

# La jornada laboral en el trabajo remoto y la desconexión digital

## The working day in remote work and digital disconnection

**ÁLVARO GARCÍA MANRIQUE\***

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: alvaroegm@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0002-8876-8959>

**RESUMEN:** En el presente artículo, el autor tiene por objetivo analizar la naturaleza jurídica del derecho a la desconexión digital y sus mecanismos de protección por parte de la Inspección del Trabajo. Para ello, previamente se estudia el origen y las principales características del trabajo remoto en el Perú, por ser la modalidad para la cual se ha creado el derecho a la desconexión digital. Sin embargo, para el autor este novedoso derecho debe extenderse a todo trabajador, incluyendo aquellos que realizan trabajo presencial.

**PALABRAS CLAVE:** Trabajo remoto, Covid-19, trabajo a distancia, jornada de trabajo, fiscalización inmediata, desconexión digital, inspección del trabajo, Sunafil

**ABSTRACT:** In this article, the author aims to analyze the legal nature of the right to digital disconnection and its protection mechanisms by the Labour Inspection. For this, the origin and main characteristics of remote work in Peru are previously studied, as it is the modality for which the right to digital disconnection has been created. However, for the author, this novel right should be extended to all workers, including those who carry out on site work.

**KEYWORDS:** Remote work, Covid-19, working day, direct surveillance, digital disconnection, labor inspection, Sunafil

**Recibido:** 03/08/2022

**Aceptado:** 12/09/2022

**Publicado en línea:** 28/09/2022

**SUMARIO:** I. El trabajo remoto como medida de urgencia. II. La protección de la jornada máxima de trabajo. III. El derecho a la desconexión digital. IV. La fiscalización del respeto al derecho a la desconexión digital. V. Conclusión. Referencias.

\* Actualmente es Consejero en Vinatea y Toyama, Abogados.. Ex Intendente Nacional de Prevención y Asesoría de la Sunafil. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Administración de Negocios (MBA) por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), con especialidad en Recursos Humanos. Más de 16 años de experiencia profesional en relaciones laborales en instituciones privadas y públicas. Profesor de Derecho Laboral en la UPC y miembro del Comité Consultivo de la Carrera de Administración y Recursos Humanos en la misma Universidad.

## I. EL TRABAJO REMOTO COMO MEDIDA DE URGENCIA

Según la Real Academia Española, imprevisible es aquello que *“no se puede prever”*. Por su parte, prever es entendido como *“ver con anticipación”* o *“conocer por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”*.

Partiendo de estas premisas semánticas, la llegada del Covid-19 a nuestro país fue un suceso que, quizá, no cumpla al 100% con el requisito de imprevisibilidad pues ya desde los primeros meses del año 2020 en que la epidemia -aún no formalmente pandemia- venía azotando los continentes de Asia y Europa, era posible suponer que llegaría a Sudamérica y el Perú, indefectiblemente.

Lo que sí se puede asumir como evento imprevisible fue la disposición de los gobiernos -no solo el peruano- de que los ciudadanos se confinen en sus domicilios como medida de contención del nuevo virus, cuando el Covid-19 ya había sido decretado como pandemia en el mes de marzo de 2020 y los contagios se incrementaban exponencialmente. Al tratarse de un patógeno nuevo su comportamiento era desconocido por lo que la situación podía desbordar, como que en efecto desbordó. Ante ello, recordemos que los países, casi al unísono, empezaron a decretar medidas de ejecución inmediata como cuarentenas y confinamientos obligatorios.

54

¿Por qué nos detenemos en este punto? Porque, a nuestro criterio, ello explica la decisión del gobierno peruano de crear una figura nueva en nuestra legislación, nos referimos al trabajo remoto creado mediante Decreto de Urgencia N° 026-2020, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020, un (1) día antes del inicio de la llamada “cuarentena”.

Situémonos en los primeros meses del año 2020, el trabajo a distancia o fuera del centro de trabajo se encontraba regulado por el teletrabajo (Ley N° 30036 y su Reglamento) y, casi en el olvido, también por el trabajo a domicilio, aunque este último con normativa devenida en obsoleta pues sus disposiciones datan de antes del avance tecnológico de los tiempos modernos. En buena cuenta entonces, era el teletrabajo la única herramienta jurídica existente que compatibilice una medida como la cuarentena de un lado, y la continuidad de las actividades del otro.

Sin embargo, el teletrabajo no vino a tener el protagonismo que se hubiera querido en este contexto pandémico en que realmente se le podía necesitar. De

hecho, en su oportunidad se dio a conocer que, al inicio de la pandemia, no llegaban a 3,000 las personas vinculadas a través del teletrabajo a nivel nacional, por lo menos según la información que arrojaba la planilla electrónica. Al respecto, *“la pandemia del COVID-19 y las cuarentenas obligaron a que muchos trabajadores presten servicios desde casa. Según data oficial, en el Perú hemos pasado de 2,200 teletrabajadores a más de 240 mil asalariados en modo remoto en planillas”* (Toyama y Girao, 2021 p. 726).

La pregunta es ¿por qué?

Tal como está regulado en la Ley N° 30036 -por supuesto, vigente en marzo de 2020- el teletrabajo supone dos aspectos que, para nosotros, constituyen barreras de entrada: la necesidad de acuerdo para implementarlo y, sobre todo, la necesidad de acuerdo para mecanismo de compensación del costo de servicios, que debe asumir el empleador (energía, internet, etc.).

Aquí viene entonces a entrar en escena aquello de la “imprevisibilidad” que motivó la creación del trabajo remoto como alternativa al teletrabajo, con la urgencia que la situación ameritaba. La pandemia fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, el mismo día que se publicó el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, que declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el Covid-19, todo ello cuatro (4) días antes de disponerse la cuarentena y, reiteramos, de la creación del trabajo remoto.

Lo imprevisible no fue la llegada del Covid-19 al Perú sino la decisión del gobierno de implementar en el muy corto plazo una cuarentena obligatoria y de aplicación general a toda la ciudadanía, a excepción del personal de la salud, policial y otros que vinieron a conformar la “primera línea” de lucha contra la nueva enfermedad, así como el personal que laboraba para empresas que realizaban actividades esenciales (alimentos, medicinas, servicios financieros, entre otros).

Aquellas barreras antes señaladas que hacían poco atractivo (v.gr. inútil) al teletrabajo iban a impedir que, de manera inmediata, masiva y uniforme, los trabajadores dejen de asistir a los centros de trabajo para continuar con sus labores desde su domicilio o desde donde se hayan encontrado, a fin de cumplir con las disposiciones gubernamentales en la primera etapa de la pandemia. No iba a existir tiempo suficiente para que empleadores y trabajadores negocien, individual o colectivamente, las condiciones del teletrabajo de manera adecua-

da. Se precisaba, por lo tanto, de una figura similar en el fondo pero diferente en sus formas, que permita la rápida modificación del lugar de prestación de servicios sin que el empleador deba consultar al trabajador si desea acogerse o sin negociar cómo asumirá el empleador el costo de los servicios necesarios para su implementación. Así nació el trabajo remoto en nuestro país.

En este orden de ideas, el trabajo remoto no es más que la prestación de servicios realizada por el trabajador en un lugar diferente al centro de trabajo, generalmente su domicilio personal, por decisión del empleador en ejercicio del *ius variandi* y con permiso legal previo. Precisa necesariamente que las funciones del trabajador puedan ser realizadas a distancia y, a su vez, el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Dos de las disposiciones del Decreto de Urgencia N° 026-2020 recogen lo dicho:

*“Artículo 16.- Trabajo Remoto*

*El trabajo remoto se caracteriza por la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita”.*

*“Artículo 18.- Obligaciones del empleador y trabajador*

*(...)*

*18.1.3 Comunicar al trabajador la decisión de cambiar el lugar de la prestación de servicios a fin de implementar el trabajo remoto, mediante cualquier soporte físico o digital que permita dejar constancia de ello”.*

La implementación del trabajo remoto no supone, en estricto, un cambio del centro de trabajo, no es el tránsito de un centro de trabajo a otro. Es dejar el centro de trabajo y empezar a prestar los servicios en un lugar de distinta naturaleza, el domicilio del trabajador [u otro donde cumplía el aislamiento], que cuenta con una protección jurídica muy diferente. Es un lugar inviolable por mandato constitucional<sup>1</sup>.

1 “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

De ahí que, en la ejecución del contrato de trabajo, el tránsito al trabajo remoto fue una situación que entrañó múltiples desafíos para el empleador en lo referido a la gestión de riesgos laborales y el control del tiempo de trabajo, entre muchos otros aspectos. No obstante ello, es una figura que evolucionó muy bien pues hasta la fecha muchos empleadores lo siguen utilizando más allá de las exigencias legales para ciertos grupos de riesgo. A día de hoy, en tiempos distintos respecto del año 2020, hay empresas que ya han interiorizado el uso del trabajo remoto, quizá conjugándolo con el trabajo presencial.

Ahora bien, algunos empleadores se plantearon y plantean la posibilidad de implementar algún mecanismo -valiéndose de la tecnología- para verificar que su personal en trabajo remoto efectivamente esté realizando sus labores. Por ejemplo, a través de la geolocalización que permite identificar la ubicación de un dispositivo (smartphone, laptop, etc.) en tiempo real. De un lado, la necesidad de la empresa de vigilar el desempeño de su personal y, del otro, muy probablemente el recelo del trabajador de sentirse vulnerado en su intimidad.

La relación laboral tiene un elemento esencial que es la subordinación, por la cual el empleador fija las reglas en que se cumplirán los trabajos, asimismo, le permite introducir cambios en la forma y modalidad de prestación de las labores, aunque siempre bajo pautas de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, conforme lo dispone el artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

En efecto, dichas potestades no son absolutas, tienen límites: los derechos constitucionales del trabajador y la razonabilidad de la medida a implementar. El artículo 23 de la Constitución Política señala que *“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Cualquier medida del empleador debe empezar, primero, por respetar el ejercicio de esos derechos que no se pierden en el seno de la relación laboral, tales como secreto de las comunicaciones, libertad religiosa, libertad de expresión, etc., que igualmente son exigibles en el trabajo y existe vasta jurisprudencia que así lo respalda.

Por tanto, la implementación de mecanismos de geolocalización a fin de controlar al personal que migró al trabajo remoto, es una decisión que debía -y debe- primero pasar por este tamizaje. Creemos que no podría establecerse mecanismos que, por ejemplo, inmovilicen al trabajador o lo sancionen por

movilizarse (sancionarlo porque el GPS arrojó que se desplazó temporalmente a otro lugar a atender un asunto personal, o exigirle que esté conectado a la cámara web todo el día, son exigencias irrazonables), como también lo es pretender colocar cámaras de videovigilancia en el domicilio del trabajador remoto. Como se ha expresado, que trabaje en su casa no la convierte en el “nuevo” centro de trabajo, sigue siendo el domicilio inviolable del trabajador.

Bueno, el mecanismo aquí comentado u otro que haya podido diseñar el empleador, tiene directa incidencia en la calificación de los trabajadores que migraron al trabajo remoto, asociado directamente con la posibilidad de ser o no fiscalizados de manera inmediata. Y estas pautas, en realidad, también deberían aplicarse a los teletrabajadores sujetos a la Ley N° 30036 o aquellos que estén comprendidos en el proyecto normativo que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, aún no ha sido aprobado por el Congreso y pretende modificar o derogar esa ley<sup>2</sup>. Volveremos sobre este tema.

## II. LA PROTECCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO

58

Puede definirse la jornada de trabajo como el lapso durante el cual el trabajador se encuentra obligado a realizar las labores para las cuales fue contratado o, en todo caso, estar a disposición de su empleador, en estado de alerta, para cuando éste le requiera realizar alguna actividad.

Es una condición del contrato de trabajo, aunque no la única. El estricto cumplimiento de la jornada de trabajo no necesariamente determina el buen desempeño del trabajador bajo un enfoque integral o de 360 grados, pues su evaluación viene asociada también a las demás condiciones surgidas del propio contrato tan o más importantes (rendimiento, productividad, cumplimiento de metas, predisposición al trabajo, etc.). Una imputación disciplinaria de impuntualidad o de inasistencias no podrá ser contestada exitosamente por el trabajador invocando su buen rendimiento; legalmente podría ser despedido (por tardanzas reiteradas o por inasistencias injustificadas) sin pago de indemnización.

---

2 A la fecha, el trabajo remoto tiene vigencia solo hasta el 31 de diciembre de 2022. De momento, no es posible anticipar si será absorbido por el nuevo teletrabajo que aparentemente aprobará el Congreso, o convivirá con él incluso superada la pandemia. Conforme lo hemos expresado, el trabajo remoto fue una creación ad-hoc para afrontar la pandemia del Covid-19 y ha tenido una buena acogida.

Lo dicho no es sino una de varias manifestaciones de la subordinación, elemento esencial de la relación laboral. Lógicamente, si las labores deben ser cumplidas en favor y beneficio del empleador -lo que grafica una de las dos manifestaciones de la ajenidad del trabajo<sup>3</sup>- es razonable que sea el empleador quien determine en qué lapso se deben realizar.

A nivel constitucional, la jornada máxima ordinaria no puede superar las 8 horas diarias o las 48 horas semanales, aunque no tiene aplicación universal. La norma legal como es el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo (TUO Ley de Jornada) establece tres grupos que se encuentran exceptuados de esta protección:

- a) **Trabajadores de dirección:** Que, acorde a la definición legal, son aquellos que representan al empleador tanto a nivel interno como externo; de sus decisiones depende el resultado de la actividad empresarial. Como ejemplos tenemos al Gerente General, Gerente de Administración y Finanzas, Gerente Comercial, Gerente de Producción, Gerente Legal, Gerente de Recursos Humanos, etc., siempre que se enmarquen en la definición.
- b) **Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata:** Que realizan sus labores o parte de ellas, sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.

El término “fiscalización inmediata” está asociado a la proximidad física entre el empleador y el trabajador, y no a la alta especialidad de este último. “Inmediato” entendido como próximo o muy cerca.

No es que el trabajador no esté sujeto a fiscalización, por supuesto que lo está. De hecho, no podría hablarse de “trabajador” si no lo estuviera, recordemos que la subordinación define al contrato de trabajo y una de sus manifestaciones es precisamente el poder fiscalizador.

No obstante, para este grupo de trabajadores la fiscalización no se realiza de manera inmediata sino mediata, entendiendo este término [mediato/a] como que se necesita de algo adicional -medio o meca-

3 La otra manifestación es la ajenidad en el riesgo.

nismo- para realizar la fiscalización. Un buen ejemplo de fiscalización mediata es llamar telefónicamente al trabajador y preguntarle dónde se encuentra o qué está haciendo. La fiscalización se perfecciona con el interrogatorio el cual, sin embargo, se realiza a través de un medio (llamada telefónica) toda vez que no existe proximidad, no es inmediata. Dicho de otro modo, el empleador no ve a su trabajador cuando lo fiscaliza.

- c) **Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia:** Prestan sus servicios efectivos de manera alternada, con lapsos de inactividad. No tienen ocupada toda la jornada en sus labores pues existen momentos de libre disposición durante el día.

Al estar exceptuados estos tres grupos de la protección de la jornada máxima de trabajo, el tiempo de labores respecto de ellos podrá superar incluso los límites máximos legales sin que el exceso sea considerado como trabajo en sobretiempo (hora extra).

Enfocándonos en el caso de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, su exclusión de este nivel de protección se justifica por cuanto, al no tener físicamente cerca a sus superiores que controlen que efectivamente están laborando, sería irrazonable protegerlos con la jornada máxima ya que existe incertidumbre por saber si realmente están cumpliendo con sus funciones. Por ejemplo, aquel ejecutivo de ventas que se encuentra recorriendo la ciudad buscando oportunidades de venta o visitando clientes, comunicará telefónicamente a su supervisor que efectivamente está laborando sin que este último tenga la posibilidad de conocer con exactitud si es cierto o no, pues bien podría estar tomando un descanso.

Naturalmente, el hecho de que los trabajadores mencionados no se encuentren protegidos por la jornada máxima no significa, en absoluto, que el empleador les asigne jornadas excesivas. Tienen derecho también a gozar de un adecuado esparcimiento para descansar y cultivar su vida personal y familiar, hasta el inicio del siguiente periodo laboral. A nuestro criterio, se justifica que el empleador acuda a ellos en momentos fuera de su jornada, pero siempre que sea en día de labor; asignar encargos en el descanso semanal debería ser muy excepcional.

Conjugando este tema con lo analizado en el ítem I del presente artículo, desde nuestra óptica el tránsito del trabajo presencial al trabajo remoto ha implicado un cambio en la calificación de los trabajadores. Quienes cumplían sus labores de manera permanente en el centro de trabajo eran trabajadores sujetos a fiscalización inmediata ya que el empleador fiscalizaba sus labores de esa forma [inmediata]; al pasar a realizar sus labores de manera remota por causa de la disposición unilateral del empleador de implementar el trabajo remoto (a causa del Covid-19), ya no tienen la vigilancia directa e inmediata de la empresa en la medida que se encuentran en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario. Sobre el particular, Elmer Arce incluye dentro de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata a los trabajadores a domicilio quienes, a nuestro criterio, se encuentran en similar situación a los trabajadores remotos y teletrabajadores (Arce, 2021, p. 408-409).

El trabajador en trabajo remoto se encuentra en una situación análoga a aquel que, antes de la pandemia de Covid-19, realizaba sus labores fuera del centro de trabajo. Es decir, se ha reconvertido en un trabajador sujeto a fiscalización a través de un medio (fiscalización mediata).

Hasta se podría decir que su empleador requiere sortear no uno sino dos medios para fiscalizarlo, pues no solo precisará de un medio físico o herramienta tecnológica para hacerlo, sino que también deberá superar otra limitación, ya de tipo jurídica, que es la inviolabilidad del domicilio del trabajador remoto. Si vale el término, es una suerte de trabajador “doblemente mediato”.

Es muy diferente fiscalizar a distancia a una persona que se encuentra transitando en lugares públicos (vendedor de ruta antes de la pandemia de Covid-19) que vigilar a un trabajador ubicado en su domicilio impenetrable (trabajo remoto durante la pandemia); este último caso es más complejo. Ya expresamos anteriormente nuestro rechazo al seguimiento a través de, por ejemplo, videocámaras en el domicilio.

Cuestión importante a analizar acá sería si, aquellos mecanismos tecnológicos implementados por el empleador para controlar el tiempo de trabajo de su personal en trabajo remoto, hacen que recupere la condición de inmediatamente fiscalizado que tenía antes de la pandemia de Covid-19. A manera de pregunta, ¿el trabajador que con el trabajo remoto pasó a estar no sujeto a fiscalización inmediata, retorna a su condición de sujeto a fiscalización inmediata cuando su

empleador lo monitorea por GPS? Para nuestro modo de ver, sí revierte, siempre que el monitoreo permita al empleador fiscalizarlo como lo hacía antes o por lo menos algo semejante. De no ser así, consideramos que el trabajador remoto seguirá siendo no sujeto a fiscalización inmediata.

En este orden de ideas, ya no hablando de la fiscalización de las labores sino del control del tiempo de trabajo para un trabajador remoto no monitoreado, es una cuestión menos compleja de lo que se piensa. Al ser ahora un trabajador no sujeto a fiscalización inmediata, automáticamente deja de estar protegido por la jornada máxima de trabajo, no está obligado a registrar su asistencia ni tiene derecho al pago de horas extras. Y esta regla aplica también para los teletrabajadores conforme a la Ley N° 30036 y su Reglamento<sup>4</sup>, y debería aplicar también a quienes estén comprendidos en norma que la sustituya.

No obstante, a pesar de que debieran estar excluidos de la jornada máxima de trabajo conforme al TUO de la Ley de Jornada, entre las múltiples normas que se emitieron durante la pandemia de Covid-19 hubo una que vino a recoger el derecho a la desconexión digital a favor de los trabajadores remotos, lo que analizamos a continuación.

62

### III. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

El trabajador compromete su accionar durante la jornada laboral, esta es la frontera. Llegado el momento en que culmina la jornada diaria, el trabajador adquiere libre disposición sobre su tiempo para los fines que estime más conveniente y poder conciliar así el trabajo con su vida personal y familiar.

En términos sencillos se desconecta del trabajo. Se suspende su obligación de atender encargos y tareas por parte de su empleador, hasta el reinicio de la jornada.

Entonces, desconectarse digitalmente o de lo digital no es sino el derecho del trabajador de bloquear por su sola voluntad uno de los canales de transmisión

4 “Decreto Supremo N° 017-2015-TR  
Artículo 3.- Jornada de trabajo o de servicio  
(...)”

Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo o de servicio previstas en las normas que regulan la jornada de trabajo en los sectores público y privado se aplican al teletrabajo”.

de órdenes de trabajo, justamente el digital, o sin bloquearlo, no permitir que el canal cumpla con su finalidad; en todos los casos sin riesgo de ser sancionado disciplinariamente por ello. Desde que hay límites a la jornada laboral podemos decir que desconexión del trabajo siempre ha existido, lo novedoso es que ahora se articula con dispositivos tecnológicos.

Para el ejercicio de este derecho de desconexión digital se precisa que el trabajador ya no se encuentre a disposición de su empleador, es decir, fuera de su jornada de trabajo. Creemos que solo de manera excepcional y por razones debidamente justificadas (léase, situaciones forzosas) podría hacerlo durante la jornada, por ejemplo, por exigencias del vuelo durante un viaje por comisión de servicios en horas de trabajo o por razones de seguridad una empresa cliente limita el uso de dispositivos tecnológicos a los visitantes.

Para algunos autores, antes que un derecho, la desconexión digital es una garantía (Puntriano, 2020, p. 351). Para nosotros sí es un derecho y de contrapeso, porque responde a una lógica de control en la relación laboral.

No elimina el poder de dirección del empleador pero sí lo limita, es un mecanismo de control asignado al trabajador para restringir la oportunidad de las órdenes de trabajo. De alguna manera está asociado al derecho de resistencia pues lleva intrínseco el sentido de insubordinación o desobediencia, aunque se diferencia de aquel en que no cuestiona el contenido de la orden de trabajo sino la oportunidad en que se transmite. Sobre el derecho de resistencia, *“se trata de una desobediencia por parte del trabajador aunque permitida en tanto responde al ejercicio anormal del poder de dirección del empleador”* y añade que es una *“permisión o autorización de un desacato legítimo (...) el cual no puede ser objeto de sanción disciplinaria alguna”* (De Lama, 2013, p. 22).

Las mismas órdenes de trabajo que se pretende dictar durante el ejercicio del derecho a la desconexión digital serán exigibles por el empleador tan pronto quede suspendida la desconexión y esta dinámica se activa y desactiva sucesivamente. Por tanto, se trata de un derecho de ejecución discontinua o intermitente.

En su aplicación práctica, el derecho a la desconexión digital se puede materializar de cualquiera de las siguientes maneras: i) el trabajador apaga el dispositivo por el cual presuntamente se contactará su empleador, ii) sin apagarlo, bloquea el número telefónico del(os) superior(es) jerárquico(s); iii) no apaga el

dispositivo ni bloquea números telefónicos, simplemente no ve los mensajes o viéndolos no los contesta, o no atiende los llamados telefónicos; iv) no contesta un correo electrónico; entre otras situaciones similares o análogas. Enfatizamos que los dispositivos digitales podrán ser los brindados por el empleador como condición de trabajo (p.ej. celular institucional) y con mayor razón si el dispositivo es el personal del trabajador.

Profundicemos sobre el contenido y alcances de este derecho y que nos permitirá, luego, analizarlo desde la perspectiva de la inspección del trabajo.

Consideramos que el derecho a la desconexión digital podría adoptar cualquiera de los siguientes dos modelos:

- a) Modelo absoluto: Bajo esta perspectiva, durante la desconexión digital el empleador no podría siquiera llamar a su trabajador o enviarle un correo electrónico o mensaje por algún aplicativo (p.ej. WhatsApp), hacerlo implicaría por sí mismo no respetar el derecho.

En estos casos, la sola evidencia de la llamada telefónica, el correo o el mensaje fuera de la jornada configuraría automáticamente la infracción del empleador, aunque el trabajador no haya contestado o ni siquiera los haya leído.

El problema de este modelo no solo radica en lo extremo de su postura sino, además, en la probanza pues el empleador podría argumentar ausencia de dolo y sostener, por ejemplo, que simplemente marcó el número telefónico del trabajador por error, el correo electrónico llegó tardíamente por fallas en el servicio de internet o cualquier otro motivo diferente a querer darle una tarea en el momento de recibida la llamada o mensaje.

- b) Modelo relativo: Desde este enfoque, el empleador sí podría llamar o contactar a su trabajador pero este queda autorizado a no atender las llamadas o no responderlas sin riesgo de ser sancionado, en cuyo caso la infracción del empleador se configuraría si, luego que su trabajador no le contesta, lo amenaza de sancionarlo, decide hacerlo o simplemente le llama la atención. Este segundo modelo es más flexible pues, para que se configure la infracción, se precisa de una conducta del empleador adicional al mero intento de contactar digitalmente a su trabajador. Se incluye también el amedrentamiento sin contacto di-

gital previo, como amenaza a su trabajador en caso no atienda un(os) futuro(s) contacto(s).

Por otro lado, consideramos que si el trabajador contesta voluntariamente la llamada, mensaje o correo electrónico y actúa en consecuencia, ya no se configuraría la falta del empleador pues ya estaríamos en el terreno del acuerdo válido de trabajo en sobretiempo.

Acudamos a la norma positiva peruana. Como tal, el derecho a la desconexión digital fue introducido mediante Decreto de Urgencia N° 127-2020, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2020, como una modificación del Decreto de Urgencia N° 026-2020 (específicamente incorporando incisos a un artículo preexistente), bajo los siguientes parámetros:

*“18.1. Son obligaciones del empleador:*

*18.1.4. Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral. 18.1.5 Para el caso del sector privado, observar las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente.*

*El empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital.*

*(...)”*

Nótese que este dispositivo legal reúne, bajo un paraguas común de mandatos al empleador, tanto obligaciones de hacer (respetar el derecho a la desconexión digital) como obligaciones de no hacer (no exigir al trabajador durante la desconexión digital). Ambos enunciados podrían llevar a pensar que la legislación peruana ha adoptado el modelo absoluto; sin embargo, el Decreto Supremo N° 004-2021-TR que contiene disposiciones reglamentarias del Decreto de Urgencia N° 127-2020, ya desarrolla con mayor flexibilidad el contenido de este derecho, como se muestra a continuación:

*“Artículo 9-A. Derecho a la desconexión digital*

*9-A.2. El derecho a la desconexión digital no excluye el uso de los medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos por parte del empleador, para asignar tareas o remitir comunicaciones al trabajador, siempre que este no esté obligado a conectarse a dichos medios o a atender las tareas o comunicaciones fuera de su jornada laboral.*

*En ese sentido, el empleador debe establecer las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital”. (el subrayado es nuestro)*

Este modelo flexible también se evidencia con la infracción grave que, mediante el mismo Decreto Supremo, se ha tipificado para efectos de la inspección del trabajo, que es la siguiente:

*“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/ra 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, de conformidad con lo previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional”. (el subrayado es nuestro)*

66

Como se aprecia de la norma reglamentaria e inspectiva, de los dos modelos que proponemos, es claro que el Perú ha adoptado un modelo relativo del derecho a la desconexión digital pues no basta el mero contacto digital para que se configure la infracción sino de un acto diferente, coerción o intimidación por parte del empleador. Nos parece saludable pues si es un derecho sujeto a vigilancia inspectiva, deberían existir criterios preestablecidos y razonables para la ulterior imposición de una sanción. Luego abordaremos sobre este punto.

Desconexión digital y trabajo en sobretiempo (horas extras) son conceptos asociados entre sí pero diferentes. De hecho, lo primero neutraliza lo segundo. Al no contestar una llamada telefónica, correo electrónico o mensaje por WhatsApp de su superior, el trabajador hace respetar su jornada máxima y no hay sobretiempo; de hacerlo y es voluntario, habrá sobretiempo y el trabajador habrá hecho un acto de disposición de su derecho a la desconexión digital, con lo cual no habría sanción al empleador. En consecuencia, consideramos que bajo un modelo relativo, la desconexión digital es un derecho irrenunciable pero con aspectos disponibles o margen de maniobra por el trabajador.

Al respecto, al estudiar la distinción entre un acto de disposición y un acto de renuncia, el profesor Javier Neves, primero, plantea la diferencia entre las normas dispositivas y las normas imperativas. Por las primeras, “*su titular puede*

*decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición”* mientras que, por las normas imperativas, *“el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, será un acto de renuncia”* (Neves, 2007, p. 102).

Ahora bien, como se ha dicho, la desconexión digital es un derecho que la norma positiva peruana ha asignado exclusivamente al trabajo remoto. Sin querer justificar a la autoridad porque es un evidente error del legislador, entendemos que se reguló en el contexto del primer año de la pandemia de Covid-19 en que el trabajo remoto estaba consolidándose y, como tal, la realidad mostraba que los trabajadores remotos tenían la sensación que venían laborando más tiempo que el que realizaban de manera presencial antes de la pandemia. La regulación de este derecho fue una respuesta a ese clamor.

Queda claro entonces que la desconexión digital es un derecho que, en su origen, fue reactivo (casi ocho meses después de la creación del trabajo remoto). No podría sostenerse que se generó de otra forma pues sino se habría regulado al mismo tiempo que se implementó el trabajo remoto (marzo 2020), o antes aún, con el teletrabajo (2013).

Nótese, no obstante, que este es un derecho que debiera corresponder a todo trabajador, incluyendo los que realizan trabajo presencial, no existiendo razones objetivas para negarle esa titularidad. A la fecha de elaboración de este artículo, son ya casi todas las empresas las que han dispuesto el retorno al trabajo presencial o, en todo caso, formas mixtas o híbridas (conjugación de remoto y presencial) dada la buena acogida que ha tenido el trabajo remoto.

Profundicemos sobre esta aparente exclusión de los trabajadores presenciales del goce de este derecho de desconexión digital que, vamos adelantando, no compartimos en absoluto.

¿Qué tipo de protección pretende dar la desconexión digital? ¿Que el trabajador remoto ya saturado de “lo digital” no se siga saturando o simplemente el respeto de la jornada máxima de trabajo?

Para nosotros, claramente lo segundo, pues si bien un trabajador presencial quizá no esté expuesto al mismo nivel de intensidad digital que su colega en remoto, recordemos que todo trabajador tiene derecho a desconectarse del trabajo y ello ha sido así desde antes de la era digital. Con ello, siendo el caso

que con los avances tecnológicos [casi] todas las personas tienen acceso en la actualidad a, cuando menos, un *smartphone* o teléfono celular, concluimos que a los trabajadores presenciales les asiste igualmente el derecho a bloquear el canal digital de recepción de órdenes de trabajo.

Es cierto que existe la regulación general del tiempo de trabajo que calzaría con su situación pero la asignación de un nuevo derecho a unos debiera suponer su extensión a otros en la misma situación (presenciales y, qué duda cabe, teletrabajadores con dispositivos digitales).

Sobre el particular, Puntriano, no obstante que considera innecesario regular la desconexión digital, señala asimismo que: *“una lectura armónica con el derecho a la igualdad recogido en nuestra Constitución nos lleva a considerar que esta disposición es perfectamente aplicable al teletrabajador y que, tratándose de los trabajadores presenciales, quienes no están expuestos al tecnoestrés o a la hiperconexión con la intensidad de un trabajador remoto, estos no se encuentran desprotegidos pues tendrán a su favor la regulación en materia de tiempo de trabajo vigente (jornada de trabajo, descanso, feriados, licencias)”*. Añade que *“una lectura distinta nos llevaría a la conclusión de que la norma resulta inconstitucional por discriminatoria, al reconocer al derecho a la desconexión digital solamente a un grupo de trabajadores”* (Puntriano, 2020, p. 351).

68

Retomando la discusión de por qué se ha asignado este derecho a trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata como lo son, a nuestro criterio, los trabajadores remotos no monitoreados en tiempo real, reiteramos que este derecho surgió como respuesta al mal entendimiento de algunos empleadores sobre el entonces novísimo trabajo remoto y que exigían tareas en horas que, antes de la pandemia, el trabajador -entonces presencial, hoy remoto- estaba desconectado. He ahí entonces, para nosotros, la contradicción que subyace al interior de la misma regulación en cuanto al ámbito subjetivo de este derecho.

Al respecto, así dispone el Decreto de Urgencia N° 127-2020 sobre la desconexión digital de los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata:

“18.1.5

(...)

*Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debe*

*ser 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”.*

Para nosotros, de la redacción de esta disposición se rescatan dos cosas:

- i) Que la desconexión digital, muy a pesar que ha sido introducida únicamente en el Decreto de Urgencia N° 026-2020 que regula el trabajo remoto, para nosotros es un derecho aplicable a todo trabajador pues si el enunciado es “*tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima*”, entonces está regulando, en ese numeral en particular, la situación especial de ese grupo, con lo cual implícitamente también se extiende -o no excluye, como quiera leerse- a los trabajadores que sí están comprendidos en la jornada máxima (léase, presenciales); y
- ii) Que los empleadores deben diseñar algún mecanismo, aunque sea imperfecto, de hacer una medición -al menos superficial- del tiempo de trabajo de su personal a distancia, pues ese rango de doce (12) horas que establece la norma empieza en algún momento del día y debe estar claramente identificado.

#### **IV. LA FISCALIZACIÓN DEL RESPETO AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL**

Por su propia naturaleza y asociación directa con el tiempo de trabajo, el derecho a la desconexión digital es uno que requiere vigilancia constante de la Inspección del Trabajo. Como tal, además de ser una materia a priorizar por parte de la autoridad, deben existir también reglas adecuadas para la investigación y comprobación de su cumplimiento, así como pautas para contestar y defenderse de una imputación que podría culminar con la imposición de una multa.

A nuestro criterio, cuando la Autoridad Inspectiva diseña una estrategia de cómo se afrontará una materia a inspeccionar debe considerar las siguientes variables:

- a) Primero, tener claro los alcances del derecho cuyo respeto se pretende tutelar.
- b) En segundo lugar, los mecanismos de activación de la inspección más idóneos para que sea eficiente y efectiva.

- c) Seguidamente, reglas claras sobre la información que debe requerir la autoridad a fin de garantizar, de un lado, el logro de los fines de la inspección del trabajo y, del otro, el cumplimiento del principio de presunción de licitud del que gozan los administrados.
- d) Finalmente, las medidas inspectivas que se pueden adoptar, en franca observancia del principio de legalidad.

Ya hemos expuesto en apartados precedentes que la infracción que se ha tipificado al regular la desconexión digital responde a un modelo relativo del derecho. No se configura la infracción sino hasta que el empleador coaccione, amenace o sancione a su trabajador por no atender el contacto digital.

Dicho esto, somos de la opinión que, sin perjuicio de una intervención que directamente pueda diseñar la autoridad inspectiva sin denuncia previa (operativo o trabajo programado), el presunto incumplimiento del derecho a la desconexión digital debería presuponer [casi] siempre una denuncia, por razones de eficiencia y eficacia aun cuando la acción de la inspección de trabajo, por regla general, debiera propender al trabajo programado. Sobre esto último, Elmer Arce señala que *“es una forma estratégica y ordenada que por su impacto puede maximizar los recursos de la inspección. Según la Ley General de Inspecciones este modelo de actuación debe ser prevalente, incluso sobre las actuaciones por denuncia. La inspección no puede ser reactiva, pues debe ser programada”* (Arce, 2020, p. 34).

Para nosotros su vigilancia debiera ser, entonces, principalmente a demanda y con conocimiento de la identidad del(os) denunciante(s), por lo que deberá(n) levantar la reserva de su identidad como ya sucede en materia de actos de hostilidad, discriminación, entre otros. No es algo nuevo para la inspección del trabajo<sup>5</sup>.

Sostenemos esto porque los dos elementos que comprobarán objetivamente el incumplimiento están en poder del trabajador (dispositivo digital que recibe la llamada, mensaje o correo electrónico) o es él quien lo visibilizará (coerción, intimidación o sanción).

A diferencia de la generalidad de las materias fiscalizables por la inspección, en este caso la fuente de prueba está en poder del trabajador y no del empleador.

5 Numeral 7.4.5 de la Directiva N° 002-2017-SUNAFIL/INII “Servicio de atención de denuncias laborales” (Versión 04), aprobada por Resolución de Superintendencia N° 204-2020-Sunafil.

Imaginemos que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) como autoridad inspectiva implementa un operativo [no hay denuncia previa] sobre respeto a la desconexión digital en una empresa en particular, el inspector tendría que, primero, identificar un universo de trabajadores presuntamente afectados, para luego proceder a solicitarles sus dispositivos digitales en los cuales el inspector presume, sin mayor sustento que su intuición, que demostrarían el contacto digital. Todo ello para, también por mera intuición sin evidencia previa, intentar identificar el acto de coerción o intimidación por no haber atendido el contacto digital. En este contexto, asistimos claramente a una inspección que sería poco o nada eficiente. Una inspección que, por el contrario, inicie con previa denuncia del trabajador o trabajadores, permitirá una rápida focalización de la investigación.

Dilucidado este punto, por regla general la actuación inspectiva para este derecho es esencialmente documental. Salvo que el caso concreto lo amerite o por criterio diferente del inspector, creemos que para la comprobación de la infracción será suficiente acceder al contacto digital y al acto de coerción o intimidación, con oportunidad al empleador para contestar la imputación.

Al respecto, es importante la labor de detective que realicen los inspectores cuando el presunto acto de coerción o intimidación -en menor medida de sanción ya que es más tangible- no consta en documento. Recordemos que el procedimiento administrativo sancionador se nutrirá de las evidencias que el inspector recoja en las investigaciones previas.

No bastaría el solo dicho del denunciante para imputar la infracción; de haber escasez de evidencia aportada por el presunto afectado y poca o nula evidencia obtenida por el inspector, habría que desestimar la denuncia. Uno de los principios que informa al procedimiento administrativo sancionador es el de presunción de licitud por el cual *“las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”*, conforme lo dispone el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Precisamente por ello consideramos que, si el caso lo amerita, la inspección deja de ser meramente documental y deberá haber visita del inspector en el centro de trabajo para obtener más evidencia.

Cuestión discutible es si el trabajador presuntamente afectado se encuentra en trabajo remoto, ya que su domicilio no es el centro de trabajo como ya hemos explicado. Sin embargo, aún en este supuesto el inspector tendría que buscar la manera de recoger mayores pruebas del presunto incumplimiento.

Otro aspecto relevante es la naturaleza de la infracción, si acaso es pasible de subsanación o no por parte del empleador. Recordemos que las infracciones son subsanables cuando *“los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos”*<sup>6</sup>. Por oposición, una infracción será insubsanable cuando estos efectos no puedan ser revertidos, lo que sucede por ejemplo cuando el empleador no otorgó descanso vacacional en la oportunidad exigida por la ley o cuando, ocurrido un accidente de trabajo, se comprueba que fue consecuencia directa de una omisión del empleador, entre otras situaciones.

En el caso de la infracción por no respetar la desconexión digital, al precisarse el acto de coerción, intimidación o sanción por parte del empleador, consideramos que se trataría de una infracción insubsanable pues el trabajador ya fue intimidado y no es posible retroceder en el tiempo para “anular” esa situación. Lo propio si se materializó una sanción disciplinaria por no atender el contacto digital pues, si bien puede ser retirada del legajo personal del trabajador y restituir lo pertinente, no es competencia de la inspección del trabajo ordenar el retiro de una sanción sino del Poder Judicial.

Por tales razones, somos de la opinión que, a la comprobación por el Inspector de Trabajo de la infracción al derecho a la desconexión digital, no cabe la medida inspectiva de requerimiento sino la emisión del acta de infracción y posterior inicio del procedimiento administrativo sancionador.

## V. CONCLUSIÓN

Con la pandemia de Covid-19 se emitieron, en nuestro país, diversas normas con incidencia laboral que, naturalmente, vinieron a alterar la dinámica de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Para los fines del presente artículo, se creó el trabajo remoto y, meses después, el derecho a la desconexión digital.

6 Artículo 49 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Así como la pandemia evolucionó -y sigue evolucionando- las normas también lo han hecho y es importante que se recoja la evidencia de cómo se han comportado en la realidad. El trabajo remoto tuvo una acogida inusitada pero no debemos quedarnos ahí, sino siempre mejorar o ajustar lo que corresponda porque es el Derecho el que se debe adaptar a la realidad y no al revés. Lo mismo con el derecho a la desconexión digital, debe buscarse su consolidación y extender su ámbito de aplicación.

Al respecto, nos llama la atención que la infracción al derecho a la desconexión digital haya sido calificada como grave pese a que las infracciones asociadas al tiempo de trabajo -y la desconexión digital está asociada a él, qué duda cabe- están calificadas como muy graves, incluyendo las infracciones en materia de trabajo en sobretiempo.

De hecho, la infracción a la desconexión digital tampoco está tipificada dentro del catálogo de infracciones graves en materia sociolaboral del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (artículo 24) sino en una Disposición Final y Transitoria (Décima), lo que tendría que modificarse pues, así como está regulado, pareciera un derecho sujeto a caducidad, que solo estará vigente durante la emergencia por la pandemia de Covid-19 y, conforme a los fundamentos expresados en el presente artículo, consideramos que es un derecho que vino para quedarse, no solo por la consolidación del trabajo remoto sino porque debe extenderse a todo trabajador, incluyendo los que realizan trabajo presencial y teletrabajo.

## REFERENCIAS

- Arce, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra Editores.
- Arce, E. (2020). *El Sistema de Inspección del Trabajo en el Perú. Aspectos jurídicos*. Palestra Editores.
- De Lama, M. (2013). *El Ius Resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*. (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mejía, R. (2012). *La regulación del tiempo de trabajo*. *Ius et Veritas* (45). p. 310-323

Montoya, A. (2020). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.

Neves, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Organización Internacional del Trabajo (1919). Convenio N° 1. Convenio sobre las horas de trabajo.

Organización Mundial de la Salud (2020). *Covid 19 – Cronología de la actuación de la OMS*. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline--covid-19>

Plá, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma.

Puntriano, C. (2020). *La desconexión digital: Alcances y regulación en el Perú*. Revista Laborem (23). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. p. 335-358

Texto Único Ordenado de Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (2002).

Toyama, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú – Un enfoque teórico práctico*. Gaceta Jurídica.

Toyama, J. & Girao, J. (2021). *El Trabajo a Distancia en el Perú*. Thomson Reuters Aranzadi.