policía y muchos otros quedaron lesionados; mientras que por el lado de los trabajadores fallecieron 34 y alrededor de 200 resultaron heridos. Posteriormente se procesó a ocho trabajadores, responsabilizándolos de la muerte del policía, de los cuales tres fueron condenados a prisión y los otros cinco a la pena de muerte, siendo finalmente ahorcados en 1887. Años más tarde, estos hechos motivaron que se consagrara al 1o. de mayo como el Día Internacional del Trabajo, en honor a los “mártires de Chicago”.

Por su parte, la gestación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, en el marco de un proceso de paz luego de finalizada la primera guerra mundial, no estuvo ajena a esta realidad. La Constitución de la OIT recoge en su preámbulo la idea de que “la paz universal y permanente sólo

³ Montoya, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013, p. 344.

puede basarse en la justicia social” y que el descontento causado por la existencia de “condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos” son una clara amenaza para “la paz y armonía universales”, invocando, por tanto, a las naciones del mundo a que adopten “un régimen de trabajo realmente humano”. Precisamente, de los seis primeros convenios internacionales del trabajo adoptados en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo del mismo año, tres de ellos estuvieron referidos a la regulación del tiempo de trabajo. En particular, el Convenio 1, relativo a las horas de trabajo en la industria, estableció una jornada máxima de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales; mientras los convenios 4 y 6 efectuaron algunas precisiones sobre el trabajo nocturno de las mujeres y los menores de edad, respectivamente.⁴

Ciertamente, la actividad laboral tiene una indiscutible dimensión temporal. Como nos recuerda Guzmán-Barrón, el tiempo de trabajo resulta indesligable de la personalidad del trabajador,⁵ porque con el contrato de trabajo el trabajador no sólo ofrece su fuerza de trabajo —que voluntariamente pone a disposición del empleador—, sino también compromete parte de su tiempo de vida: el tiempo que el trabajador ocupa en la ejecución de la prestación debida al empleador es tiempo que no dedica a sus asuntos personales o familiares, al ocio, al descanso; en definitiva, a lo que sencillamente le apetezca hacer. Por eso, 200 años después de la aparición de las primeras normas laborales, la limitación efectiva de la jornada de trabajo sigue siendo una necesidad imperiosa, y un motivo de preocupación de las legislaciones estatales, las administraciones de trabajo y la doctrina laboral. Y concretamente, en un mundo cada vez más digitalizado y automatizado como en el que vivimos, caracterizado por el uso constante de las denominadas tecnologías de la información y comunicación (TIC), el tema plantea nuevas interrogantes y desafíos en la regulación tradicional del tiempo de trabajo.

Así, dos de los efectos notorios de la implementación de las TIC en el mundo del trabajo son la “hiperinformación” y la “hiperconectividad”, que permiten al empleador, de un lado, contar con múltiples datos o información de distinta índole de manera constante y en tiempo real, no sólo de la empresa sino también de sus trabajadores; y, de otro, le aseguran una interconexión

⁴ El Convenio 4, hoy derogado, se ocupó del trabajo nocturno de las mujeres; mientras que el Convenio 6, del trabajo nocturno de los menores en la industria. Este último se encuentra en vigor desde 1921 y no ha sido ratificado por el Perú.

⁵ Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, “¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021, p. 196.

fluida, permanente y directa con sus trabajadores, muchas veces incluso fuera de la jornada de trabajo. De esta manera, las distancias y el tiempo se desvanecen, facilitando “la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, [y] la coordinación de acciones”.⁶ Sin embargo, lo que puede verse como una forma de eficiente gestión empresarial, supone al mismo tiempo un peligro latente en la esfera de la privacidad y la salud de las personas.⁷

Esta idea ambivalente, de efectos positivos y negativos al mismo tiempo respecto al uso de las TIC en el mundo del trabajo, ha sido recogida claramente por la OIT, quien ha advertido de los riesgos que las nuevas tecnologías representan para determinados derechos fundamentales de los trabajadores. Sobre el particular, se sostiene que, si bien la tecnología permite desarrollar actividades más independientes de tiempo y lugar, con jornadas laborales flexibles y realizadas desde el domicilio del trabajador, y que, en esa medida, a éste le es posible organizar su trabajo de mejor manera, a partir de su situación particular o personal, “también existe el peligro inherente de que no se respeten los límites entre trabajo remunerado y vida privada”.⁸

Las consecuencias de lo anterior se vienen manifestando a nivel global desde hace varios años. Así, por ejemplo, una investigación en 2016 determinó que los trabajadores en Corea del Sur laboraban en promedio más de 11 horas fuera de su jornada semanal mediante dispositivos electrónicos como *smartphones* o *tablets*. El informe producto de este estudio fue titulado “Los

⁶ Blancas Bustamante, Carlos, “El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías: el derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios”, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SPDTSS, 2020, p. 559.

⁷ Gordo, Luis, “Riesgo y oportunidades de la aplicación del *big data* a la gestión de los recursos humanos transnacionales”, Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021, pp. 716-735; la ingente información con la que cuenta el empleador hoy en día y su procesamiento mediante algoritmos (*big data*) le facilitan el ejercicio de sus poderes de dirección y control, así como la adopción de medidas respecto de sus trabajadores hasta hace poco insospechadas: en la selección y contratación del personal, en la determinación de los horarios, turnos de trabajo y descansos, en el establecimiento de un régimen de premios y sanciones, entre otros. No obstante, el indicado autor pone de relieve el peligro que puede significar una situación como ésta, si se da “sin una regulación que determine sus límites y utilización legítima” porque “los algoritmos no son neutros y pueden ser una fuente de discriminación”.

⁸ Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y Chile, Oficina Internacional del Trabajo, 2019, p. 50.

empleados que tienen miedo a *Kakao Talk*”, siendo esta última una plataforma similar a la mundialmente conocida *Whatsapp*.⁹ De igual forma, en España, el Informe Anual de Infojobs-ESSADE de 2017 indicó que el 51% de la población respondía correos y llamadas durante fines de semana y vacaciones.¹⁰ El Perú no es ajeno a este fenómeno, pues en el último año, a raíz de la pandemia de la COVID-19, el 73% de trabajadores indica estar trabajando entre una y cinco horas extras a su jornada habitual sin obtener ninguna remuneración por dicha actividad,¹¹ y seguramente sin que se haya recabado su conformidad para la realización de ese trabajo extraordinario.¹²

Por ello, diversos autores afirman, con razón, que la utilización desmedida (o indebida) de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales supone también un “desdibujamiento” de las fronteras que encuadran los periodos de trabajo y de descanso, porque se tornan borrosas o desaparecen,¹³ y no permiten identificar cuándo termina la jornada laboral y cuándo empieza el descanso o el tiempo dedicado al ocio. Al respecto, Pizzoferrato afirma que

⁹ Para mayor detalle, véase: <https://www.diariovasco.com/sociedad/201606/25/jefe-llames-tiempo-libre-20160625004757-v.html?ref=https://www.diariovasco.com/sociedad/201606/25/jefe-llames-tiempo-libre-20160625004757-v.html>.

¹⁰ Citado por Monteiro Pessoa, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019, p. 20, y Pérez Campos, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019, p. 105.

¹¹ Dicha situación corresponde a mayo de 2021. Para mayor detalle, véase: <https://rpp.pe/economia/economia/un-73-de-trabajadores-labora-entre-1-y-5-horas-diarias-mas-con-el-teletrabajo-empleo-empresas-noticia-1336640>.

¹² Sobre el particular, véase la encuesta del Global Research Marketing (GRM) en la que 85% de limeños afirmó laborar más horas mediante trabajo remoto que antes de la pandemia, disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862>.

En igual línea, consúltese el Informe de la Defensoría del Pueblo (Documento de Trabajo 002-2020-DP/ADM) respecto a la sobrecarga laboral de las mujeres durante la emergencia sanitaria: disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>.

¹³ Cfr. 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 de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017, p. 907, y Trujillo Pons, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2020, p. 35.

...las herramientas digitales pueden crear una ausencia en los límites laborales, lo que conduce a una excesiva interferencia en la vida privada de los trabajadores. Este fenómeno ha sido denominado como «tiempo poroso», para enfatizar el hecho de que el tiempo de trabajo ha ensanchado sus límites, abarcando la vida del trabajador casi por completo.¹⁴

Al margen de la denominación que se le otorgue, destacan las consecuencias negativas que el uso excesivo de la tecnología puede tener en el ejercicio de los derechos de los trabajadores.

En este orden de ideas, es claro que la transgresión de los límites del tiempo de trabajo ha supuesto desde siempre, pero hoy en día con mayor notoriedad, efectos dañinos en la salud de las personas. Una reciente investigación realizada de manera conjunta por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la OIT determinó que el trabajo fuera de la jornada laboral provocó, sólo para 2016, 745,000 muertes por accidentes cerebrovasculares o cardiopatía, cifra que resulta casi 30% mayor que la de 2000.¹⁵ La problemática se agrava al considerar que el llamado síndrome de *Karoshi*—traducido literalmente como “muerte por exceso de trabajo”— ha sido documentado en Japón desde hace más de 30 años.¹⁶ Asimismo, se han advertido una serie de nuevas enfermedades relacionadas al uso abusivo de las TIC y la consecuente prolongación excesiva de la jornada laboral,¹⁷ como el tecnoestrés o el síndrome de burnout.¹⁸

¹⁴ Pizzoferrato, Alberto, “Transformation of work: Challenges to labor law: retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021, p. 65. Traducción propia.

¹⁵ Para mayor detalle, véase: <https://www.who.int/es/news/item/17-05-2021-long-working-hours-increasing-deaths-from-heart-disease-and-stroke-who-ilo>.

¹⁶ Al respecto, puede consultarse: Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla de La Mancha, tesis doctoral, 2016, pp. 138-143. Para mayor detalle, véase también: <https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-37391172>.

¹⁷ Taléns Visconti, Eduardo, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Euskadi, núm. 17, 2019, p. 152.

¹⁸ Trujillo Pons, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 53-68. En realidad, la sociedad de la información en la que vivimos, caracterizada por el avance vertiginoso de las TIC, ha significado un cambio en la forma de vida de millones de personas a lo largo y ancho del planeta, que se ven absorbidas o se sienten atraídas por la necesidad de permanecer enganchadas de manera prolongada a diversos medios telemáticos, generando con ello una suerte de adicción o dependencia digital. Esta situación de permanente conectividad tiene un impacto directo en la salud de las personas, y de los trabajadores en particular, propiciando la llamada “fatiga informática”, y pudiendo llevarlos, como

Así las cosas, no cabe duda que el uso de la tecnología permite una presencia constante y, en muchos casos, hasta una agobiante intromisión del empleador en la vida privada del trabajador, poniendo en jaque distintos derechos fundamentales de este último, entre otros, a una jornada máxima de trabajo, a su intimidad y a la salud.¹⁹ Este exceso de injerencia o “hiperintrusión” del empleador a través de medios telemáticos en los derechos fundamentales del trabajador ha planteado la discusión, en el derecho comparado, de si es necesario o no regular un “derecho a la desconexión digital”. Este debate, que no es pacífico, se viene dando en dos planos. El primero de ellos gira alrededor de la naturaleza jurídica de la desconexión digital. Es decir —conforme anotamos en una oportunidad previa—²⁰ se busca determinar si estamos ante un derecho autónomo, con identidad propia que requiere de una regulación *ad hoc* que faculte a los trabajadores a desconectarse de los medios tecnológicos utilizados para la prestación de sus servicios una vez concluida la jornada de trabajo y durante el periodo que suponga la suspensión de la relación laboral; o, por el contrario, si se trata simplemente de exigir a los empleadores el cumplimiento de ciertos derechos laborales básicos de larga data y con expreso reconocimiento constitucional e internacional, vinculados —aunque no únicamente— al tiempo de trabajo, como el derecho a una jornada máxima de trabajo o el derecho al descanso.

El segundo plano del debate se refiere a la fuente de regulación del derecho. Al margen de la posición que se pueda tener sobre la naturaleza jurídica de la desconexión digital como derecho autónomo, la realidad demuestra la necesidad de establecer nuevas formas de regular el tiempo de trabajo. En este sentido, los conceptos de hiperinformación, hiperconectividad e hiperintrusión deben entenderse como vectores que convergen y respecto de los cuales debe buscarse un adecuado equilibrio. El objetivo es lograr una

sostiene Trujillo, a “sufrir una excesiva carga mental que provoca insomnio, irritabilidad, mal humor, desmotivación, agotamiento mental, falta de energía y menor rendimiento”, pero ha generado también la creencia del “trabajador en línea”, es decir, la idea de que los trabajadores que tienen acceso a los medios telemáticos, propios o proporcionados por su empleador, se encuentran a disposición permanente de éste. Como concluye el citado autor, esto “provoca la confusión entre conectividad y disponibilidad que trae consigo la prolongación de la jornada más allá de lo legalmente permitido”.

¹⁹ Boza Pró, Guillermo, “Prólogo” al libro de Vargas Raschio, Tino, *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*, Perú, Gaceta Jurídica, 2021, p. 8.

²⁰ Boza Pró, Guillermo y Briones Zegarra, Joaquín, “Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de plataformas digitales”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021, p. 46.

fórmula que permita articular la facultad directriz del empleador mediante el uso de las TIC y el respeto irrestricto de los derechos de los trabajadores una vez finalizada su jornada de trabajo; tanto los de naturaleza estrictamente laboral, como aquellos que corresponden en su condición de ciudadanos. Y aquí las fórmulas ensayadas son variadas. Así, algunas empresas optan por la autorregulación: estableciendo protocolos o reglamentos internos sobre el particular. En otros casos, la incorporación de este derecho ha sido producto de la negociación colectiva. Finalmente, en contados casos se ha apostado por la reglamentación estatal. En este último supuesto, algunas legislaciones han optado por no regular directamente el tema, remitiendo a la normativa convencional la regulación de la desconexión digital.

En cualquier caso, conviene dejar anotado que la OIT recomienda a los gobiernos y a los empleadores incorporar en sus ordenamientos internos este “nuevo” derecho de la era digital.²¹ Esto ha ocurrido en el escenario nacional, donde la desconexión digital ha sido reconocida como derecho por el decreto de urgencia 127-2020 y su reglamento, aprobado por decreto supremo 004-2021-TR. Ambas normas fueron dadas en el contexto del estado de emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19. En adición a estas disposiciones, en septiembre de 2022 entró en vigor la Ley 31572, la cual regula el teletrabajo (en lo sucesivo, LTT), la misma que fue reglamentada mediante decreto supremo 002-2023-TR (en lo sucesivo, RLTT), incluyendo de forma expresa y definitiva el derecho a la desconexión digital²² en nuestro ordenamiento jurídico, marco normativo sobre el que volveremos más adelante.

Precisamente, en las líneas siguientes nos proponemos dar respuesta a las dos interrogantes centrales que se han planteado a partir del debate antes señalado. Esto es, de un lado, determinar si la “desconexión digital” constituye, en efecto, un nuevo derecho con contenido propio y distinto de otros previamente reconocidos por la normativa laboral, y a los cuales pretende garantizar (como lo son el derecho a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad, a la conciliación de la vida familiar con el trabajo); y, de otro lado, establecer si, al margen de poseer un contenido novedoso o no, se

²¹ Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Suiza, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 2019, p. 41.

²² El artículo 22 de la LTT dispone que “el teletrabajador tiene derecho a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo. Dicho derecho garantiza gozar de tiempo libre con motivo de descanso... La desconexión digital garantiza el disfrute del tiempo libre, el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar”.

requiere de un marco normativo especial para tutelar los derechos laborales y no laborales antes citados en el nuevo paradigma de la era digital.

Con ese propósito, hemos estructurado nuestro análisis en dos secciones. En primer lugar, y con la finalidad de aproximarnos a su contenido, abordamos la naturaleza jurídica y la discusión que se ha dado respecto de este derecho. Para ello, será preciso detenerse en los orígenes de la desconexión digital que se evidencian en la experiencia comparada, así como desarrollar algunas de las principales cuestiones que surgen de dicha regulación. En dicho análisis, además, se detallarán algunas características de la desconexión digital y el impacto que éstas tienen —o podrían tener— en el ordenamiento laboral peruano. En la segunda sección examinamos la importancia de este derecho realizando un breve repaso de las normas que históricamente han limitado el tiempo de trabajo en el Perú, toda vez que el cumplimiento de tales derechos parece constituir la esencia de la desconexión digital. Finalmente, cerramos el presente trabajo con nuestras conclusiones sobre los temas analizados.

II. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ¿DERECHO AUTÓNOMO O DERECHO INSTRUMENTAL?

1. *Aproximación inicial: la desconexión digital como expresión de un derecho con un doble contenido*

Antes de analizar el origen y profundizar en el contenido del derecho a la desconexión digital, es preciso acercarnos a la noción de lo que implica este derecho. Al respecto, creemos que la definición brindada por Azócar es lo suficientemente amplia para comprender los alcances de este “nuevo” derecho. De acuerdo con este autor, la desconexión consiste en “el derecho que tienen todos los trabajadores en sus periodos de descanso a desconectarse de los asuntos laborales, a no ser instado[s] a trabajar o ser requerido[s] por cualquier medio, especialmente electrónico, ni ser obligados a contestarlos, no pudiendo sufrir represalias de ningún tipo”.²³

Conforme a lo expuesto, la desconexión digital tendría un doble contenido, constaría de dos aspectos que se complementan, como si se tratase de las dos caras de una moneda, donde el anverso explica el reverso de la misma:

²³ Azócar Simonet, Rodrigo, “Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral”, *Temas de la Agenda Pública*, Chile, núm. 119, 2019, p. 13.

por un lado, implica el derecho de los trabajadores a desligarse totalmente de sus labores acabada su jornada, lo que incluye la desconexión de cualquier medio telemático a través del cual pudiese contactarlo su empleador; y, por el otro, el derecho de los propios trabajadores de negarse a realizar las directrices establecidas fuera de las horas de trabajo sin la posibilidad de que sean sancionados por ello.²⁴ Por eso decimos que ambos aspectos son las dos caras de una misma moneda, porque constituyen la manifestación de un mismo derecho en dos momentos distintos, pero que terminan confluyendo: el trabajador no debe ser perturbado en sus tiempos de descanso y, en el supuesto de que así fuese, éste puede rechazar las órdenes del empleador durante dicho periodo, no siendo pasible de sanción alguna por tal rechazo. Esta precisión resulta relevante para posteriormente determinar si, como sostiene algún sector de la doctrina, estamos ante un derecho de carácter irrenunciable, en la medida que el trabajador podría acordar con su empleador la realización de trabajo en sobretiempo durante el periodo de desconexión.

2. *Diversas formas de regulación en la experiencia comparada*

Luego de delimitar conceptualmente el derecho a la desconexión digital, conviene ahora detenernos en sus orígenes. A tal efecto, consideramos útil distinguir tres formas de surgimiento o de recepción de este derecho en el ordenamiento jurídico, con el propósito de determinar cuál es el contenido que se le ha dado a cada una de ellas y, sobre todo, de establecer cuál es, desde nuestro punto de vista, el que debería adoptarse en el contexto actual de las relaciones laborales.²⁵

La primera consiste en la autorregulación empresarial mediante la adopción de políticas internas para garantizar el tiempo de descanso. Por ejemplo, en Corea del Sur, la empresa LG Uplus desde 2016 prohibía a sus gerentes, bajo amenaza de sanciones disciplinarias, enviar mensajes a sus trabajadores a través de la citada aplicación *Kakao Talk* después de las 8:00 pm.²⁶ También

²⁴ Rosenbaum Carli, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho y Sociedad*, Perú, núm. 53, 2019, p. 115.

²⁵ Una sistematización de las distintas formas de regulación de la desconexión digital puede verse en: López, Wilson, *La necesidad de regular el derecho la desconexión digital frente a la implementación del trabajo remoto y el teletrabajo*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magister en derecho de la empresa, 2021, pp. 22-43.

²⁶ Consúltese: <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/24/south-korea-mulls-ban-on-bosses-messaging-employees-at-home>.

es posible identificar una serie de empresas que han incorporado este derecho mediante códigos de buenas prácticas o políticas internas; no obstante, en la mayoría de casos, dicha autorregulación empresarial responde a acuerdos colectivos previos, como detallamos a continuación.

En efecto, la segunda forma —en rigor, primera en el tiempo— en que la desconexión digital se ha manifestado es a través de la negociación colectiva. Desde hace ya varios años, los acuerdos colectivos en determinadas empresas europeas contemplaron la obligación de la parte empleadora de promover políticas que aseguren la desconexión digital. Ejemplo de ello se encuentra en Alemania, pues desde 2011 la empresa Volkswagen instauró una política mediante la cual bloqueaba los *smartphones* de sus trabajadores fuera de la jornada laboral. De igual forma, la empresa Mercedes-Benz, desde 2016 introdujo una política de “mail on holiday” —muy conocida y usada también en nuestro medio—, a través de la cual se reenvían los correos que reciban aquellos trabajadores que estén gozando de sus vacaciones, de forma tal que no se perturbe su descanso. Otros ejemplos a nivel europeo de estas empresas pioneras son Michelin, IBM, Daimler, Orange, Ikea, entre otras.²⁷

La tercera forma en la que se introduce la desconexión digital es mediante su consagración legislativa. Al respecto, destacan la pionera ley francesa de 2016 (Ley 2016-1088), conocida también como *Loi Travail* o *Loi El Khormi*; y la norma española de 2018 (Ley Orgánica 3/2018), denominada “Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”.²⁸ En

²⁷ Para un detalle de los convenios colectivos en España y otros países europeos, véase Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, pp. 101-130; López, Wilson, *op. cit.*, pp. 24-29; Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 10 y 11; Camós Victoria, Ignacio y Sierra Herrero, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y comunicación”, *Izquierdas*, Chile, núm. 49, 2020, pp. 9-11, y Cialti, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, España, núm. 137, 2017, p. 169.

²⁸ Martone, Michel, “El Smart working o Trabajo ágil en el ordenamiento italiano”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, España, núm. 1, 2018, pp. 1-5. Puede citarse también el caso italiano de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, sobre “trabajo ágil”, la misma “que traspone algunas prácticas empresariales que se han venido incluyendo paulatinamente en la negociación colectiva” y que remite al contrato de trabajo la precisión de los “tiempos de descanso del trabajador además de las medidas técnicas de y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de las herramientas tecnológicas de trabajo” (art. 19, último párrafo); debiendo respetarse, no obstante, los “límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal” previstos en la ley y la negociación colectiva (art. 18, primer párrafo). Al respecto, señala Martone que estamos ante un “límite objetivo para la asunción por parte del trabajador de una obligación de disponibilidad desvinculada del horario de trabajo”, que si bien podría derivarse

ambos casos, se aprecia que la incorporación de este derecho no constituye una originalidad legislativa, sino el reconocimiento de una situación previa.

Así, la propia exposición de motivos de la norma francesa²⁹ recogía una serie de ejemplos de convenios colectivos³⁰ mediante los cuales empresas como *Renault*, *Total*, *Thales*, etcétera, incorporaron en sus políticas internas el “nuevo” derecho a la desconexión digital.³¹ Por tal razón, la “Ley El Khromi”, que modificó el Código de Trabajo francés, estableció que parte del contenido de la negociación anual obligatoria incluía:

las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación del uso de las herramientas digitales, con vistas a garantizar el respeto de los tiempos de descanso y de vacaciones. En defecto de acuerdo, tras la consulta del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados del personal, el empleador elabora una carta. Esta carta define las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y prevé además la puesta en marcha de acciones formativas y de sensibilización para un uso razonable de las herramientas digitales, dirigidas a los trabajadores y al personal directivo.³²

Como anota Molina, la norma no brinda una definición de la desconexión digital ni establece su contenido o límites, sino que deja su regulación en

de lo establecido en el decreto legislativo 66/2003, de 8 de abril, y “que transformaría en inexistente cada prestación realizada fuera del horario de trabajo concordado, la elección de entregar su reglamentación al acuerdo individual lo hace el instrumento adecuado para asegurar esa flexibilidad de la prestación laboral que el trabajo ágil se propone realizar”.

²⁹ Cialti, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *cit.*, pp. 170-173. Cabe destacar que esta Ley también tuvo como antecedente inmediato al Informe Mettling que recogió el *statu quo* francés en materia de “transformación digital y vida en el trabajo”.

³⁰ Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 80.

³¹ Burdel, Paul, “Le droit a la déconnexion”, *Inslaboris France*, 2017, pp. 7 y 8, disponible en: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2017/10/M%C3%A9moire-Le-droit-%C3%A0-la-d%C3%A9connexion.pdf>. Es posible incluso encontrar antecedentes del derecho a la desconexión en la jurisprudencia francesa. Así, en la Casación 99-42.72, del 2 de octubre de 2001, el Tribunal de Casación de Francia estableció que el trabajador, una vez finalizada su jornada laboral, no está obligado, sin su consentimiento, a realizar actividades laborales en su domicilio, ni a llevar a éste documentos o herramientas de trabajo para tal fin, porque esta situación afecta su privacidad e intimidad. De otro lado, en la Casación 01-45.889, del 7 de febrero de 2004, se precisó que no es válida la sanción (despido) impuesta al trabajador (un chofer de ambulancia) por no responder a las llamadas telefónicas de su empleador, fuera del horario de trabajo.

³² Traducción de Cialti, Pierre, *op. cit.*, p. 173.

manos de los actores sociales.³³ Por su parte, igual opción fue repetida en el caso español. En dicho país, el antecedente inmediato a su positivización se encuentra en el artículo 14 del convenio colectivo suscrito por el grupo AXA en 2017.³⁴ Posteriormente, la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su artículo 88, contempló la desconexión digital en los siguientes términos:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Así las cosas, cabe resaltar dos cuestiones de la experiencia comparada. En primer lugar, que la incorporación de este “nuevo” derecho no responde a una original iniciativa legislativa, sino más bien al reconocimiento de la situación previa en la que la desconexión digital se recogía a través de acuerdos colectivos. En segundo lugar, la inicial legislación no estableció el contenido concreto de este derecho, sino que prefirió remitir a los propios representantes de los trabajadores y empleadores su reglamentación. En ausencia de

³³ 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 de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017, p. 912.

³⁴ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/res/2017/09/21/\(16\)/doj/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/res/2017/09/21/(16)/doj/spa/pdf). Una crítica de dicha regulación se encuentra en Taléns Visconti, Eduardo, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

acuerdo, quedaba en manos del propio empleador dicha tarea mediante la adopción de políticas empresariales.

En esa línea, cabe también destacar los ejemplos chileno, paraguayo, colombiano y mexicano para el caso americano. Al respecto, la Ley 21220, de marzo de 2020, introdujo todo un capítulo en el Código de Trabajo chileno³⁵ en materia de trabajo a distancia y teletrabajo,³⁶ incluyendo así el “novedoso” derecho a la desconexión digital. Por su parte, la norma paraguaya de junio de 2021, Ley 6738, contempla a la desconexión digital como un principio que rige el teletrabajo en el país guaraní.³⁷ Asimismo, la Ley 2191, de enero de 2022, garantiza el derecho de desconexión digital en territorio colombiano,³⁸ incorporando incluso la obligación de las empresas de establecer políticas específicas sobre este derecho.³⁹ En el caso mexicano, con la modificatoria en 2021 a la Ley Federal del Trabajo, se introdujo expresamente la obligación del empleador de respetar la desconexión digital de los trabajadores “en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral”.⁴⁰ Según se aprecia, tanto la norma chilena, paraguaya, mexicana y también la peruana, como se verá más adelante, vinculan la desconexión digital al teletrabajo, mientras que en

³⁵ Artículos 152 quáter J y 152 quáter K N° 6 del Código de Trabajo Chileno, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>.

³⁶ Padilla Parga, Roberto, “Derecho a la desconexión digital en la Ley de Trabajo a Distancia y Teletrabajo chilena. Un análisis desde un enfoque de derechos fundamentales laborales”, *Derecho del Trabajo*, Chile, núm. 24, 2020, p. 576, “el derecho a la desconexión se encuentra limitado en Chile al ámbito de aplicación determinado por el trabajo a distancia y teletrabajo privado, atendiendo a su ubicación en la geografía normativa del código del ramo y a la técnica legislativa empleada, por lo que no aplicaría a trabajadores del sector público, ni a trabajadores presenciales aun cuando no se percibe una razón poderosa para no incluir a estos últimos en este punto”.

³⁷ Artículo 8, inciso d), disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-109-01062021-L-6738.pdf>

³⁸ El texto de dicha Ley se encuentra disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=177586>.

³⁹ Según Bermúdez Alarcón, Katerine, “La desconexión laboral en la Ley 2191 de 2022”, *Blog del Departamento de Derecho Laboral*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2022, disponible en: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-desconexion-laboral-en-la-ley-2191-de-2022/>, esta norma “no trae nada que no sea consistente con lo que ya estaba en el ordenamiento laboral frente a la subordinación que se ejerce durante la jornada de trabajo, sin embargo, precisa, y en eso radica su novedad, algo que estaba implícito, y es el derecho a que después de cumplirla, el tiempo “personal del trabajador” sea respetado por su empleador para permitirle dedicarse a las labores que éste considere”.

⁴⁰ Artículo 330-E, inciso VI de la Ley Federal del Trabajo. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>.

el caso de Colombia se trata de una norma específica sobre desconexión laboral, aplicable a toda forma de contratación laboral, tanto para trabajadores como para funcionarios públicos. Debe anotarse también que la regulación heterónoma de la desconexión digital en los citados países⁴¹ se distingue de los ejemplos europeos en la medida que no son producto de una negociación colectiva previa, sino que son la manifestación de una opción legislativa que busca dar respuesta a las consecuencias negativas del uso de las TIC en las relaciones laborales, mediante el reconocimiento expreso de la desconexión digital como derecho de los trabajadores y el establecimiento de obligaciones concretas al empleador para garantizarlo.⁴²

En cualquier escenario, debe anotarse que no se tratan de formas excluyentes de regulación. Es decir, al margen de que exista una norma estatal que recoja y reglamente el derecho a la desconexión, nada impide que los actores sociales —ya sea mediante la negociación colectiva, o también el mismo empleador de manera unilateral— refuercen la tutela de este derecho a través de su consagración en convenios colectivos o políticas empresariales. Claro está que en tales casos la norma heterónoma actuará como un piso mínimo que podrá ser mejorado en cada caso concreto, considerando las particularidades de cada negocio y organización empresarial. En nuestra opinión, ésta debería ser la solución a adoptar en la generalidad de casos.

3. *¿Un derecho con nuevo contenido?*

Al margen del origen de este derecho, se han planteado también posturas antagónicas respecto a su “novedoso” contenido. Y es que, para algún sector, la desconexión digital no es otra cosa más que el reconocimiento y/o refor-

⁴¹ Otros ejemplos en ámbito latinoamericano que, sin embargo, no introducen mayor novedad en su regulación son la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario ecuatoriana de junio de 2020, que reformó el Código de Trabajo, estableciendo la obligación del empleador de “respetar el derecho de desconexión del teletrabajador a desconexión”; y la Ley 27555 argentina, que establece el régimen general del teletrabajo y reconoce el derecho a la desconexión digital de los teletrabajadores.

⁴² Padilla Parga, Roberto, *op. cit.*, p. 577. En ese sentido, una de las críticas que se hace a los modelos normativos europeos, al francés en particular, es que regula el derecho de desconexión digital como un espacio de libertad de los trabajadores en el cual el empleador está impedido de penetrar, debiendo respetar los periodos de descanso o desconexión. Con base en la ley chilena, Padilla sostiene que dicha norma va más allá, porque, de un lado, establece al empleador obligaciones derivadas de su deber de protección al trabajador; y, de otro, hace un esfuerzo por dotar de un contenido concreto al derecho a la desconexión.

zamiento en la era digital de ciertos derechos laborales básicos, como el descanso y la limitación de la jornada de trabajo. Otros autores, por el contrario, consideran que la desconexión implica un contenido particular que permite diferenciarlo de los derechos antes indicados y que, por tanto, merece una regulación especial.

Por un lado, para quienes se trata un nuevo derecho, la desconexión digital no está ligada solamente al derecho al descanso, sino también al derecho a la intimidad privada, buscando así conciliar vida y trabajo decente en la era tecnológica.⁴³ En idéntico sentido, en el ámbito nacional se ha indicado que el contenido de “la desconexión digital englobaría la protección de ciertos derechos como: la jornada de trabajo, el derecho a la salud, el derecho al descanso y disfrute del tiempo libre; procurando lograr la tan deseada conciliación entre la vida laboral, personal y familiar”.⁴⁴

Sin embargo, desde el otro extremo se ha negado su naturaleza autónoma, “ya que sus contenidos mínimos ya se encuentran consagrados en los derechos fundamentales e institutos clásicos de la limitación de la jornada, los descansos en sentido amplio y la seguridad y salud en el trabajo”.⁴⁵ Al respecto, analizando el caso español, Molina acota que la legislación y jurisprudencia previas ya tutelaban aquellas situaciones para las que precisamente está pensada la desconexión; y considerando que su tratamiento legislativo no ofrece mayores o novedosas garantías, entonces el valor práctico de tal derecho se diluye.⁴⁶ De esta manera, se afirma que el “derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del viejo —o clásico— derecho, actualizado bajo el impulso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital, al descanso”.⁴⁷ En igual sentido opina Azócar, para quien el derecho a desconectarse del trabajo —y no sólo la desconexión digital— es un “derecho ya reconocido

⁴³ Monteiro Pessoa, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019, p. 26.

⁴⁴ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, “Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo”, *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho USAT*, Perú, vol. 9, núm. 2, 2020, p. 76; asimismo, López, Wilson, *op. cit.*, p. 57. Concluye también que se trata de un derecho autónomo y limitado a la protección de los derechos fundamentales al descanso, la salud, la intimidad y la conciliación de la vida familiar y laboral.

⁴⁵ Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁶ Molina Navarrete, Cristóbal, *op. cit.*, pp. 913 y 914.

⁴⁷ *Idem*.

por la mayoría de legislaciones y que, con el desarrollo de nuevas tecnologías y formas de comunicación, ha adquirido especial notoriedad”.⁴⁸

Al margen de este debate, la mayoría de autores admite la importancia de promover y producir medidas legislativas que reconozcan la desconexión digital. Así, Tascón indica que, no obstante que el derecho del trabajo cuenta con herramientas que permiten una tutela más o menos adecuada del tiempo de trabajo —entre ellas la inspección laboral—, no debería perderse de vista que “las nuevas realidades informáticas y el permanente estado de conectividad laboral... hagan necesaria una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos que, al fin y a la postre, garanticen que tal protección se va a ser efectiva”.⁴⁹ Igual postura sostiene Azócar⁵⁰ y, en el Perú, esa es la posición asumida por López⁵¹ y Puntriano, siendo que para este último es “conveniente su regulación expresa en países en los cuales no exista una cultura de respeto al tiempo de descanso del trabajador”.⁵²

Por nuestra parte, consideramos que una realidad global marcada por una notoria y constante penetración de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, y que resulta proclive a la intrusión del empleador en la esfera privada del trabajador, exige la adopción de medidas específicas para la tutela efectiva de los derechos laborales fundamentales. De esta manera, resulta necesario establecer de manera expresa y precisa los límites del poder de dirección del empleador que eviten la prolongación del tiempo de trabajo fuera de los límites legal y/o convencionalmente establecidos. Debe tenerse presente que la vulneración por parte del empleador de los derechos al descanso y a una jornada máxima de trabajo termina siendo, en el contexto descrito, una transgresión o infracción “pluriofensiva”, porque incide simultáneamente y de manera negativa en diversos derechos de los trabajadores, como los ya mencionados a la salud, a la privacidad y conciliación del trabajo con la vida familiar.

En consecuencia, ante una historia de incumplimiento sistemático de la normativa que ha regulado el descanso y el tiempo de trabajo, como la acontecida en muchas partes del mundo, y también en nuestro país,⁵³ la incorpora-

⁴⁸ Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Tascón citado por Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ López, Wilson, *op. cit.*, p. 56.

⁵² Puntriano Rosas, César, “La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú”, *Laborem*, Perú, núm. 23, 2020, p. 343.

⁵³ Dicha normativa se resume más adelante y de forma muy breve en el punto 1 de este trabajo.

ción del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano resulta más que oportuna. Así, una vez más, la realidad se ha impuesto al debate académico, y como viene ocurriendo en distintos lugares y mediante diversas formas de regulación, ha terminado imperando la necesidad de normar la desconexión digital como derecho, quedando opacada la discusión sobre su naturaleza jurídica. Por tal razón, coincidimos con Padilla en cuanto una regulación expresa de la desconexión digital “fluye de la necesidad de una protección efectiva de la persona del trabajador frente a la posibilidad de una invasión permanente de la vida laboral en las demás dimensiones de su vida personal debido al uso de herramientas digitales”.⁵⁴

En cualquier caso, no se puede ocultar el vínculo que existe entre la desconexión digital y los derechos laborales —y otros no propiamente laborales, pero con incidencia en la relación de trabajo—, y a los que pretende darles viabilidad. De modo tal que estamos ante una institución que cumple una “función bisagra o articuladora” entre el reconocimiento de tales derechos y el cumplimiento de las obligaciones del empleador que de ellos se derivan. En tal sentido, compartimos la idea de que la desconexión digital es un derecho instrumental,⁵⁵ porque su esencia no es otra que la de articular otros derechos; en concreto, los derechos a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad personal y familiar, y a la conciliación del trabajo con la vida familiar,⁵⁶ entendidos como piezas de un mismo rompecabezas que requieren ser unidas y tratarse de manera integral, a fin de garantizar a la par el cumplimiento efectivo de todos ellos.⁵⁷ Sin duda alguna, el sustento constitucional

⁵⁴ Padilla Parga, Roberto, *op. cit.*, p. 576.

⁵⁵ Cialti, Pierre, *op. cit.*, p. 180, y Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ Nótese que se trata de derechos fundamentales de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento. Así, la Constitución reconoce a los mismos en sus artículos 2.22 (descanso y disfrute de tiempo libre), 2.7 (intimidad personal y familiar), 7 (salud), y 25 (jornada máxima de trabajo y descansos remunerados). En el caso del derecho a la conciliación del trabajo con la vida familiar, su reconocimiento constitucional se deriva de su incorporación por la vía de la cláusula abierta del artículo 3 (“otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”) y del Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por el Perú.

⁵⁷ Adviértase que la “instrumentalidad” de la desconexión digital radica, precisamente, en que ésta no es un fin en sí misma. Es decir, el trasfondo de tutelar un tiempo de descanso —y la consecuente facultad del trabajador de rechazar válidamente cualquier encargo de su empleador durante este periodo— radica en garantizar el goce y protección de otros derechos que confluyen en el tiempo de desconexión. Así, por ejemplo, tanto el derecho a la intimidad como la conciliación con la vida familiar y la salud serían puestos en jaque si no se garantiza también la desconexión digital.

de esta finalidad garantista se encuentra, de un lado, en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución peruana, que señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, dando cabida a los derechos de ciudadanía laboral en el ámbito de la empresa; y, de otro, en el artículo 44 del propio texto constitucional, que establece como una de las obligaciones esenciales del Estado la de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

4. *¿Derecho irrenunciable?*

Por otro lado, cabe preguntarse sobre la (in)disponibilidad de un derecho como la desconexión digital, que cumple una función instrumental o garantista de un conjunto de derechos fundamentales tanto típicamente laborales como de ciudadanía laboral.

Suelen considerarse derechos indisponibles o irrenunciables para el trabajador aquellos que el ordenamiento jurídico le reconoce en norma imperativa. En el caso peruano, la norma constitucional consagra “el carácter irrenunciable de los derechos laborales reconocidos en la Constitución y las leyes” (artículo 26.2). Pero es claro que no sólo las normas de origen constitucional y legal tienen carácter imperativo e, incluso, no todas las normas que tengan este origen resultan imperativas. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar, de un lado, que “una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas”; y, de otro, ha precisado que la irrenunciabilidad alcanza a cualquier derecho laboral regulado en normas jurídicas que tengan naturaleza taxativa o imperativa, estableciendo estándares mínimos que deben ser respetados, como ocurre con los tratados internacionales y los convenios colectivos de trabajo.⁵⁸

En definitiva, la irrenunciabilidad de derechos opera respecto de normas de derecho necesario relativo que fijan mínimos, es decir, respecto de la parte imperativa de una norma, impidiendo al trabajador la disposición o desmejora del derecho en ella reconocido, pero permitiendo su suplemento o mejora. En esa línea, y ante el supuesto en que se disponga la desmejora de un derecho irrenunciable, la consecuencia aplicativa de este principio es la nulidad de tal acto. Como destacaba Plá Rodríguez, “se sanciona, pues, la infracción a estas normas de la manera más severa: con la nulidad. No la mera anulabi-

⁵⁸ Véase las sentencias recaídas en los expedientes 008-2005-PI/TC y 4635-2006-AA/TC.

lidad, la nulidad de pleno derecho que se debe declarar aunque el interesado no lo solicite⁵⁹.

En el caso del derecho a la desconexión digital, si bien lo que se busca primordialmente es resguardar el respeto de una jornada máxima de trabajo, así como el derecho al descanso que sobreviene una vez finalizada ésta, hay que tener en cuenta que la desconexión podría quedar sin efecto de existir un acuerdo de sobretiempo fijado por las partes, en los términos y con los límites que el ordenamiento legal establece. En este sentido, prevalecerá la decisión del trabajador de no realizar horas extras y de gozar de los periodos de descanso (diario, semanal, vacaciones, días festivos) o de licencia legal y/o convencionalmente establecidos, pero éste siempre tendrá la opción de pactar con su empleador el trabajo en sobretiempo, precisamente, en el periodo correspondiente a la desconexión. Esta posibilidad de elegir entre las dos alternativas que se reconoce al trabajador: realizar trabajo en sobretiempo o no hacerlo, hace de la desconexión digital un derecho disponible.

No obstante, es imperativo que, en cada caso, la actividad realizada responda a la real voluntad del trabajador y sea retribuida con la sobretasa correspondiente, como requisitos de validez de la medida; pero sobre todo debe tenerse presente su carácter esencialmente extraordinario y que, en cierto modo, es lo que se busca apuntalar con el derecho a la desconexión digital. Es decir, el sobretiempo no debe entenderse como algo ordinario, sino necesariamente excepcional o eventual.

De esta manera, por ejemplo, no sería válido un acuerdo que establezca un trabajo en sobretiempo mayor al límite legal, o uno que establezca una permanente puesta a disposición del trabajador durante el periodo desconexión. Tales casos sí supondrían una renuncia o un acto de encubrimiento de una renuncia en el que cabría aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, con la consecuente nulidad del acto en cuestión.

De igual forma, y aunque por regla general la desconexión digital sea un derecho disponible, cabe recordar que la remuneración por el trabajo en sobretiempo, al igual que la sobretasa derivada del mismo, sí son derechos irrenunciables. Ello, aunque sea una perogrullada, impide cualquier supuesto de trabajo no remunerado fuera de la jornada laboral. Así, de darse el caso en el que se pacte una remuneración o sobretasa menor a la legalmente fijada

⁵⁹ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho de trabajo*, 2a. ed., Argentina, Depalma, 1978, pp. 110 y 111.

por el trabajo realizado durante el tiempo de desconexión, también cabría la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

III. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

De todo lo expresado hasta este momento, y a partir de su finalidad y contenido, podemos caracterizar el derecho a la desconexión digital —y las consecuencias que se derivan de ello— a partir de los siguientes rasgos. Cabe advertir que, para el desarrollo de tales características, hacemos referencia, cuando corresponda, a determinadas disposiciones del ordenamiento laboral peruano; ello sin perjuicio de analizar posteriormente este novel derecho en función a la normativa histórica sobre tiempo de trabajo y descanso en el Perú.

En primer lugar, se trata de un *derecho instrumental* y no autónomo. Su objetivo es garantizar de manera simultánea el cumplimiento de un conjunto de derechos laborales fundamentales. Principalmente procura la satisfacción de derechos tradicionales referidos al tiempo de trabajo, como el derecho a una jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso —lo que incluye permisos o licencias de diversa índole (maternidad, lactancia, sindicales, entre otras)—; alcanza también a otros derechos del trabajador que, como consecuencia de la transgresión de los anteriores, pueden verse afectados; tal es el caso de la salud, la intimidad personal y la conciliación del trabajo con la vida familiar. En este sentido, no estamos ante un derecho que tenga necesariamente una identidad propia, sino ante uno que cumple una función instrumental o garantista de otros derechos.

En segundo término, y para la satisfacción de dicha función instrumental, se reconoce al trabajador el *derecho a desligarse de sus obligaciones laborales* y, en concreto, a desconectarse de los medios telemáticos con los que realiza sus labores una vez finalizada la jornada ordinaria de trabajo, se trate o no de medios proporcionados por el empleador, e independientemente de donde se realicen las labores (en el centro de trabajo o en el domicilio del trabajador). Lo anterior implica reconocer al trabajador un *derecho de resistencia*, esto es, la facultad que tiene de desacatar o no cumplir las órdenes o encargos de su empleador en el periodo de desconexión sin que por ello incurra en responsabilidad alguna.

En tercer lugar, el derecho a la desconexión constituye un claro *contrapeño o límite al poder de dirección del empleador*. En estricto rigor, refuerza límites

ya existentes —tanto de origen legal como convencional— que modulan el contrato de trabajo y que exigen al empleador su ejecución de buena fe, en particular, de las obligaciones encaminadas al cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador a una jornada máxima de trabajo y al descanso. Esto supone que el empleador, de manera directa o por intermedio de cualquier directivo de la empresa o jefe inmediato del trabajador, está impedido de impartirle órdenes o encomendarle tareas dentro del periodo de desconexión. Esta prohibición no sólo alcanza a este preciso lapso, sino también a cualquier tipo de requerimiento que pudiera realizarse antes de dicho periodo, pero que, por su magnitud, resulta obvio e inevitable que se lleve a cabo —o se culmine— fuera de la jornada habitual de trabajo y que, a fin de cumplir con el encargo, tenga que hacerse necesariamente en el tiempo de desconexión o descanso.

La limitación del poder de dirección antes señalada alcanza sin duda a la facultad sancionadora del empleador. En otras palabras, este último no puede disciplinar al trabajador que se niegue a acatar órdenes o a realizar algún tipo de actividad laboral en el periodo de desconexión, salvo las situaciones excepcionales de caso fortuito o fuerza mayor a los que nos hemos referido antes. Precisamente por ello, y al no existir una causa que legitime la medida empresarial, las eventuales sanciones impuestas por el empleador serían nulas.

En cuarto lugar, el incumplimiento por parte del empleador del derecho a la desconexión de sus trabajadores significa una *acción contraria al deber de buena fe contractual*. Como es conocido, este deber tiene una clara dimensión bilateral, comprendiendo tanto al empleador como al trabajador en el cumplimiento de sus prestaciones debidas.

Al respecto, en el Perú, el artículo 1362 del Código Civil, de aplicación supletoria a las relaciones laborales, establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Se trata entonces de una norma imperativa presente en todo el *iter* de la relación contractual, y en este sentido, no sería admisible entender que dicha relación no está regida por las reglas de la buena fe, o incluso que las partes pueden pactar contra ellas.⁶⁰ Como no podría ser de otra forma, el alcance de la buena fe también resulta aplicable al ámbito laboral, siendo una exigencia para las dos partes de la relación.⁶¹ De modo tal, que

⁶⁰ De La Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, 2a. ed., Perú, Palestra Editores, 2007, p. 345.

⁶¹ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013, pp. 628-684, “esta exigencia de la buena fe no es una característica especial que distinga la relación de

“es tan importante la buena fe que debe demostrar el empleador como la que debe inspirar al trabajador”, por lo que “este principio debe ser tenido en cuenta para la aplicación de todos los derechos y obligaciones que las partes adquieren como consecuencia del contrato de trabajo”.⁶²

En consecuencia, en el derecho laboral el cumplimiento del contrato de trabajo según las reglas de la buena fe está vinculado a la conducta de las partes. Concretamente, la buena fe impone determinados estándares de comportamiento a los que deben sujetarse tanto el empleador como el trabajador, a fin de modular correctamente la ejecución de los derechos y obligaciones que emanan del contrato de trabajo: las partes deben “ajustar su conducta a una norma de rectitud y de honradez”, realizando los esfuerzos necesarios para el mejor cumplimiento de la relación laboral, y absteniéndose de cualquier forma de comportamiento desleal.⁶³

Es más, como sostiene un sector de la doctrina civilista, del principio o cláusula general de la buena fe se derivan obligaciones legales específicas como el deber de protección, cuyo propósito es garantizar una correcta ejecución de la relación contractual, y que se fundamenta en “la protección de la dignidad de los sujetos” reconocida constitucionalmente.⁶⁴ Es decir, este deber de protección, que comprende también a la relación de trabajo —y, sin duda, al sujeto contractualmente débil de esa relación, que se encuentra condicionado al poder de dirección de su empleador—, es finalmente “una expresión del derecho a la protección de la dignidad humana”;⁶⁵ la misma que de manera general se consagra en el primer artículo de nuestra carta fundamental y, con carácter específico para la relación de trabajo, en el tercer párrafo del artículo 23 del mismo cuerpo normativo. En definitiva, como concluye Hernández: “Si el empleador puede dar órdenes para la ejecución del trabajo, debe también proteger al trabajador procurando que la ejecución de dichas

trabajo de otras relaciones jurídicas diferentes”. En tal sentido, agrega el citado autor, dicha exigencia deriva de la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que la Constitución reconoce a la persona humana.

⁶² Plá Rodríguez, Américo, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

⁶³ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 628.

⁶⁴ Morales Hervías, Rómulo, “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 71, 2013, p. 75.

⁶⁵ Quiñónez López, Sonia, *Protección y alcance del derecho al descanso frente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2021, p. 113.

órdenes no le sean lesivas ni nocivas, debiendo asumir una serie de precauciones y responsabilidades” para tal efecto.⁶⁶

Por lo señalado, no debe pensarse que el principio de buena fe en la ejecución del contrato de trabajo es sólo exigible al trabajador y que, dependiendo de la intensidad de su incumplimiento, puede conllevar la imposición de medidas disciplinarias, entre ellas el despido. Por el contrario, como se ha indicado, dicho principio es igualmente exigible al empleador. De hecho, la jurisprudencia peruana ha sido clara sobre ello al analizar el ejercicio del *ius variandi*, precisando que, si bien se trata de una atribución empresarial, ésta debe ejercitarse de buena fe.⁶⁷ Sin embargo, en el contexto de la desconexión digital, la buena fe contractual tiene una connotación particular. Así, el empleador debe ser consciente de que no forman parte de sus prerrogativas —o lo que es lo mismo, que está fuera del ámbito de su poder de dirección— el impartir órdenes o encargos a sus trabajadores en periodos de descanso o desconexión. Consecuentemente, realizar tal conducta pese a no tener facultades para ello supone un quebrantamiento del deber de buena fe contractual.

Una quinta característica, no menos relevante, es que el incumplimiento por parte del empleador del derecho de desconexión digital puede considerarse un *acto “pluriofensivo”* por la cuantía de los derechos fundamentales afectados. En efecto, el incumplimiento empresarial no sólo supone una infracción del derecho a la desconexión propiamente, sino también, de manera simultánea, una vulneración de los derechos a la jornada laboral máxima, al descanso (diario, semanal, anual o en días feriados, según corresponda) o al goce de la licencia de la que se esté haciendo uso, a la salud, a la intimidad, y a la conciliación del trabajo con la vida familiar; en este último caso, con mayor preponderancia respecto de los trabajadores con responsabilidades familiares que realizan trabajo remoto o teletrabajo en su domicilio. Esta característica, como se verá, tiene efectos muy concretos en el mantenimiento o conservación de la relación de trabajo y en la tutela misma del derecho a la desconexión.

⁶⁶ Hernández Rueda, Lupo, “Poder de dirección del empleador”, en De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM-AIADTSS, 1997, p. 417.

⁶⁷ Al respecto, la Cas. Lab. 20366-2017-San Martín, Cas. Lab. 7486-2016-Moquegua, y Cas. Lab. 17819-2015-Cajamarca, reafirman que “si bien la ley reconoce la atribución del empleador para trasladar o desplazar al trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios; no obstante, le impone el deber de ejercer dicha atribución de buena fe”.

De otro lado, las órdenes o directrices reiteradas del empleador en los periodos de desconexión —o que deban realizarse durante los mismos— podrían calificar como un *acto de hostilidad*. Recuérdese que en el ordenamiento peruano se establece como un acto de hostilidad equiparable al despido a “todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador”, conforme a lo establecido en el artículo 30, inciso g) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL),⁶⁸ y como hemos señalado líneas arriba, el incumplimiento del empleador de su obligación de respetar los periodos de desconexión digital de sus trabajadores, supone un quebrantamiento de la buena fe contractual y, en última instancia, del deber de protección del trabajador, sustentados en el mandato constitucional de defensa y respeto de la dignidad humana, y del trabajador concretamente.⁶⁹ En tal sentido, dicho incumplimiento se puede reconducir como un acto de hostilidad en los términos previstos en la citada norma, pudiendo el trabajador afectado solicitar el cese de la hostilidad o, dado el caso, darse por despedido y demandar la respectiva indemnización.⁷⁰ Al margen de ello, al igual que cierto sector de la doctrina, consideramos oportuna la incorporación expresa de este acto de hostilidad dentro de los supuestos contemplados legalmente,⁷¹ como un acto de hostigamiento o acoso laboral, tal como lo hace la legislación colombiana.⁷²

Finalmente, el derecho a la desconexión digital *no se circunscribe únicamente al teletrabajo o al trabajo remoto*, sino que alcanza a todo tipo de actividad laboral, independientemente del régimen legal aplicable —privado o público-, y tanto la realizada de manera presencial como la llevada a cabo de manera remota o a distancia.

Las anteriores características pueden bien ser resumidas de forma gráfica en el siguiente cuadro:

⁶⁸ El Texto Único Ordenado de la LPCL fue aprobado mediante decreto supremo 003-97-TR.

⁶⁹ De otro lado, según hemos señalado que la vulneración de la desconexión digital, debido a su carácter instrumental, comporta la afectación de un conjunto de derechos fundamentales que encierran sustento también en la dignidad del trabajador.

⁷⁰ En el mismo sentido se pronuncia Quiñónez López, Sonia, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

⁷¹ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, *op. cit.*, p. 82.

⁷² El artículo 4, parágrafo 2 de la Ley 2191 de 2022, señala expresamente que: “La inobservancia del derecho a la desconexión laboral podrá constituir una conducta de acoso laboral, en los términos de la Ley 1010 de 2006. En ningún caso será acoso laboral la conducta que no reúna las características de ser persistente y demostrable”.

<i>Características del derecho a la desconexión digital</i>	
1	Es un derecho instrumental.
2	Supone un derecho de resistencia del trabajador.
3	Actúa como contrapeso o límite al poder de dirección del empleador.
4	Su incumplimiento por parte del empleador implica una contravención al deber de buena fe.
5	Su vulneración por parte del empleador configura un acto pluriofensivo.
6	Su incumplimiento por parte del empleador puede ser considerado un acto de hostilidad.
7	No se circunscribe al trabajo remoto o teletrabajo.

FUENTE: Elaboración propia.

1. *La tutela administrativa del derecho a la desconexión*

Como se ha indicado *supra*, la inobservancia empresarial de las obligaciones relativas a la desconexión digital califica como un acto pluriofensivo por la diversidad de los derechos laborales fundamentales afectados. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, cuya finalidad es precisamente el control de la aplicación de la ley y la sanción de su incumplimiento, estaríamos ante una infracción muy grave del empleador. Así, recuérdese que, para el caso peruano, el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT)⁷³ sanciona con la mayor gravedad el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada laboral y el tiempo de trabajo en general, así como “cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales”.⁷⁴ Bajo dicho precepto, es evidente que la vulneración del derecho a la desconexión digital, por su implicancia directa con el derecho a una jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso, y su correlación con otros derechos fundamentales, se subsume en el indicado tipo legal.

No obstante, a inicios de 2021 se introdujo la Décima Disposición Final y Transitoria en el RLGIT, la misma que, con una visión reduccionista de lo que implica la desconexión laboral, desatendiendo el principio de proporcionalidad, y de manera absolutamente inconsistente con otras infracciones previstas en el propio RLGIT, calificó la vulneración a la desconexión digital sólo

⁷³ Aprobado por decreto supremo 019-2006-TR.

⁷⁴ Véase los artículos 25.6, 24.14 y 25.15 del RLGIT.

como una falta grave.⁷⁵ Es más, como sugiere De Lama, esta infracción parece circunscrita al contexto de la pandemia de la COVID-19, estableciéndose así un carácter excepcional y temporal que no coincide con el contenido de la desconexión digital, dado que “seguramente, cuando ya no nos encontremos en el marco de este estado de emergencia nacional, van a seguir suscitándose problemas de incumplimiento de las garantías de este derecho”.⁷⁶ Y es que, en línea con lo anotado anteriormente, recordemos que la desconexión digital no se restringe únicamente al teletrabajo o al trabajo remoto, sino que alcanza a todo tipo de actividad laboral.⁷⁷

En tal sentido, también coincidimos con el citado autor en cuanto al hecho de que la tipificación actual de esta infracción es errada, toda vez que se “debió seguir la misma gradualidad que el RLGIT le ha impreso a toda aquella lesión del tiempo de trabajo”.⁷⁸ Dada la naturaleza pluriofensiva que supone el incumplimiento del empleador de los tiempos de desconexión, por la diversidad de los derechos afectados, consideramos que la infracción a este derecho debe ser sancionada con la mayor gravedad. Conviene recordar que el artículo 31 de la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante, LGIT), establece que la calificación o graduación de las infracciones administrativas en el ámbito laboral obedece a la “naturaleza del derecho afectado o deber infringido”, y que en el caso de las infracciones muy graves debe prestarse atención a la “especial trascendencia” del bien tutelado, como sería el caso de la vulneración del derecho a la desconexión por su particular relevancia en la salvaguarda de un conjunto de derechos fundamentales laborales. Precisamente, uno de los

⁷⁵ El texto legal señala expresamente: “Constituye infracción administrativa grave que afecta el cumplimiento de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, ejercer coerción sobre el/la trabajador/a o incurrir en actos dirigidos a intimidar al trabajador/a para realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través de cualquier equipo o medio informático, de telecomunicaciones o análogos, o a mantener activos dichos medios durante el tiempo de desconexión digital”.

⁷⁶ Lama Laura, Manuel de, “La fiscalización del trabajo remoto y de la desconexión digital algunos apuntes en relación con la tipificación de infracciones sobre la materia”, *Análisis Laboral*, Perú, vol. 45, núm. 528, 2021, p. 12.

⁷⁷ Al respecto, cabe advertir que la propuesta de nueva Ley del Teletrabajo, recientemente aprobada por el Congreso de la República, pero todavía no promulgada, contempla como infracción muy grave el “no respetar el derecho del teletrabajador a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo”. Si bien coincidimos con la proporcionalidad atribuida a esta falta, debemos insistir en que la infracción a la desconexión digital no se limita al teletrabajo.

⁷⁸ Lama Laura, Manuel de, *op. cit.*, p. 12.

momentos en los que opera el principio de proporcionalidad es en la predefinición normativa de la infracción. Esto significa que “los textos legales que contienen el catálogo de infracciones y sanciones deben haber realizado una adecuada integración entre la gravedad de la conducta infractora y la sanción impuesta, impidiendo sanciones desproporcionadas en atención a los bienes jurídicos y los intereses que se tratan de proteger”.⁷⁹ Se trata, en definitiva, de realizar un análisis de ponderación entre la infracción y la sanción que atañe a ésta, y que debería llevar también a no establecer una sanción menor a la que corresponde dependiendo de la gravedad del incumplimiento o falta cometida.⁸⁰

Al respecto, cabe advertir que la nueva Ley del Teletrabajo ha rectificado la situación antes descrita, estableciendo como infracción muy grave el “no respetar el derecho del teletrabajador a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo” (artículo 27.3.a), la misma que se ha incorporado en los mismos términos como infracción muy grave en materia de relaciones laborales en el RLGIT. Si bien coincidimos con la proporcionalidad atribuida a esta falta por la normativa citada, debemos insistir en que la infracción a la desconexión digital no se limita al teletrabajo.

Ahora bien, es claro que esta consecuencia deberá ser analizada y ponderada en cada caso concreto por la Inspección del Trabajo, aplicando para ello los principios de razonabilidad y proporcionalidad como herramientas necesarias e imperativas que guían su función fiscalizadora.⁸¹ Y es que no puede tratarse a un hecho concreto o único de la misma manera que a los incumplimientos reiterados o constantes en contravención al derecho de desconexión; o para decirlo en términos simples, “no es lo mismo no responder a un mensaje

⁷⁹ Mercader Uguina, Jesús y Tolosa Tribiño, César, *Derecho administrativo laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 668.

⁸⁰ Otros casos de una inadecuada graduación de la gravedad de las infracciones laborales en el RLGIT, pueden verse en: Cavalié Cabrera, Paul, *Reflexiones sobre los criterios de agravamiento de la sanción inspectiva laboral a la luz de los principios del derecho administrativo sancionador*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2020, pp. 54-56.

⁸¹ La Ley del Procedimiento Administrativo General asimila el principio de razonabilidad con el de proporcionalidad, estableciendo en el numeral 1.4 del artículo IV del título preliminar de la indicada norma, que: “Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

puntual como no responder a múltiples mensajes”.⁸² Sin dudas, la remisión de un mensaje aislado y puntual pasado apenas unos segundos de la finalización de la jornada laboral, y que no requiera de una respuesta inmediata y de la realización de trabajo adicional, difícilmente podrá ser calificado como un acto que vulnere el derecho a la desconexión digital. Sin embargo, es preciso que el ordenamiento contemple como regla general la prohibición del empleador de impartir órdenes fuera de la jornada de trabajo, con la consecuente infracción y sanción por dichos actos. Consideramos que ello contribuye a generar los incentivos necesarios para que realmente se respeten los tiempos de desconexión de los trabajadores, sobre todo en aquellas sociedades en las que se aprecia una cultura de inobservancia sistemática a los tiempos de descanso.

De otro lado, hay que tener en cuenta que, incluso en algunas circunstancias, claramente excepcionales o por motivos de fuerza mayor, podría estar justificado el mensaje o encargo del empleador. En esa línea, cabe también precisar en aquellos casos en los que válidamente se produzca trabajo en sobretiempo,⁸³ o cuando las partes hayan acordado la realización de determinada actividad fuera de la jornada ordinaria, pero considerado como tiempo de trabajo efectivo (es decir, computable como parte de la jornada de trabajo), no estaríamos ante una infracción administrativa o incumplimiento del derecho a la desconexión digital.⁸⁴ Aunque resulte obvio recalcarlo, se tratan de escenarios extraordinarios o inusuales, de forma tal que el empleador no puede utilizarlos como excusa para encubrir una conducta reiterativa que transgreda los tiempos de desconexión. Como se indicó con anterioridad, frente a tales actos de encubrimiento, y analizando cada caso en particular, cabría aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, independientemente de la infracción administrativa correlativa.

⁸² Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 29.

⁸³ Para ello será preciso que se cumplan los supuestos excepcionales contemplados en el Tuo de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR, cuyo artículo 9 consagra: “Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”.

⁸⁴ En este orden de ideas, destaca una interesante jurisprudencia española de 2020. Concretamente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluyó que la realización de un curso obligatorio fuera de la jornada habitual para controladores aéreos no contravenía el derecho a la desconexión digital. Y es que por acuerdo colectivo se pactó que dicho curso calificara como tiempo de trabajo efectivo, por lo que “siendo tiempo de trabajo efectivo no le es aplicable el derecho de desconexión digital” (Roj: STSJ M 10055/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:10055).

2. *Desconexión digital y protección contra el despido*

Hemos señalado que la inobservancia del derecho a la desconexión digital por parte del empleador puede constituir un acto de hostilidad o acoso laboral, facultando así al trabajador a incumplir las órdenes recibidas de aquél en el periodo de desconexión y, al mismo tiempo, habilitándolo a requerir el cese del acto lesivo. Dicho requerimiento debe dirigirlo, en primer lugar, al propio empleador; y de persistir la medida empresarial, el trabajador queda habilitado para accionar judicialmente y que sea el juzgador quien la deje sin efecto, o determine el pago de la indemnización correspondiente si el trabajador decidiera darse por despedido.

Pero podría ocurrir no sólo que el empleador persista en su conducta, sino que incluso entienda el desacato del trabajador como un incumplimiento contractual y como una resistencia a sus órdenes o indicaciones; la misma que en el ordenamiento jurídico peruano está tipificada como una falta grave susceptible de despido. Llegados a este punto, estaríamos ante un despido en clara contravención al derecho de desconexión, por lo que consideramos conveniente analizar la naturaleza y posibles consecuencias de esta clase de despido, así como la forma de remedio o reparación del mismo.

Es conveniente recordar que en el Perú el despido no es libre, siendo que la decisión del empleador de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo debe ajustarse al mandato constitucional —establecido en los artículos 22 y 27 (interpretados sistemáticamente) de la carta fundamental—, de que esa voluntad extintiva responda a una causa justa tipificada en la ley y esté debidamente acreditada. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido y desarrollado una tipología de cuatro posibles formas que el despido injustificado puede adoptar en nuestro ordenamiento jurídico: el nulo, el fraudulento, el incausado y el arbitrario.⁸⁵ A pesar de ser esta una clasificación que pretende ser exhaustiva, debemos advertir la dificultad de encajar el despido lesivo del derecho a la desconexión laboral en la tipología establecida jurisprudencialmente.

Partimos del supuesto de que el despido ha cumplido el procedimiento previsto legalmente; es decir, el empleador ha invocado y acreditado la causa del despido, y le ha otorgado al trabajador el plazo correspondiente para que

⁸⁵ Para confirmarlo, basta con remitirse a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 1124-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC. De igual forma, las casaciones citadas en la nota 31 *supra*.

ejerza su defensa y levante las imputaciones realizadas. En el caso concreto que aquí analizamos, esto significa haberle imputado al trabajador, al menos, la falta de “reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores”, tipificada en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL, y es a partir de esta premisa que vamos a analizar las cuatro clases de despido señaladas.

En tal sentido, el despido de un trabajador por no acatar las órdenes o indicaciones en el periodo desconexión no podría calificar como un despido incausado, en la medida que esta clase de despido es aquel que se produce, de manera verbal o escrita, sin comunicarle al trabajador la razón o causa del mismo. En el caso analizado esta exigencia formal sí habría ocurrido; siendo inviable la configuración de un despido incausado.

Por otro lado, califica como despido nulo el acto extintivo del contrato de trabajo por decisión del empleador que afecta derechos fundamentales, y que son aquellos expresamente señalados en la ley. Hay en esta clase despido una motivación prohibida, una conducta del empleador contraria a determinados intereses y bienes jurídicos tutelados por la Constitución, como la libertad sindical, la no discriminación o la maternidad. En este sentido, hay una clara correspondencia entre el despido nulo y el despido como sanción al trabajador por ejercer su derecho a la desconexión digital, porque este último es también un despido violatorio de derechos fundamentales. El problema radica en que el despido nulo, en escenario nacional, está reservado para supuestos taxativos contemplados por ley.⁸⁶ En esa línea, Blancas recuerda que “la opción del legislador nacional a favor de una lista *numerus clausus* resulta evidente, si se tiene en cuenta que por vía reglamentaria se exige que el trabajador que demande la nulidad del despido invoque expresamente cuando menos uno de los motivos a que se refiere la ley”.⁸⁷ De hecho, esta taxatividad ha sido confirmada por reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema, quien ha establecido que “en caso de pretenderse la nulidad de despido... éste debe estar enmarcado dentro de las causales taxativamente prescritas en el artículo 29 del Decreto Supremo núm. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.⁸⁸

⁸⁶ Estos supuestos están recogidos en el artículo 29 de la LPCL.

⁸⁷ Blancas Bustamante, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Perú, Jurista Editores, 2013, p. 373.

⁸⁸ Cas. Lab. 12914-2014-Junin. En igual sentido se pronuncian la Cas. Lab. 3931-2018-Callao y la Cas. Lab. 9004-2018-Callao. Estos recientes pronunciamientos confirman que “el despido nulo se configura cuando el empleador basa el despido en una causa ilícita, lesionando derechos fundamentales; esta forma de protección concebida permite salvaguardar el derecho

Sin embargo, y al margen de no estar recogida como causal taxativa, estimamos que, dada la naturaleza de la desconexión digital, la consecuencia de un despido en contravención de este derecho debe ser inexorablemente la nulidad. Como se ha explicado previamente, la desconexión digital cumple un rol instrumental o garantista de importantes derechos fundamentales: a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad, a la conciliación del trabajo con la vida familiar. En consecuencia, un despido que vulnera el derecho de desconexión ha de entenderse como un acto pluriofensivo o simultáneamente lesivo de derechos fundamentales.⁸⁹ Por ello, resulta insostenible que, dada la naturaleza de los derechos implicados, que sustentan la dignidad del trabajador y que toda relación laboral está llamada a respetar, esta clase de despido pueda mantener eficacia alguna.

En la misma línea, es menester recordar que el derecho a la desconexión laboral actúa como límite del poder de dirección del empleador, lo que significa que —como regla— las órdenes y directrices que imparta al trabajador en los periodos de desconexión carecen de carácter vinculante. Consecuentemente, cualquier sanción, incluyendo el despido, derivada del incumplimiento del derecho en cuestión, constituye un ejercicio ilegítimo del poder disciplinario del empleador, careciendo de eficacia y calificando de nulo el referido acto. Esta consecuencia, además, deriva de las disposiciones generales del acto jurídico; siendo que, en el Perú, el Código Civil establece la nulidad del acto, entre otros supuestos, cuando su fin sea ilícito (art. 219, inc. 4) o cuando sea contrario a las leyes que interesan al orden público (art. V del título preliminar, art. 219, inc. 8).

Por lo expuesto, consideramos que la calificación jurídica que corresponde a un despido contrario al derecho de desconexión digital es la del despido nulo. No obstante, el carácter taxativo que la jurisprudencia otorga al elenco de supuestos expresados en el artículo 29 de la LPCL, hace difícil —sino judicialmente imposible— encuadrarlo en dicho precepto. Hay entonces una tarea de *lege ferenda*, a fin de que el legislador amplíe el listado del despido nulo

a permanecer en el empleo, *siempre y cuando el supuesto de hecho se encuentre contemplado en la norma*' (énfasis agregado).

⁸⁹ Cfr. Arce Ortiz, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Perú, Palestra Editores, 2008, p. 542. Coincidimos con Arce en que los derechos constitucionales laborales deben garantizarse con el mayor rigor, lo que “implica que ante una violación de éstos la respuesta no puede ser otra que la revocación del acto extintivo. Dicho de otra forma, sería ilógico que el legislador ordene reparar un despido inconstitucional a través del abono de una indemnización pecuniaria”.

previsto en la LPCL a todos los casos de extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador que resulten lesivos de derechos fundamentales.

Veamos ahora el caso del despido fraudulento, que es una figura de estricta configuración jurisprudencial. En este supuesto, señaló el Tribunal Constitucional en el precedente constitucional Llanos Huasco, que “se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales”.⁹⁰ Y es a partir de este precedente que la jurisprudencia laboral ha ido modulando los supuestos específicos que configuran este particular tipo de despido, y que se han seguido de manera uniforme por la judicatura. Así, se ha determinado que

...para la configuración de un despido fraudulento existen requisitos que deben presentarse y analizarse en virtud de lo actuado al interior del proceso, debiendo concurrir los siguientes elementos: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; b) se atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad; d) la fabricación de pruebas.⁹¹

Como se aprecia, resulta también difícil calificar como fraudulento al despido que contraviene el derecho de desconexión digital, toda vez que no se cumplen ninguna de las premisas establecidas para tal efecto. Y es que, en sentido estricto, el empleador no estaría imputando hechos falsos o una falta no prevista legalmente, menos aún tendría que fabricar pruebas, ni existiría vicio de voluntad por parte del trabajador, y aunque podría afirmarse que el empleador está obrando de mala fe o con un ánimo perverso al despedir (porque es consciente de que no está facultado para dar órdenes a sus trabajadores en los periodos de descanso o de desconexión laboral, y que éstos no están obligados a cumplirlas), por aplicación del principio de tipicidad, ello sería jurídicamente insuficiente para calificar como fraudulento a este clase de despido.

Finalmente, y aunque parecería quedar como la única opción viable, es necesario descartar la posibilidad de calificar el despido en contravención del

⁹⁰ Sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC; fundamento 15.

⁹¹ Cas. Lab. 14383-2016-Cusco. En igual línea, la Cas. Lab. 7663-2016-Tacna y la Cas. Lab. 8263-2018-Lima.

derecho a la desconexión digital como un despido arbitrario. El despido arbitrario, en estricto sentido, es aquel en el que se despide al trabajador imputándole una causa establecida en la ley pero que no puede ser acreditada por el empleador en el proceso judicial correspondiente. En el tema que nos atañe, estamos una vez más, como en el caso del despido fraudulento o del despido incausado, ante el cumplimiento “formal” de la imputación al trabajador de la comisión de una falta grave tipificada legalmente. Pero hay una cuestión jurídicamente relevante que no puede perderse de vista, y que es que la supuesta falta no existe como tal. Recuérdese que el derecho a la desconexión actúa como contrapeso a la facultad disciplinaria del empleador. En esa medida, como hemos anotado varias veces en el presente trabajo, el empleador no se encuentra facultado para impartir órdenes o dar encargos a sus trabajadores en los periodos de desconexión o descanso; al mismo tiempo, los trabajadores no tienen la obligación de acatar dichas órdenes o de aceptar tales encargos. En consecuencia, las instrucciones dadas por el empleador carecen de legitimidad, y el desacato del trabajador o trabajadores no constituye una infracción laboral ni mucho menos una falta grave que justifique el despido. Podemos graficarlo de la siguiente manera: *a)* es un hecho cierto que el empleador dio una orden, *b)* también lo es que el trabajador la incumplió y, por lo tanto, no es un hecho que haya que acreditar; pero *c)* no es cierto que el trabajador haya estado obligado a cumplir las indicaciones del empleador, por lo que realmente no ha cometido falta alguna.

Lo que resulta más grave es que la conducta del empleador no se limita a una mera arbitrariedad, sino que, como también se ha señalado, supone un acto contrario a la buena fe laboral que vulnera diversos derechos fundamentales relacionados con el tiempo de desconexión. Consecuentemente, en nuestra opinión, resulta insostenible considerar meramente como arbitrario al despido materializado en contravención al derecho a la desconexión digital, cuando su naturaleza obedece, más bien, a la de un despido nulo.

Ahora, al margen de su identificación con alguna de las clases de despido, la vulneración al derecho a la desconexión deja abierta una segunda interrogante sobre cómo remediar el eventual despido. Y es que los tipos de despido analizados poseen diferentes mecanismos de tutela. Así, sólo el despido nulo contempla la reposición al puesto de trabajo con el consecuente pago de las remuneraciones devengadas.⁹² En el caso del despido fraudulento, el trabaja-

⁹² Artículo 40 de la LPCL, así como el tercer párrafo del artículo 34 del mismo cuerpo normativo.

dor puede también solicitar su reposición, pero su declaratoria no acarrea el pago de devengados.⁹³ Lo mismo ocurre para el caso del despido incausado, “en la medida que el pago de devengados procede única y excepcionalmente en el supuesto de despido nulo”.⁹⁴ Finalmente, ante un despido arbitrario por no haberse probado la causa en juicio, el trabajador sólo tiene derecho a una indemnización tarifada como “única reparación por el daño sufrido”.⁹⁵

Estas diferencias en cuanto al remedio específico de cada clase de despido nos permiten reafirmar la necesidad apremiante de que el legislador peruano incluya como causal expresa de nulidad al despido violatorio del derecho de la desconexión digital. Y es que, a nuestro criterio, tanto el pago de una indemnización tarifada como la mera reposición al centro de trabajo, sin el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por causa del empleador, y después de haber transcurrido por la vía judicial, son insuficientes para servir como remedios eficaces ante la diversidad de derechos laborales fundamentales vulnerados.

Precisamente, en relación con esta última idea —y en tanto el legislador nacional no modifique el listado cerrado de los supuestos de nulidad de despido—, estimamos que la solución a nivel de remedio procesal pasa por solicitar la reposición a través una acción de amparo, al tratarse de un despido lesivo de derechos fundamentales. Como acota Blancas, “en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante éste de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que, en esta vía procesal constitucional, sólo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional”.⁹⁶ Dado el carácter instrumental de la desconexión, su relevancia constitucional queda plenamente acreditada: su efectividad no sólo se traduce en garantizar un tiempo de descanso, sino que la transgresión al mismo supone también la transgresión de diversos dere-

⁹³ Al respecto, la Cas. Lab. 3776-2015-La Libertad es clara al establecer que: “El despido fraudulento y el despido nulo, son dos tipos de despido distintos uno del otro, por lo que los alcances del artículo 40 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728... se encuentra referida al pago de las remuneraciones devengadas en un supuesto único y excepcional como es el pago de periodos no laborados derivados de un despido nulo; por lo que no resulta aplicable por interpretación extensiva ni por analogía a otros supuestos no previstos expresamente en la ley, en la medida que el despido fraudulento tiene como consecuencia únicamente la reposición”.

⁹⁴ Cas. Lab. 6744-2014-Lima.

⁹⁵ Segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL.

⁹⁶ Blancas Bustamante, Carlos, *op. cit.*, p. 498.

chos fundamentales como la salud, la intimidad, y la conciliación con la vida familiar.

Así las cosas, el principal remedio con el que cuentan los trabajadores afectados por un despido lesivo de derechos fundamentales —que comprende al que resulte contrario al derecho a la desconexión digital—, pasa por acudir a la vía del amparo para solicitar la reposición al “estado anterior a la violación de un derecho constitucional”.⁹⁷ Aunque ello sólo implique la reposición al centro de trabajo —y no el pago de remuneraciones devengadas—, de forma posterior, y en otro proceso distinto al amparo, se podrá solicitar el pago de una indemnización por lucro cesante o daño emergente que resarza el daño sufrido por la conducta de mala fe del empleador. Al margen de ello, dada la magnitud de los derechos involucrados, y al ser este particular despido un evidente acto ilegítimo y pluriofensivo de derechos fundamentales, consideramos que el juzgador debería evaluar la dimensión de la transgresión, así como la posibilidad de otorgar al trabajador todos los remedios contemplados para un despido nulo.

Finalmente, ante un supuesto de vulneración del derecho a la desconexión, no puede descartarse la alternativa que tiene el trabajador de acudir a la figura del despido indirecto. Así, recordemos que hemos establecido anteriormente que, por su gravedad, las reiteradas órdenes del empleador durante los periodos de desconexión pueden calificar como actos de hostilidad; en esa medida, sería correcto indicar que estos actos habilitan al trabajador a optar por el despido y demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario, para lo cual deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 30 de la LP-CL. Ha indicado con acierto la Corte Suprema que “los actos de hostilidad constituyen precisamente supuestos en los cuales el empleador se excede en sus facultades de dirección, por lo que en estos casos se faculta al trabajador a solicitar el cese de la conducta hostil o equiparar dicha conducta a un acto de despido indirecto”.⁹⁸

3. *El derecho a la desconexión digital en el Perú. Una regulación incompleta*

Habiendo desarrollado la naturaleza, orígenes y principales características del derecho a la desconexión digital, en el presente acápite centraremos nuestra atención en la incorporación de este derecho en el ordenamiento laboral

⁹⁷ Artículo 1 del vigente Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307.

⁹⁸ Cas. Lab. 16400-2014-Lima.

peruano. Empezaremos con una brevísimas revisión en perspectiva histórica de la limitación del tiempo de trabajo en el Perú y su (in)eficacia a través de los años, para luego proceder a desarrollar cuál es el rol que, según nuestra visión, debería ocupar la desconexión digital en el escenario nacional tras su consagración legislativa.

4. *La regulación de la jornada de trabajo en el Perú en perspectiva histórica*

La regulación del tiempo de trabajo —y de su inobservancia— en el Perú data de mucho tiempo atrás. Así, ya en 1593, las Leyes de Indias dictadas por Felipe II de España establecían una jornada de trabajo para los obreros de las fortificaciones y fábricas de la época de 8 horas diarias, 4 en la mañana y 4 en la tarde, repartidas durante el día de la manera más conveniente, a fin de librarlos de las inclemencias del tiempo y de preservar su salud (libro III, título VI, ley VI).⁹⁹ No obstante, estas disposiciones no se cumplieron.¹⁰⁰ Siglos después, ya en la era industrial, concretamente en 1913 y en un escenario de constantes huelgas en el puerto del Callao, el Estado peruano reconoció por primera vez, mediante una Resolución Suprema, el derecho a una jornada de 8 horas, aunque circunscrita a los obreros del citado puerto.¹⁰¹ De igual forma, en 1917, producto de una multitudinaria huelga de jornaleros en Huacho, éstos obtuvieron el reconocimiento de la jornada de 8 horas de trabajo para los obreros de dicha región.¹⁰² Al año siguiente, se promulgaron las leyes 2851 y 3010, que establecieron disposiciones relativas al tiempo de trabajo y al descanso semanal y en días festivos.

Un hito relevante en esta evolución normativa se produce en 1919, pues ese año, coincidente con la fundación de la OIT y de la dación del Convenio

⁹⁹ Montenegro Baca, José, “Estudio de las Leyes de Indias en las facultades de derecho latinoamericanas”, I *Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, 1965, p. 230, esta disposición, junto a otras como las referidas a libertad de trabajo, descansos y pago de un jornal justo, permiten identificar en el derecho indiano las bases del derecho del trabajo: “un genial anticipo del derecho del trabajo y del derecho social de nuestros días”.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Motta Villegas, Juan, “Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano”, *Themis*, Perú, núm. 73, 2018, p. 218.

¹⁰² Benza Pflücker, Manuel, “Irene Salvador Grados: primera mártir de la lucha social en el Perú huacho en la historia de las luchas político-sociales”, *Sociología7* - Blog colaborativo para una sociología posible, 2011, fecha de consulta: 7 de julio de 2021, disponible en: <https://sociologia7.wordpress.com/2011/03/10/irene-salvador-grados-primer-martir-de-la-lucha-social-en-el-peru-huacho-en-la-historia-de-las-luchas-politico-sociales-por-manuel-benza-pflucker/>.

1, sobre las horas de trabajo en la industria,¹⁰³ se reconoció a nivel nacional la jornada laboral de 8 horas para todos los obreros. Al respecto, conviene resaltar que las normas de 1913 y 1919, que regularon la jornada laboral de 8 horas, fueron producto de la acción sindical directa y de sendos procesos de negociación entre las organizaciones sindicales, los empleadores y el gobierno.¹⁰⁴ Este dato evidencia el origen negociado y la importancia del movimiento sindical en dichos procesos —a lo largo del tiempo—, de las normas vinculadas al tiempo de trabajo, similar a lo que viene ocurriendo con la gestación del derecho a la desconexión digital.

Por su parte, los textos constitucionales de 1920 y 1933 no establecieron una jornada máxima de trabajo, limitándose a señalar, en ambos casos que “*la ley fijará las condiciones máximas de trabajo*”.¹⁰⁵ Así, la primera Constitución peruana en establecer de manera expresa la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales es la de 1979; siendo que además reconoció el pago de horas extras, el descanso semanal remunerado y las vacaciones anuales pagadas.¹⁰⁶

Ya en épocas más recientes, en la década de 1990 el ordenamiento laboral peruano fue objeto de una drástica reforma a la baja, incluidos los temas referidos al tiempo de trabajo. Sobre estos cambios normativos, Guzmán Barrón reseña que:

La Constitución Política de 1993, a diferencia de la anterior, ya no regula la reducción de la jornada ordinaria, las horas extras, ni el trabajo nocturno. Bajo este nuevo marco constitucional... [continúa] una reforma flexibilizadora de la legislación laboral dada durante los cinco años anteriores. Así, el decreto supremo 05-95-TR derogó la Ley 4239 (que regulaba el descanso compensatorio para menores de edad por laborar los sábados en la tarde), entre otras normas; [promulgándose] el decreto legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que derogó el decreto Ley 26136, el cual —tras las modificaciones introducidas por la Ley

¹⁰³ Aunque cabe precisar que nuestro país recién ratificó dicho Convenio el 8 de noviembre de 1945.

¹⁰⁴ Motta Villegas, Juan, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁵ Artículo 47 de la Constitución de 1920 y artículo 46 de la Constitución de 1933.

¹⁰⁶ Artículo 44 de la Constitución de 1979: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente... Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios”.

27671— dio lugar al actual decreto supremo 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre-tiempo, y a su Reglamento, aprobado mediante decreto supremo 008-2002-TR. Años más tarde, se publicó el decreto supremo 004-2006-TR, relativo al registro de control de asistencia y de salida, y que completa el marco legal vigente.¹⁰⁷

La última norma citada tuvo como propósito procurar un mayor control del cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y del trabajo en sobretiem-po en las empresas, ante una situación que evidenciaba jornadas mayores a las 8 horas diarias o 48 semanales, y sobretiempos de facto (no consentidos por los trabajadores) sin el pago de la retribución correspondiente.

Adicionalmente, a lo largo de los años el Perú ha ratificado diversos trata-dos internacionales relacionados a la limitación del tiempo de trabajo. Así, se aprecian la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7.d), el Protocolo de San Salvador (artículo 7, incisos g) y h); al igual que diversos convenios de la OIT: Convenio 1 (horas de trabajo en la industria), Convenio 14 (descanso semanal en la industria), Convenio 52 (vacaciones pagadas), Convenio 79 (trabajo nocturno no industrial de menores), convenio 90 (trabajo industrial de menores) y Convenio 101 (vacaciones pagadas en la agricultura). De esta manera, la jornada de trabajo está regulada en el Perú por la Constitución de 1993 (artículo 25), el decreto legislativo 713 (sobre descansos obligatorios) y su reglamento (decreto supremo 012-92-TR), los decretos supremos 007-2002-TR, 008-2002-TR y 004-2006-TR; así como los instru-mentos internacionales citados. Finalmente, completan el marco normativo la mencionada nueva Ley de Teletrabajo (Ley 31572) y su respectivo Reglamen-to (decreto supremo 002-2023-TR); que reconocen expresamente el derecho a la desconexión digital.

Este breve repaso normativo nos permite confirmar que, en nuestro país —pero seguramente coincide con lo ocurrido en otras latitudes—, hemos transitado por un número significativo de normas de origen y ámbito distin-tos (constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias) que han regu-lado y establecido límites claros a la jornada laboral; sin embargo, no ha sido posible generar en gran parte de los empleadores una cultura de respeto y cumplimiento de los tiempos asignados al trabajo y al descanso.

¹⁰⁷ Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, *op. cit.*, p. 194.

Esta situación refleja un mal estructural, arraigado de nuestro sistema de relaciones laborales, que se evidencia a lo largo de la historia peruana,¹⁰⁸ y que, por desgracia, lejos de amainar, va en ascenso. En épocas más recientes continuamos siendo testigos de la extensión fáctica de las jornadas de trabajo, del trabajo en sobretiempo como regla general, sin el consentimiento de los trabajadores y sin, necesariamente, la debida retribución. Al respecto, una investigación realizada por Yamada demostró que en el último cuarto del siglo pasado se produjo un incremento en las horas trabajadas por semana en el Perú urbano.¹⁰⁹ Este estudio determinó que para 1985 los hombres en el Perú laboraban en promedio 50.5 horas a la semana; mientras que para inicios del nuevo siglo esta cifra aumentó a 59.3 horas. Además, analizando sólo el caso de Lima Metropolitana, el promedio de horas trabajadas tanto por hombres como por mujeres en 1994 era de 49.9 horas por semana; siendo que tal promedio aumentó a 50.1 horas para el año 2000.¹¹⁰ Con el nuevo siglo el panorama no cambió en absoluto; siendo que para el caso de Lima Metropolitana “el 33.4% de los trabajadores tuvo jornadas de más de 60 horas semanales en el año 2002 y 18.5% tuvo jornadas de más de 70 horas”.¹¹¹

Para finalizar este desolador recuento, conviene insistir en lo señalado líneas arriba, sobre cómo la irrupción en el mundo del trabajo de las TIC y la facilitación por esa vía de determinadas actividades en el domicilio del trabajador ha supuesto el “desdibujamiento”, cada vez más notorio, entre los tiempos de trabajo y de descanso; situación que se vio agravada en el contexto de la pandemia de la COVID-19. Así, si bien con una muestra modesta, una encuesta realizada por Edenred en 2021 a más de mil trabajadores en Lima y provincias advirtió que el 73% de encuestados alegó un incremento de su carga laboral entre 1 a 5 horas por día a propósito de la pandemia.¹¹² Con ello,

¹⁰⁸ Levano, César, *Las ocho horas: la historia real de una conquista exclusivamente obrera. Edición del centenario*, Perú, Sinco Editores, 2019, p. 26, y Motta Villegas, Juan, *op. cit.*, p. 217. Recuérdese que para 1904, los trabajadores del puerto del Callao ya reclamaban mejores condiciones laborales, incluyendo el respeto por una jornada laboral de ocho horas. No obstante, los reclamos materializados en la huelga de dicho año devinieron en la muerte del estibador Florencio Aliaga, quien es considerado el primer mártir de las ocho horas en el Perú.

¹⁰⁹ Yamada Fukusaki, Gustavo, *Horas de trabajo: determinantes y dinámica en el Perú urbano*, Perú, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2005, pp. 11 y 12.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Yamada Fukusaki, Gustavo y Gallegos, José, “Más horas de trabajo: ¿quiénes y por qué?”, *Economía y Sociedad*, Perú, núm. 55, 2005, p. 16.

¹¹² Edenred, “Situación laboral tras un año de la pandemia”, *Barómetro Edenred Perú 2021*, Perú, 2021, fecha de consulta: 11 de marzo de 2022, disponible en: <https://blog.edenred.com.pe/invertir-en-plataformas-digitales-para-atraer-más-clientes>.

se reafirma la necesidad de crear en los hechos una cultura de respeto hacia los tiempos de trabajo y de descanso, para así lograr una adecuada y efectiva tutela de estos derechos y de otros derechos fundamentales inmersos en esta problemática. Sobre todo, se confirma la necesidad de instaurar una cultura donde el reconocimiento del derecho a la desconexión digital pueda desplegar toda su eficacia garantista.

IV. LA NORMATIVA SOBRE DESCONEXIÓN DIGITAL

A las normas que regulan la jornada de trabajo y el descanso de los trabajadores, se han sumado desde 2020, en el contexto de la pandemia de la COVID-19, el decreto de urgencia 127-2020 y el decreto supremo 004-2021-TR, incorporando, por esta vía en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la desconexión digital. Con la publicación de la nueva Ley de Teletrabajo y su Reglamento, la incorporación de este derecho ha quedado consolidada. Dado que este derecho tiene como una de sus funciones principales garantizar el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo, conviene detenernos antes en lo que se entiende como tiempo de trabajo de la jornada laboral. Son tres criterios los que suelen utilizarse para definir el tiempo de trabajo. Así, puede entenderse a la jornada laboral como *a)* tiempo efectivo de trabajo; *b)* como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo, o *c)* como tiempo a disposición del empleador en general.¹¹³ Nuestro ordenamiento, como acota Ulloa, se decanta por el segundo criterio a partir de la presunción de trabajo en sobretiempo contenida en el artículo 7¹¹⁴ del decreto supremo 004-2006-

¹¹³ Montenegro citado por Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla La Mancha, tesis doctoral, 2016, p. 31.

¹¹⁴ Artículo 7. Presunciones: Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.

Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR, en donde al trabajador, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en sobretiempo, se configurará una situación de trabajo impuesto sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a lo dispuesto por dicha norma.

TR.¹¹⁵ Además, tal criterio ha sido acogido por nuestra Corte Suprema, pues ésta ha señalado que

...el tiempo que el trabajador utiliza para cambiarse de ropa, cuando la labor lo exige, debe incluirse dentro de la jornada de trabajo, *en razón a que el trabajador ya ingresó a su centro laboral a trabajar y está a disposición del empleador, no siendo justificable ni legal desconocer dicho lapso de la jornada ordinaria de trabajo*¹¹⁶ (cursivas agregadas).

Sin embargo, el problema con este criterio es que no resulta útil cuando el trabajador no tiene un centro de trabajo definido,¹¹⁷ habiendo quedado claramente desfasado a partir de la deslocalización de labores ocurrida en múltiples actividades producto del uso de las TIC. Ello, además, se evidencia en épocas recientes en las que el trabajo se presta de manera remota en el domicilio del trabajador y no en las instalaciones del empleador. Esto nos conduce a la adopción del tercer criterio que entiende a la jornada laboral como el tiempo de disposición en general al poder de dirección del empleador.

En tal sentido, consideramos que la forma más apropiada para tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores puestos en jaque por el impacto adverso del uso de las TIC en las relaciones laborales, así como delimitar adecuadamente los espacios de trabajo en la era digital, consiste en la equiparación plena de la jornada de trabajo con el tiempo del trabajador a disposición de las direcciones del empleador. Por lo demás, advertimos también la presencia de este criterio en algunas sentencias de la Corte Suprema. Así, dicho colegiado ha afirmado que “la jornada de trabajo u horario de trabajo debe entenderse como *el lapso de tiempo durante el cual el trabajador debe prestar servicios al empleador según lo pactado en el contrato de trabajo, siendo en este espacio de tiempo que el trabajador se obliga a poner su actividad laboral a favor del empleador*”¹¹⁸ (cursivas agregadas). De hecho, tal es el criterio que la norma reglamentaria adopta respecto de la desconexión digital, toda vez que establece que el tiempo de desconexión “se extiende entre el término de una jornada diaria de

¹¹⁵ Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición. Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, SPDTSS, 2015, p. 870.

¹¹⁶ Cas. Lab. 9387-2014-Lima Norte.

¹¹⁷ Ulloa Millares, Daniel, *op. cit.*, p. 873.

¹¹⁸ Con igual redacción, la Cas. Lab. 3577-2015-Callao y la Cas. Lab. 12502-2016-Callao. En igual sentido, la Cas. Lab. 29960-2014-Lima.

trabajo y el inicio de la siguiente”.¹¹⁹ Y, desde nuestro punto de vista, idéntica es la postura asumida por el convenio 30 de la OIT, pues de manera expresa establece en su artículo 2 que: “la expresión *horas de trabajo* significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”. Aunque el Perú no haya ratificado este convenio, no cabe duda de su valor orientador e interpretativo en este tema.

Al margen de lo anterior, algunas cuestiones quedan pendientes en cuanto a la vigencia de este derecho en el ordenamiento peruano. De hecho, la duda sobre la transitoriedad de su regulación mediante disposiciones excepcionales a raíz de la pandemia, y la posibilidad de que al finalizar el estado de emergencia la desconexión digital como derecho de los trabajadores perdiera su reconocimiento y dejara de ser exigible, se ha disipado con la nueva norma sobre el teletrabajo; aunque sigue siendo válido el planteamiento de un sector de la doctrina de contar con una ley especial que la regule.¹²⁰ En cualquier caso, e independientemente de esta opción legislativa, debe quedar establecido que la vigencia de la desconexión digital como derecho, junto con el contenido que el mismo pretende tutelar, no obedece a su reconocimiento por parte de una norma legal. Y es que, al tratarse fundamentalmente del respeto al derecho al descanso en la era digital, éste, junto con los derechos conexos al mismo —como salud, intimidad, conciliación de la vida familiar, entre otros—, no se circunscriben al teletrabajo o a determinada forma de trabajo a distancia. Por el contrario, la eficacia y la exigibilidad de aquello que entendemos por desconexión digital se desprende del carácter fundamental de los derechos que integran su contenido, de forma tal que su vigencia excede la de una norma que regule determinada modalidad de trabajo.

Por otro lado, cabe también preguntarse cómo se materializa el poder de dirección —en especial, la facultad sancionadora— del empleador en relación con la desconexión digital. De conformidad con lo esbozado líneas arriba, el doble contenido de la desconexión digital precisamente limita el poder

¹¹⁹ Artículo 9-A.3 del decreto supremo 010-2020-TR, este último modificado por decreto supremo 004-2021-TR. Cabe resaltar que igual criterio es adoptado por la nueva Ley del Teletrabajo, recientemente aprobada por el Congreso. Así, esta propuesta contempla que la desconexión digital “garantiza gozar de tiempo libre con motivo de un descanso, incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo, el descanso semanal obligatorio, el periodo vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, así como los permisos y licencias por accidentes o enfermedad, y otros”.

¹²⁰ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, *op. cit.*, p. 85.

sancionador del empleador, toda vez que al estar impedido de dictar órdenes fuera de la jornada, el incumplimiento de las mismas por parte del trabajador no es meritorio de sanción. En este sentido, el artículo 24.3 del RLIT precisa que el empleador “respetar el derecho a la desconexión digital garantizando que en ese periodo [los teletrabajadores] no estén obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que requieran la conexión del teletrabajador fuera del horario laboral”.

Nótese así que la norma sobre desconexión digital responde a la misma lógica que la regulación del trabajo en sobretiempo establecida en la LJ.T. En efecto, el segundo párrafo del artículo 9 de la indicada LJ.T indica que “nadie puede ser obligado a trabajar horas extra, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”. Y es el Reglamento de dicha norma la que delimita esta excepción al establecer que el caso fortuito o fuerza mayor debe ser inevitable, imprevisible e irresistible, siendo que en tal caso el trabajo es obligatorio.¹²¹ Pues bien, aplicando tal razonamiento a la desconexión digital, en principio, las órdenes dictadas fuera de la jornada de trabajo, así como aquellas dadas con anterioridad pero que pretendan ser ejecutadas durante los periodos de descanso, carecen de efectos inmediatos hasta el retorno a las labores, salvo que: *a)* se produzca un acuerdo para la realización de las mismas en calidad de sobretiempo, o *b)* se trate de un caso fortuito o de fuerza mayor. Por consiguiente, cuando cualquiera de estos supuestos se produzca, la facultad disciplinaria del empleador recobra su potencialidad y, de ser el caso, podría hacerse efectiva ante el eventual incumplimiento de labores. Sin embargo, debemos insistir en que se tratan de supuestos excepcionales, siendo la regla general que el poder de dirección del empleador queda limitado durante los periodos de desconexión.

Por lo demás, otra interrogante en torno a esta regulación radica en el alcance subjetivo de este derecho. De esta forma, cabe preguntarse si todos los

¹²¹ Artículo 19 del decreto supremo 008-2002-TR, Reglamento de la LJ.T: “Para los fines del artículo 9 de la Ley, constituye caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que haga necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. En este caso el trabajo en sobretiempo es obligatorio para el trabajador y se remunera con la sobretasa que establece el artículo 10 de la Ley”.

trabajadores gozan de este derecho en la misma medida. El artículo 22.3 de la LTT responde tal cuestión al establecer que

...para los teletrabajadores de dirección, para los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata y para los que presten labores intermitentes o hubieran distribuido el tiempo de su jornada laboral, se establece un lapso diferenciado de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral, a fin de que puedan ejercer su derecho de desconexión.

Esta es una disposición que no puede pasar inadvertida, por varias razones. En primer lugar, porque está estableciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un periodo de descanso de doce horas continuas, es decir, que entre una jornada de trabajo y la siguiente deben transcurrir, como mínimo, doce horas de inactividad laboral. Por su naturaleza y finalidad, estamos ante una norma de derecho necesario relativo que no admite su desmejora, pero sí la ampliación del periodo de descanso. En segundo lugar, porque reconoce y garantiza a todos los trabajadores sin distinción el derecho a la desconexión digital; y hace bien, porque suele pensarse —equivocadamente— que un trabajador de dirección o uno de confianza no sujeto a fiscalización, o aquellos que la realizan de manera intermitente o discontinua, por tener jornadas de trabajo que pueden considerarse flexibles, no requieren descansar o que su jornada laboral conozca de límites. Sin embargo, para esta clase de trabajadores, ante la ausencia de fiscalización en el cumplimiento de su jornada laboral, se opta por establecer un periodo de desconexión continua. Finalmente, porque la indicada norma tiene un impacto directo en el trabajo en sobretiempo, de modo tal que, en ningún caso, las horas extras pactadas entre un trabajador y su empleador deberían superar las cuatro horas diarias.

Ahora bien, y para finalizar, consideramos conveniente precisar que las normas analizadas no regulan de manera integral toda la problemática de la desconexión digital, y difícilmente podrían hacerlo considerando que es un tema complejo y con múltiples aristas. Se trata, pues, de una regulación que debe ser completada con otras o nuevas medidas dirigidas a convalidar la eficacia del derecho a la desconexión digital, y que no se agotan en la heteronomía estatal como forma exclusiva de regulación de la desconexión digital. Así, en símil con la experiencia comparada, es posible recurrir a la autonomía colectiva para que a través de la negociación y de los acuerdos resultantes de ella se establezcan mecanismos de reforzamiento o protección de los tiempos

de desconexión. Por ejemplo, como ocurre en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, íntimamente vinculado al tema que venimos analizando, los empleadores tienen la obligación de viabilizar los principios de prevención y protección, cuyo propósito es, entre otros, garantizar la salud y el bienestar de los trabajadores. En esta tarea pueden contar con la participación de los trabajadores y, en esa línea, podría pactarse con ellos la creación de comisiones o comités paritarios en la empresa, encargados de promover y gestionar el respeto del derecho a la desconexión digital. Para ello, dicho órgano debería poder recibir denuncias de los posibles trabajadores afectados, y emitir los informes o exhortaciones según cada caso en concreto.

Otra alternativa es la autorregulación empresarial. El empleador tiene la responsabilidad de generar una cultura de cumplimiento de la normativa laboral en la empresa; en particular, el personal de dirección debería tener claro cuáles son sus obligaciones y limitaciones en el tema de la desconexión digital o laboral. Para ello, del empleador, en ejercicio de su facultad normativa, derivada del poder de dirección, debería establecer y desarrollar las políticas empresariales que garanticen la vigencia del derecho de desconexión, mediante códigos de conducta o incorporándolas en el reglamento interno de trabajo, que, conforme a lo establecido en el decreto supremo 031-91-TR, “determina las condiciones a las que deben sujetarse el empleador y los trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones” (artículo 1).

En ese sentido, consideramos que una política empresarial sobre desconexión digital debería comprender, al menos, lo siguiente: *a*) indicaciones precisas sobre el tiempo de trabajo: jornada, horario y periodos de descanso dentro de la jornada y luego de terminada ésta; *b*) señalamiento expreso del derecho a la desconexión de los trabajadores y lo que supone éste, en particular, la facultad de los trabajadores de no acatar las órdenes o encargos recibidos en el tiempo de descanso o desconexión sin que por ello incurran en responsabilidad; *c*) imposibilidad de cualquier directivo o funcionario de la empresa (que ejerza poder de dirección) de dar instrucciones o encargos a los trabajadores en los periodos de descanso o desconexión; *d*) medidas disciplinarias que se pueden adoptar contra dicho personal directivo en caso de incumplimiento, y *e*) establecimiento de las instancias y del procedimiento correspondiente que deben seguir los trabajadores ante el incumplimiento de la empresa del derecho en cuestión.

En cualquier caso, está claro que el empleador no podrá contravenir los límites o pisos mínimos establecidos por la legislación o el convenio colectivo que resulte aplicable. Así, por ejemplo, no podría ampliar los supuestos

excepcionales en los que se producirá válidamente el trabajo en sobretiem-
po. Y es que, en consonancia con una reciente sentencia de la Sala Social de
la Audiencia Nacional española, consideramos que “los límites al derecho a la
desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente
el empresario”.¹²² A esto agregamos, conforme a lo precisado en este trabajo,
que esta lógica no es única del teletrabajo o del trabajo remoto; por el contra-
rio, la promoción, el respeto y la garantía de los tiempos de descanso alcanzan
a todo tipo de actividad laboral.

V. CONCLUSIONES

- La necesidad de regular y limitar el tiempo de trabajo ha estado presente desde los inicios del derecho del trabajo; ello con el propósito de salvar otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad y la misma dignidad del trabajador.
- La implementación de las TIC en las relaciones laborales, si bien acarrea ventajas para la gestión empresarial, también supone un “desdibujamiento” entre los tiempos de trabajo y de descanso. Es en dicho escenario que el derecho a la desconexión digital cobra notoriedad e importancia.
- El derecho a la desconexión digital es un derecho instrumental, en el sentido que la protección de los tiempos de descanso o desconexión permite garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales como el ocio, la salud, la intimidad y la conciliación del trabajo con la vida familiar.
- El debate sobre la novedad y naturaleza del derecho a la desconexión digital pasa a un fútil segundo plano al considerar la necesidad de reforzar y garantizar en la actualidad los derechos fundamentales vinculados al tiempo de descanso. Así, aunque en sentido estricto no se introduzca una novedad jurídica respecto a los derechos tutelados, estimamos que su regulación expresa sí contribuye a promover el cumplimiento efectivo de todos los derechos involucrados.
- La desconexión digital posee un doble contenido que se presenta como las dos caras de una moneda o un mismo derecho manifestado en

¹²² Sentencia 00044/2022, de la Audiencia Nacional (Sala Social) de Madrid. ROJ: SAN 1132/2022.

- momentos distintos: por un lado, la obligación del empleador de no perturbar al trabajador en sus tiempos de descanso; y, de otro, la facultad del trabajador de rechazar válidamente las órdenes de su empleador durante dicho periodo sin ser pasible de sanción alguna por tal rechazo.
- A diferencia de las pioneras experiencias a nivel comparado, la introducción de la desconexión digital en el Perú deriva de una iniciativa legislativa enmarcada en una situación de pandemia. Este hecho, sin embargo, no debe suponer que la esencia y finalidad de la desconexión se limiten a la vigencia de la crisis sanitaria o una particular modalidad de trabajo (trabajo remoto o teletrabajo).
 - En el Perú, pese a las reiteradas normas que a lo largo de los años han regulado los límites al tiempo de trabajo, se aprecia un incumplimiento sistemático de dicha normativa. Por ello, estimamos que la incorporación de la desconexión digital requiere además de novedosos mecanismos, tanto de origen convencional como por iniciativa empresarial, que refuercen la efectividad de la desconexión digital. No obstante, la reciente ley de teletrabajo y su reglamento, si bien se encaminan en esa dirección, solo han dado cuenta de manera parcial la problemática descrita en el presente artículo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra Editores, 2008.
- AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, “Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral”, *Temas de la Agenda Pública*, Chile, núm. 119, 2019.
- BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine, *La desconexión laboral en la Ley 2191 de 2022*, Blog del Departamento de Derecho Laboral. Universidad Externado de Colombia, 2022, disponible en: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-desconexion-laboral-en-la-ley-2191-de-2022/>.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías: el derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios”, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Perú, 2020.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Perú, Jurista Editores, 2013.
- BOZA PRÓ, Guillermo y BRIONES ZEGARRA, Joaquín, “Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de plataformas digitales”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021.
- BOZA PRÓ, Guillermo, “Prólogo”, en VARGAS RASCHIO, Tino, *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*, Perú, Gaceta Jurídica, 2021.
- BURDEL, Paul, “Le droit a la déconnexion”, *Iuslaboris France*, 2017, disponible en: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2017/10/M%C3%A9moire-Le-droit-%C3%A0-la-d%C3%A9connexion.pdf>.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio y SIERRA HERRERO, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, 2020.
- CAMPOS, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019.
- CAVALIÉ CABRERA, Paul, *Reflexiones sobre los criterios de agravamiento de la sanción inspectiva laboral a la luz de los principios del derecho administrativo sancionador*, Lima, PUCP, tesis para optar el grado de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2020.
- CHIRA RIVERO, Guillermo y TÁVARA ROMERO, Melissa, “Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo”, *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho USAT*, Perú, vol. 9, núm. 2, 2020.
- CIALTI, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 137, 2017.
- Edenred, “Situación laboral tras un año de la pandemia”, *Barómetro Edenred Perú 2021*, Lima, 2020, disponible en: <https://blog.edenred.com.pe/invertir-en-plataformas-digitales-para-atraer-más-clientes>.
- GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Riesgo y oportunidades de la aplicación del *big data* a la gestión de los recursos humanos transnacionales. Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021.
- GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia, “¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021.

- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, “Poder de dirección del empleador”, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM-AIADTSS, 1997.
- LEVANO, César, *Las ocho horas: la historia real de una conquista exclusivamente obrera. Edición del centenario*, Lima, Sinco Editores, 2019.
- LÓPEZ, Wilson, *La necesidad de regular el derecho la desconexión digital frente a la implementación del trabajo remoto y el teletrabajo*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho de la empresa, 2021.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013.
- MARTÍNEZ PEÑAS, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española: Ley Benot”, *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, España, vol. 1, 2011.
- MARTONE, Michel, “El *smart working* o trabajo ágil en el ordenamiento italiano”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, España, núm. 1, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús y TOLOSA TRIBIÑO, César, *Derecho administrativo laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- 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 de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017.
- MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019.
- MONTENEGRO BACA, José, “Estudio de las Leyes de Indias en las Facultades de Derecho Latinoamericanas”, *I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, 1965.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 71, 2013.
- MOTTA VILLEGAS, Juan, “Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano”, *Themis*, núm. 73, 2018.
- OIT, “Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”, Informe conjunto OIT-Eurfound, Ginebra, 2019.

- OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Ginebra, 2019.
- PADILLA PARGA, Roberto, “Derecho a la desconexión digital en la Ley de Trabajo a Distancia y Teletrabajo chilena. Un análisis desde un enfoque de derechos fundamentales laborales”, *Derecho del Trabajo*, Chile, núm. 24, 2020.
- PÉREZ CAMPOS, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019.
- PIZZOFERRATO, Alberto, “Transformation of work: Challenges to labor law: Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho de trabajo*, 2a. ed., Argentina, Depalma, 1978.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, 2a. ed., Perú, Palestra Editores, 2007.
- PUNTRIANO ROSAS, César, “La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú”, *Laborem*, núm. 23, 2020.
- QUINÓNEZ LÓPEZ, Sonia, *Protección y alcance del derecho al descanso frente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2021.
- ROSENBAUM CARLI, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho y Sociedad*, Perú, núm. 53, 2019.
- RPP, “Trabajo remoto: un 85% de limeños considera que labora más horas que antes de la pandemia”, Lima, 2020, disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862>.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Euskadi, núm. 17, 2019.
- TRUJILLO PONS, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- ULLOA MILLARES, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla La Mancha, tesis doctoral, 2016.
- ULLOA MILLARES, Daniel, *El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición, Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, SPDTSS, 2015.
- YAMADA FUKUSAKI, Gustavo, *Horas de trabajo: determinantes y dinámica en el Perú urbano*, Lima, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2005.
- YAMADA FUKUSAKI, Gustavo y GALLEGOS, José, “Más horas de trabajo: ¿quiénes y por qué?”, *Economía y Sociedad*, Perú, núm. 55, 2005.