

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



TÍTULO

**PROTECCIÓN Y ALCANCES DEL DERECHO AL DESCANSO FRENTE
AL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y
COMUNICACIÓN**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTORA

SONIA AMPARO QUIÑONEZ LOPEZ

ASESORA:

MARÍA KATIA GARCÍA LANDABURU

Enero, 2021



A Dios por guiar mi camino como abogada y servidora de la justicia.

A mis padres por todo su apoyo incondicional durante mi trayectoria profesional y personal.

A Jesús por darme siempre su apoyo, su amor incondicional, creer en mí y motivarme en todos mis proyectos.

A mis hermanos Juan Luis y Arturo, por confiar en mí y enseñarme el valor del trabajo en equipo.

A Nala, mi fiel compañera, por enseñarme el valor del amor incondicional y leal.



Agradecimiento:

Quiero agradecer a mi asesora de tesis MARÍA KATIA GARCÍA LANDABURU, quien ha sabido guiarme en la elaboración de la presente tesis con mucho profesionalismo y perseverancia. Asimismo, me brindó las herramientas para poder tener un razonamiento idóneo que me permita aportar al Derecho del Trabajo.

RESUMEN

La sociedad de la información, como nueva forma de organización de la sociedad y la economía, se caracteriza principalmente por el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación (TICs), lo cual, ha implicado el cambio de la vida diaria de las personas, la forma de organización de la sociedad y gestión de las empresas, transformando a su vez las relaciones de espacio y tiempo, que involucran una conectividad permanente, manejo de información en gran magnitud, comunicaciones instantáneas entre personas sin importar el lugar donde se encuentren y teniendo dos efectos a evaluar: la hiperinformación e hiperconectividad. Es a raíz de este nuevo contexto, nuevos fenómenos y cambios que surge la razonabilidad y estudio de la presente tesis, la cual, plantea abordar e investigar la protección y alcances del derecho al descanso frente al uso de las TICs. Así se tiene como objetivos principales estudiar los fundamentos del derecho al descanso, analizar la legislación actual y disposiciones que resultarían idóneas para garantizar el goce efectivo del derecho al descanso, evaluar la lógica y sustento de regular el derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano, régimen laboral vigente emitido en la coyuntura actual de pandemia COVID-19. Asimismo, se busca identificar los mecanismos de protección en nuestro ordenamiento actual que tiene el trabajador frente a la vulneración de su derecho al descanso, evaluar si la contravención al derecho al descanso configura un acto de hostigamiento laboral y finalmente analizar el impacto de las TICs en las relaciones laborales. El estudio de los objetivos que abordaremos nos permitirán concluir que a través del derecho al descanso se protegen otros derechos y que otorgarle una sola finalidad es limitar sus alcances y naturaleza. Finalmente, entre las diversas conclusiones a las que hemos llegado en la presente tesis, tenemos que el derecho a la desconexión no es un nuevo derecho, sino que se trata de medidas complementarias que refuerzan la protección al derecho al descanso, sin embargo, no son suficientes pues a partir de lo analizado y como parte de las recomendaciones brindadas se deben reforzar aspectos de nuestro ordenamiento y legislación actual, así como el trabajador debe conocer todas las garantías y fundamentos que lo protegen frente al exceso de trabajo y no respeto de su derecho al descanso, los cuales también son abordados en la presente tesis. Asimismo, el deber de buena fe y protección que le corresponda al empleador involucra no solo el respeto de los derechos laborales sino garantizarlos a través de una fijación idónea del horario y jornada de trabajo, adecuada distribución de carga de trabajo y políticas que protejan y garanticen el derecho al descanso.

ABSTRACT

The main feature of the information society, as a new social and economic organization, is the intensive use of the communications technology that have changed people's life and the companies administration, transforming, in turn, the relationships of space and time. This latter involves permanent connectivity, large-scale information management, instant communications between people regardless of where they are; all that have two effects to evaluate: hyper information and hyper-connectivity. Due to the above, the present thesis is important and pertinent because through it we plan to investigate and analyze the protection and scope of the right to rest in an information society ruled by communications technology. To that, our main objectives are as follows: study the foundations of the right to rest; analyze current legislation and provisions that would be suitable to guarantee the effective enjoyment of the right to rest; evaluate the logic and support of regulating the right to digital disconnection in the Peruvian legal system and the current Covid-19's labour regime; identify the protection mechanisms in our current legislation that workers have against the breach of their right to rest; evaluate if the violation of the right to rest constitutes an act of workplace harassment; and, analyze the impact of communications technology on labour relations. The study of the above will allow us to conclude that, through the right to rest, other rights are protected and giving it a single purpose limit its scope and nature. Finally, among different conclusions reached in the present work, we have that the right to disconnection is not new, but a complementary measure that reinforces the protection of the right to rest. However, there are many aspects of our current labour legislation that must be reinforced in order to improve the right to rest protection, as well as the worker must know all the guarantees that assist him against overwork and non-respect of his rights, which are also addressed in this thesis.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	7
CAPÍTULO I: El derecho al descanso y la limitación de la jornada de trabajo como derechos humanos fundamentales.	11
1. Marco internacional y nacional del derecho al descanso	12
1.1. Marco Internacional	14
1.1.1. Convenios y tratados sobre derechos humanos	14
1.1.2. Convenios de la OIT	17
1.1.3. Normativa en la Unión Europea sobre el derecho al descanso	20
1.2. Marco Nacional	23
2. Fundamentos y contenido del derecho al descanso	31
2.1. Protección de otros derechos fundamentales a través del derecho al descanso	34
2.1.1. Libre desarrollo de la personalidad	34
2.1.2. Derecho a la seguridad y salud de los trabajadores	39
2.1.3. Privacidad y derecho a la intimidad	48
3. La limitación de la jornada de trabajo como garantía al derecho al descanso	49
3.1. Normativa internacional y nacional sobre jornada de trabajo	51
3.2. Derecho a una jornada máxima de trabajo	56
3.3. Alcances de la jornada de trabajo	63
CAPÍTULO II: Impacto de las nuevas tecnologías y tendencias en las relaciones laborales	67
1. Sociedad de la información y tecnologías de la información y comunicación (TICs).	69
1.1. Sociedad de la información	69
1.2. Aproximación a las TICs	71
1.3. TICs en el Perú	74
2. Impacto de las TICs en las relaciones laborales	76
2.1. Control empresarial a través del uso de nuevas tecnologías	77
2.2. Impacto de las nuevas tecnologías en la salud de los trabajadores	81
2.3. Nuevas tecnologías, tendencias y tiempo de trabajo	90
CAPÍTULO III: Protección del derecho al descanso frente al uso intensivo de las nuevas tecnologías	93
1. Tendencias en la regulación del derecho a la desconexión digital	96
1.1. Regulación que sujeta las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital a la negociación colectiva	97
1.2. Normativa que detalla de manera más amplia las implicancias de regular el derecho a la desconexión digital	100
1.3. Regulación y proyectos de ley que incluyen el derecho a la desconexión digital en la modalidad de prestación de servicios del trabajo a distancia.	101
2. El deber del empleador de proteger los derechos del trabajador	109
3. El incumplimiento de la normativa del derecho al descanso como acto de hostigamiento laboral	114
4. Mecanismos de protección del trabajador frente a la vulneración de su derecho al descanso	118
5. El derecho al descanso de los trabajadores excluidos de la jornada máxima legal	121
6. Justificación de regular el derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano	124
Conclusiones	129
Bibliografía	141

INTRODUCCIÓN

Según Hegel, el derecho consiste en que cada individuo sea tratado y respetado por el otro como un ser libre, pues así se le reconoce su condición de persona. El mandamiento jurídico que utiliza Hegel es: “*sé una persona y respeta a los demás como personas*” (Gil, 1994, p. 82).

En las relaciones jurídicas laborales se debe aplicar la misma premisa, pues si bien existe el elemento subordinación, a través del cual, se justifica que el empleador establezca al inicio de la relación laboral el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, y pueda dictar diversas directrices para que el trabajador desempeñe sus funciones, y a su vez, el trabajador tenga el deber de diligencia, obediencia y buena fe, el trabajador tiene derecho a un trabajo decente, donde se respeten sus horas de trabajo, tiempo de descanso, se salvaguarde su seguridad y salud en el trabajo, se le garantice un ambiente de trabajo donde pueda desarrollarse de manera personal y profesional, entre otros derechos fundamentales.

El no respeto de los referidos derechos, el abuso de facultades del empleador y la cultura del presentismo – creencia que es mejor el trabajador que labora más horas – resultan obstáculos para que el trabajador pueda autodeterminar su tiempo libre y goce de su derecho al descanso. Ahora, las tecnologías de la información y comunicación (TICs), que acortan el límite entre espacio y tiempo se constituyen en nuevos obstáculos y posibilitan una fiscalización más directa y constante por parte del empleador.

Al respecto, el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): “*Trabajar para un futuro más prometedor*”, precisa que a partir de los avances tecnológicos y cambios que se están dando en la actualidad surge la necesidad de revitalizar el contrato social que asegure a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos y la protección de los riesgos a los que se exponen (OIT 2019: 10 -11).

Y es que el avance de la tecnología de manera progresiva está cambiando la vida diaria de las personas, así como la forma de organización de las empresas y sociedad. Estos cambios han impactado en las relaciones laborales, pues las TICs permiten que el empleador pueda fiscalizar al trabajador en cualquier momento y lugar, dar encargos laborales fuera de la jornada de trabajo, etc. Ante ello, es necesariamente importante la revitalización del contrato social, que se fundamenta en la misma razón de ser del derecho del trabajo; la dignidad del trabajador y la protección de sus derechos humanos.

El trabajo no solo satisface necesidades materiales, evita la pobreza y construye una vida digna, también contribuye a darnos una sensación de identidad, de pertenencia y propósito (OIT, 2019, p.18). Así, la Comisión Mundial sobre el Futuro del trabajo, como parte de las recomendaciones brindadas en el informe antes mencionado exhorta a los Estados miembros a que tomen medidas que faciliten la autonomía del tiempo de trabajo que satisfaga las necesidades de los trabajadores y de las empresas. El referido informe precisa que efectivamente las tecnologías transformadoras y los cambios en la organización del trabajo plantean nuevos desafíos para la aplicación efectiva de estos límites, siendo que se difumina la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, lo cual puede contribuir a la ampliación de horas de trabajo (OIT, 2019, p.41 - 42).

Por ello se exige que en la era digital los gobiernos, las organizaciones de empleadores y trabajadores, encuentren nuevos medios para aplicar de forma eficaz límites máximos de horas de trabajo tales como los siguientes:

- “i) Que los trabajadores tengan mayor soberanía y control sobre su tiempo de trabajo.*
- ii) Que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores elaboren acuerdos sobre la ordenación de tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo sujetos a las necesidades que tenga la empresa.*
- iii) Adopción de medidas que establezcan un número mínimo de horas garantizadas y previsibles (OIT, 2019, p. 41 - 42)”*

Estamos ante nuevos escenarios y mecanismos de ejercicio de la facultad de dirección que podrían requerir el establecimiento de nuevas disposiciones a fin de garantizar el derecho al descanso y evitar un exceso de jornada laboral que afecte la seguridad y salud en el trabajo, entre otros derechos de los trabajadores, como el de libre desarrollo de la personalidad y su intimidad y privacidad.

Para que se tenga una idea de la situación puede mencionarse un estudio realizado el 2020 por la empresa Infojobs donde se analiza el impacto de la Covid-19 en el trabajo. Así, se describe que en el año 2018, el 51% de población activa española declaraba responder e-mails y atender llamadas de trabajo fuera del horario laboral, en el periodo pre-covid (febrero 2020) esta cifra ascendió al 62,5% y a junio de 2020 dicho porcentaje creció 4,8 puntos porcentuales llegando al 67.3 % (Marketingdirecto, 2020)

Según el referido estudio, el 31% de los encuestados declaró que el motivo principal de atender llamadas en vacaciones o fines de semanas fue debido a la necesidad del puesto laboral, un 11% señaló que trabaja más horas y el 10,5% manifestó la necesidad de estar conectado a todas horas (Marketingdirecto, 2020). Si bien las referidas encuestas no fueron realizadas en Perú, los resultados que podemos advertir no son ajenos a la realidad de otros países e incluso del nuestro, ya que las TICs han habilitado la posibilidad que más allá de la jornada de trabajo o a cualquier hora, se pueda contactar al trabajador para brindar algún encargo laboral.

En respuesta a los avances tecnológicos y actual contexto social, diversos países incluido Perú (en nuestro país dentro de la modalidad de trabajo remoto) han introducido dentro de sus legislaciones “el derecho a la desconexión digital” catalogándolo como el derecho que tiene el trabajador a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral.

A partir de esta regulación surgen diversos cuestionamientos respecto a la necesidad e idoneidad de esta legislación o si no es posible que con nuestras instituciones clásicas se puede proteger al trabajador frente a estos cambios, qué mecanismos de protección tiene el trabajador en el Perú en caso se vea vulnerado su derecho al descanso y qué disposiciones podrían ser vinculantes para reforzar y garantizar de manera más idónea el derecho al descanso. Por ese motivo, en la presente tesis se busca: i) estudiar el contenido y fundamentos del derecho al descanso, ii) evaluar la protección del derecho al descanso frente a las TICs y iii) analizar las disposiciones que resultan idóneas para reforzar la protección del derecho al descanso.

Para ello, la investigación cuenta con tres capítulos que buscan cumplir con los objetivos precisados. En el primer capítulo, estudiaremos al derecho al descanso y limitación de la jornada de trabajo como derechos humanos fundamentales. Revisaremos los tratados internacionales, convenios de la OIT, normativa en la Unión Europea y legislación peruana vinculada al derecho al descanso y tiempo de trabajo. Asimismo, analizaremos los fundamentos y contenido del derecho al descanso, así como los derechos que también se protegen a través del derecho al descanso tales como: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, seguridad y salud de los trabajadores, privacidad y derecho a la intimidad. Por otro lado, evaluaremos los alcances del tiempo de trabajo frente al derecho al descanso y el derecho a una jornada máxima de trabajo.

En el segundo capítulo estudiaremos el impacto de las TICs en las relaciones laborales. Detallaremos las características principales de la sociedad de la información, contexto social en el cual nos encontramos actualmente, y nos aproximaremos al concepto y alcances de las TICs.

Por último, en el mencionado capítulo analizaremos tres tipos de impacto que consideramos han tenido las TICs en las relaciones laborales: control empresarial, salud de los trabajadores y tiempo de trabajo.

En el tercer capítulo, analizaremos la protección del derecho al descanso frente al uso intensivo de las nuevas tecnologías. A ese efecto, investigamos las tendencias en regulación de la desconexión digital y advertimos tres escenarios: i) Regulación que sujeta las modalidades de ejercicio de la desconexión digital a la negociación colectiva, ii) Normativa que detalla de manera más amplia las implicancias de regular el derecho a la desconexión digital y iii) Regulación que incluye el derecho a la desconexión digital en la modalidad de prestación de servicios de trabajo a distancia.

Además, examinamos el deber de buena fe del empleador de respetar los derechos constitucionales del trabajador y a partir de esta premisa cómo el incumplimiento de la normativa del derecho al descanso calificaría como un acto de hostigamiento laboral. Por otro lado, evaluamos los mecanismos de protección del trabajador frente a la vulneración de su derecho al descanso, el derecho al descanso de los trabajadores excluidos de la jornada máxima legal, la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano y las disposiciones que resultan idóneas para garantizar de manera más efectiva el derecho al descanso.

CAPÍTULO I: EL DERECHO AL DESCANSO Y LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

El fundamento de los derechos humanos es la dignidad de la persona, la cual, reconoce nuestra condición como seres humanos. Cualquier vulneración a nuestros derechos humanos implicaría el desconocimiento de nuestro valor como personas. Por ese motivo, es necesario garantizar que el Estado no cometerá abusos o discriminaciones arbitrarias, realizará acciones que permitan a las personas desarrollar su vida de manera plena, digna y de la mejor forma posible y evitará que otras personas o instituciones limiten el goce de nuestros derechos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p.11).

A través de los derechos humanos, las personas pueden planificar y gozar su vida de manera satisfactoria, en un espacio de tranquilidad y libertad, no sometidos a ninguna arbitrariedad por parte de terceras personas. En ese sentido, *“su ejercicio permite a hombres y mujeres conformar y determinar su propia vida en condiciones de libertad, igualdad y respeto a la dignidad humana. Los derechos humanos comprenden no sólo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino también los derechos colectivos de los pueblos”* (Unión Interparlamentaria & Naciones Unidas, 2016, p.20).

Los derechos humanos a lo largo de la historia y como consecuencia de diversas luchas colectivas se han ido consolidando con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de las personas. El trabajo no es ajeno a la protección de los derechos humanos, pues la relación de sujeción y subordinación entre el trabajador y el empleador dentro de una relación jurídica de prestación de servicios laborales no implica que el trabajador pierda su condición de ser humano.

Es más, a través del trabajo las personas tienen un espacio de realización personal, generan riquezas para subsistir, realizan actividades de su interés, etc. Al respecto, el Comité DESC de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 18 (2005) señala que:

“El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad” (Unión Interparlamentaria & Naciones Unidas, 2016, p.209)

Por ello, el derecho al trabajo y los derechos humanos reconocidos a través de diversos instrumentos internacionales garantizan dentro de una relación laboral el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, vacaciones pagadas y a una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo y permiten también que el trabajador goce de un ambiente de trabajo justo, equilibrado y digno. Atrás quedaron las épocas de esclavitud donde el ser humano era visto como objeto y las condiciones laborales eran vejatorias. Sin embargo, como veremos más adelante la lucha por condiciones laborales justas aún no termina. El avance de la tecnología ha impactado en las relaciones laborales de manera diversa surgiendo la necesidad de reevaluar nuestras instituciones clásicas y la forma de proteger a los trabajadores.

Por ese motivo, el presente capítulo estudia al derecho al descanso y limitación de la jornada de trabajo como derechos humanos, sus principales fundamentos y los alcances de su protección. Para ello no solo se realiza el análisis de estos derechos desde la normativa internacional y nacional, sino también desde la doctrina y jurisprudencia.

1. Marco internacional y nacional del Derecho al descanso.

Se le denomina “internacionalización” del Derecho del Trabajo a la inclusión de manera progresiva de los derechos laborales en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual, a su vez implicó la incorporación de los derechos laborales entre los derechos económicos, sociales y culturales (Boza, 2014, p.21). En la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de 1966, un grupo de derechos laborales fue incluido dentro del listado de derechos humanos. Dentro de este grupo tenemos a la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo (Canessa, 2009, p.350).

Asimismo, se incluyó el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo, la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado, las vacaciones periódicas pagadas, el derecho a un remuneración mínima (Canessa, 2009, p.350). Esta incorporación resulta muy importante pues otorga y dota de garantías a los derechos laborales precisados no solo frente al empleador, sino también frente al legislador y al propio constituyente. Tal como hemos precisado anteriormente y resalta Hector Barbagelata, los derechos humanos laborales contienen disposiciones y principios que forman parte de los

derechos y garantías inherentes a la personalidad humana. Por ese motivo, son oponibles e indisponibles frente a terceros. Asimismo, no podrían ser afectados por normas internacionales posteriores que comprendan un grado de protección menor o no los consideren en su totalidad (Barbagelata, 2009, p.250).

Esta internacionalización de los derechos laborales representó el reconocimiento de estos derechos en diversos países, que los incluyeron dentro de sus constituciones dotándolos de garantías frente al propio Estado y empleadores y cambiaron las condiciones laborales de muchos trabajadores. En el Perú, recién en la Constitución Política del Perú del año 1920 se reconoció de manera expresa algunos derechos laborales, tales como:

- Nadie puede ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.
- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.
- La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

De esta manera, se incluyó dentro de nuestra Constitución el derecho a trabajar de manera voluntaria, derecho a recibir una remuneración en contraprestación de los servicios efectuados por el trabajador, la obligación del Estado de legislar sobre la seguridad del trabajo y garantía de la vida, salud e higiene, se estableció que la ley fijará las condiciones máximas de trabajo. Previo a esta Constitución, en las Constituciones Políticas del Perú de los años 1860 y 1867 solo se había establecido dentro de sus disposiciones la prohibición a la esclavitud. Si bien la referida disposición está relacionada con la libertad de trabajo, el reconocimiento expreso de los derechos laborales recién se puede advertir en la Constitución del año 1920. De igual forma, la Constitución Política del Perú de 1933 precisó en su artículo 46° que sería la ley la que fijaría las condiciones máximas de trabajo.

Por su parte, el establecimiento de una jornada máxima de trabajo recién fue regulado en el artículo 44° de la Constitución Política del Perú de 1979, donde se fijó que la jornada ordinaria de trabajo era de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. En dicho artículo se reconoció también el derecho al descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios.

Como puede apreciarse de los párrafos precedentes, los derechos laborales se han ido consolidando de manera progresiva a través de su reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos y en las Constituciones. En ese sentido, la historia nos permite entender cómo estos derechos han ido adquiriendo gran importancia, su vinculación como derechos que permiten garantizar la dignidad humana y condición de ser humano. Por ese motivo, en el siguiente punto nos centraremos en estudiar y analizar las normas internacionales y nacionales vinculadas al derecho al descanso.

1.1. Marco Internacional.

1.1.1. Convenios y tratados sobre derechos humanos.

De conformidad a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En ese sentido, es importante que previo al análisis que realizaremos del derecho al descanso a partir de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina nacional, tengamos en cuenta lo dispuesto por los diversos instrumentos internacionales, de manera que se pueda evaluar de manera adecuada los alcances de este derecho.

A través de las siguientes disposiciones se reconoce el derecho al descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de la duración del trabajo y vacaciones periódicas pagadas:

- El artículo 12° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (1948) precisa que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.
- El artículo 24° de la DUDH (1948) dispone que toda persona tiene el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.
- El artículo VX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) precisa que toda persona tiene derecho al descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

- El artículo 7° literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1977) reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.
- El artículo 7° literal g) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988) dispone que los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

Asimismo, el literal h) del expuesto artículo establece que toda persona tiene derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Dentro de las referidas disposiciones existe el reconocimiento de los siguientes derechos: i) derecho al descanso, ii) disfrute del tiempo libre, iii) limitación razonable de la duración del trabajo (tanto diaria como semanal), iv) vacaciones periódicas pagadas, v) remuneración de los días festivos y vi) derecho a la protección de la ley frente a injerencias o ataques. Al respecto, Rodrigo Martín identifica en la DUDH distintos elementos que deben tomarse en consideración en torno al derecho al descanso:

- *“Un elemento subjetivo indeterminado: las personas. Todos los seres humanos son titulares del derecho que se reconoce, sin que pueda establecerse ninguna diferenciación por razón de origen o nacionalidad, edad, sexo, condición social o actividad, pudiendo ser esta pública o privada, abstracción hecha de su naturaleza, carácter o sector en el que se desarrolle.*
- *Cuatro elementos objetivos: descanso, tiempo libre, limitación de la jornada y vacaciones remuneradas. Así, el descanso presenta una doble dimensión que permite al trabajador reponer las fuerzas necesarias para trabajar y a su vez permite contar con la recuperación física y emocional de aquel. Asimismo, el disfrute del tiempo libre trasciende los límites del trabajo y se sitúa en el plano de la vida personal. Por su parte, la limitación de la jornada se realiza de acuerdo con la naturaleza de la actividad, teniendo en cuenta las particularidades concurrentes en cada caso. Por otro lado, las vacaciones periódicas retribuidas constituyen un mecanismo compensatorio del previo esfuerzo, por lo que sin trabajo no nace el derecho a las vacaciones que son retribuidas en la medida en*

que su cuantificación económica depende directamente del tiempo trabajado antes de su disfrute, dentro del año natural y como se expondrá”. (Martin, 2008, p.299-300).

El mencionado autor sostiene que el derecho al descanso es un derecho que le pertenece a todas la personas sin ninguna diferenciación (elemento subjetivo). Asimismo, tendría como objetivo que el trabajador reponga las fuerzas necesarias para trabajar y a su vez cuente con la recuperación física y emocional necesaria. Más adelante veremos que no necesariamente este es el único objetivo de este derecho y que incluso este no tiene ningún objetivo en particular y delimitante. En cuanto al disfrute del tiempo libre, este se encuentra relacionado con la vida privada del trabajador y su derecho a la intimidad. En relación a las vacaciones periódicas pagadas estas tienen carácter compensatorio y se otorgan como consecuencia del trabajo efectivo del trabajador.

Asimismo, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispuso que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectiva, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. Al respecto, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Para Hector Barbagelata la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales. Al respecto, la doctrina sostiene que el carácter progresivo de estos derechos se manifiesta:

“a) en su número, b) en su extensión y profundización, c) en sus garantías, d) en su reconocimiento internacional, e) en que la evolución o transformación de un derecho no se opera a partir de su desaparición, sino mediante su mantenimiento

conjuntamente con la consagración de nuevos derechos de él derivados y f) la forma en que esos derechos se incorporan, se regulan y se interpretan “(Barbagelata, 2009, p.244).

Este principio, según Barbagelata, se integra con la primacía de la disposición más favorable a la persona humana o cláusula del individuo más favorecido, por la idea-fuerza de la justicia social (apertura de nuevas expectativas de mejoramiento individual y social) que está integrada al sistema jurídico de todos los miembros de la OIT a través de su Constitución y la Declaración de Filadelfia (Barbagelata, 2009, p.245).

En virtud de lo precisado, los derechos humanos laborales como el derecho al descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de la duración del trabajo (tanto diaria como semanal), vacaciones periódicas pagadas, remuneración de los días festivos y derecho a la protección de la ley frente a injerencias o ataques tienen reconocimiento universal. Asimismo, los Estados Partes tienen el compromiso de adoptar medidas legislativas que garanticen la plena efectividad de los referidos derechos. Finalmente, estos derechos integran dentro de sus principios la idea fuerza de justicia social que implica la apertura de nuevas expectativas de mejoramiento individual y social.

Debido a lo anterior, podemos concluir que estos derechos deben ser gozados de manera plena así como se debe garantizar su efectividad con la finalidad que cumplan el objetivo de asegurar al trabajador una vida digna.

1.1.2. Convenios de la OIT.

La OIT como agencia tripartita de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y como parte de sus objetivos estratégicos de promover y cumplir las normas, los principios y derechos fundamentales en el trabajo, ha emitido diversos convenios relacionados al derecho al descanso, cada uno con sus propias particularidades conforme expondremos a continuación:

1.1.2.1. Descanso semanal.

De conformidad al artículo 2° del Convenio N° 14 (Convenio sobre el descanso semanal industria, 1921) el trabajador deberá disfrutar, en el curso de cada período de siete días, de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas. De igual forma, el artículo 6° del Convenio N° 106 (Convenio sobre el descanso semanal, comercio y oficinas, 1957) establece también el derecho a un período de descanso semanal ininterrumpido de

veinticuatro horas, como mínimo, en el curso de cada período de siete días. Ambos convenios ratificados por el Estado Peruano.

Conforme se advierte de las referidas disposiciones, se establece un derecho mínimo de descanso de 24 horas en un periodo de 7 días. En ese sentido, se pueden desprender tres aspectos principales: i) la duración (al menos 24 horas), ii) la periodicidad (cada siete días) y iii) la continuidad (horas consecutivas) (OIT, 2018, p.77).

Conforme el análisis que efectuaremos posteriormente resulta importante la continuidad del tiempo de descanso y su carácter ininterrumpido. Ello con la finalidad que logre su propósito de permitir que los trabajadores recobren su energía física y mental, puedan tener una vida social y familiar adecuada y en líneas generales dispongan de manera autónoma de su tiempo libre sin injerencias arbitrarias de terceros.

Por otra parte, el artículo 8 del Convenio N° 106 señala que podrá la autoridad competente y conforme a la legislación y práctica de cada país habilitar excepciones temporales totales o parciales del descanso semanal (suspensión o disminución) en los siguientes supuestos: i) en caso de accidente o grave peligro de accidente y en caso de fuerza mayor o de trabajos urgentes que deban efectuarse en las instalaciones, pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal del establecimiento ii) en caso de aumentos extraordinarios de trabajo debidos a circunstancias excepcionales, siempre que no se pueda normalmente esperar del empleador que recurra a otros medios y iii) para evitar la pérdida de materias perecederas. Asimismo, precisa que las excepciones temporales deberán ser consultadas a las organizaciones representativas interesadas de empleador y trabajadores si las hubiere.

Asimismo, precisa que en caso se autoricen excepciones temporales se deberá conceder a las personas interesadas un descanso semanal compensatorio de una duración equivalente a la regulada en el referido convenio.

Estas excepciones al no goce del descanso semanal nos evidencian dos temas importantes y fundamentales para efectos de la presente tesis: i) solo ante supuestos razonables y estrictamente necesarios se podrían habilitar excepciones al goce del descanso semanal tales como accidentes, grave peligro de accidentes, fuerza mayor o trabajos urgentes que sean necesarios para evitar una perturbación en el funcionamiento normal del establecimiento, aumentos extraordinarios de trabajo pero solo ante causas excepcionales y que no existan otros medios a recurrir y pérdida de

materias perecederas y ii) en caso existan estas excepciones se debe conceder un descanso semanal compensatorio.

Por ello podemos concluir en principio que para disponer de este derecho humano laboral deben existir supuestos estrictamente razonables y excepcionales y en segundo lugar, que el trabajador no pierde el derecho al descanso semanal, ya que según el mencionado convenio el trabajador tendría derecho a que de igual forma se le conceda un descanso semanal compensatorio de una duración equivalente, lo que nos permite advertir también el carácter irrenunciable del derecho al descanso en todas sus manifestaciones.

1.1.2.2. Vacaciones anuales.

De conformidad al numeral 1 del artículo 2° del Convenio N° 52 de la OIT (Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936): *“Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables por lo menos”*. Asimismo, el artículo 4° del mencionado convenio señala que *“se considera nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o a la renuncia a las mismas”*. En esa misma línea, el Convenio N° 132 de la OIT (Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1970) en su numeral 1 artículo 3° señaló lo siguiente: *“Toda persona a quien se aplique el presente convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada”*. Este convenio no ha sido ratificado por Perú.

De esta manera, los convenios internacionales de la OIT reconocen también el derecho del trabajador a vacaciones pagadas, en contraprestación de las labores efectuadas durante un año de servicios. De esta manera en el Convenio N° 52 también se establece una duración mínima del descanso (al menos 6 días) luego de un período de un año de servicios. No se indican excepciones de interrupción de este derecho.

En relación al mencionado convenio, puede advertirse que en Perú el artículo 11° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 713 excluye del goce de vacaciones a los trabajadores que no alcancen el mínimo de cuatro horas diarias de labor, conocidos en nuestra legislación como trabajadores a tiempo parcial. No obstante, tal como se señala en el informe N° 136 – 2018 – MTPE/2/14.1 al Estado Peruano haber ratificado el Convenio N° 52 de la OIT y de conformidad a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 que precisa que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y

con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, se debe considerar lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2° antes citado, por lo cual a los trabajadores a tiempo parcial les corresponde el derecho de vacaciones al menos 6 días luego de la prestación de un año de servicios.

1.1.3. Normativa en la Unión Europea sobre el derecho al descanso.

La Directiva N° 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 4 de noviembre de 2003 define al período de descanso como todo período que no sea tiempo de trabajo. Si bien resulta una definición muy corta, consideramos que resume de manera clara la naturaleza del derecho al descanso, pues efectivamente es un tiempo que no le corresponde al empleador al no ser parte ni encontrarse vinculado a la jornada de trabajo.

La directiva en mención introduce también el concepto de descanso “adecuado”, catalogándolo como el período regular de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo.

Dicha directiva nos proporciona una definición idónea del derecho al descanso, así como establece algunos objetivos de este derecho. En principio, precisa que un descanso adecuado es un período continuo, lo que evidencia nuevamente que una característica del derecho al descanso es su carácter ininterrumpido. Por otro lado, fija como objetivo del descanso que evite cualquier lesión a la salud del trabajador, por eso, precisa que debe ser lo suficientemente largo y continuo para prevenir ello.

Conforme a lo señalado queda claro que parte de los objetivos del derecho al descanso también es proteger al trabajador de cualquier contravención a su salud. Por ello, tanto a nivel internacional como nacional para los trabajadores se fijan diversas modalidades de descanso como descanso semanal, descanso vacacional, descanso intra-jornada e inter-jornada.

Dado que lo regulado por la Unión Europea y España nos proporciona otras características del derecho al descanso a través de la regulación realizada del descanso intra-jornada e inter-jornada, resulta importante en los próximos numerales describir de manera más detallada la normativa vinculada a los referidos descansos.

1.1.3.1. Descanso intra-jornada.

El artículo 4 de la Directiva N° 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 4 de noviembre de 2003 establece lo siguiente:

Artículo 4 Pausas.- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación

En ese sentido, para jornadas diarias mayores a seis horas se determina el derecho del trabajador a disfrutar de una pausa, un descanso intermedio. Al respecto, en España también se establece que cuando la duración de la jornada fuese a prolongarse más allá de un determinado tiempo, los trabajadores tienen el derecho de disfrutar necesariamente de una pausa intermedia, la cual, catalogan como descanso intra-jornada. (Basterra, 2016, p.246). Miguel Basterra precisa que la finalidad de esta norma es salvaguardar la salud física y psicológica del trabajador, lo cual, se conseguiría mediante esta breve interrupción, que le permite desconectar de las obligaciones y la rutina laboral a lo largo del día de trabajo y, además, satisfacer sus necesidades fisiológicas (Basterra, 2016, p. 246 -247). En relación a las necesidades fisiológicas, según la pirámide de Maslow, las podríamos definir como necesidades básicas para la supervivencia del individuo como respirar, alimentarse, vestirse, hidratarse, descansar, entre otros (Sevilla, 2015).

Así, el Estatuto de Trabajadores (ET) de España, en su artículo 34° señala lo siguiente:

Artículo 34. Jornada.

(...)

4. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores menores de 18 años, el período de descanso tendrá una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

Sobre el particular, en España, la STS de 03 de junio de 1999 (Rec. 4319/1998) estableció que *“la finalidad del descanso de la jornada continuada es romper la permanencia del esfuerzo laboral durante más de seis horas y proporcionar un tiempo libre para un refrigerio”*, siendo que la ratio legis de dicho descanso radica en la necesaria reposición de energías físicas y psíquicas consumidas, satisfaciendo a su vez necesidades vitales” (Basterra, 2016, p. 247)

Si bien en la práctica se utiliza este tiempo para la alimentación, consideramos que no necesariamente el trabajador se encuentra obligado a realizar dicha acción, siendo él quien determine qué actividades realizar en dicho tiempo de descanso o simplemente no hacer nada. La necesidad de regular este descanso intermedio tiene por finalidad en principio interrumpir el esfuerzo laboral, reponer energías físicas y psíquicas y de ser el caso satisfacer necesidades vitales. Sin embargo, no se restringe solo a estas finalidades.

Sobre este punto, el artículo 14° del Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo – D.S. N° 008–2002–TR precisa que el horario de refrigerio es el tiempo establecido por la ley que tiene como finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso.

En ese sentido, advertimos que en Perú la legislación no ha restringido a una sola finalidad el uso de tiempo de refrigerio sino que brinda la opción que el trabajador pueda utilizar dicho tiempo como considere conveniente.

1.1.3.2. El descanso inter-jornadas.

El artículo 3° de la Directiva N° 2003/88/CE exhorta a los Estados miembros a garantizar un periodo mínimo de descanso diario de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro. Tal como señala Miguel Basterra, el propósito de este derecho es i) velar por la salud del trabajador, mediante un descanso que le permita recuperarse del desgaste físico y psicológico derivado de la prestación de servicios continuada, ii) garantizarle un tiempo mínimo libre para atender sus necesidades personales y iii) dedicación a los demás aspectos de su vida como ciudadano (Basterra, 2016, p.266).

En España, el artículo 34.3 del ET también regula este descanso y establece que entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente debería existir un descanso mínimo de doce horas. Este tiempo de reposo entre los días de trabajo sucesivos ha sido catalogado como: descanso inter-jornadas (Basterra, 2016, p.262)

Tanto la Unión Europea como España regulan la necesidad que existan descansos entre jornadas sucesivas que permitan salvaguardar la salud del trabajador y sus actividades personales. La falta de aplicación de este descanso podría implicar largas jornadas de trabajo sin el descanso adecuado, consecuencias en la salud del trabajador, omisión de actividades de ocio o de realización personal del trabajador, lo cual, condiciona la vida del trabajador a sólo trabajar sin tener la libertad de realizar otras actividades de su interés personal.

1.2. Marco Nacional

Conforme a nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el artículo 1° de la Constitución Política del Perú señala que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo los derechos fundamentales los medios para tutelar de manera óptima al hombre en su dignidad y libertad. Estos derechos cuentan con una dimensión objetiva y subjetiva, así como tienen eficacia horizontal y vertical (Landa, 2014, p.221):

“(i) dimensión objetiva, en tanto valores de nuestro ordenamiento constitucional que el Estado debe respetar y a los cuales se encuentra vinculado tanto positiva como negativamente, sirviendo como guía para orientar la producción, aplicación e interpretación de las normas jurídicas; y una (ii) dimensión subjetiva, en tanto constituyen aquella esfera de pretensiones y necesidades legítimas jurídicamente reconocibles de los particulares, siendo también oponibles hacia el Estado y frente a los mismos particulares.

(...)

(i) eficacia vertical, entendida como la exigibilidad y oponibilidad de ellos hacia el Estado; y (ii) eficacia horizontal, pues los derechos fundamentales se irradian a la sociedad en su totalidad y es posible exigir su respeto y defensa no solo al Estado, sino también a los particulares.

En ese sentido, la garantía y respeto de los derechos fundamentales por parte del Estado y los particulares constituye un deber exigible. Asimismo, su sustento principal radica en la dignidad y defensa de la persona.

Por su parte, El derecho al descanso como derecho humano fundamental de la persona se encuentra reconocido de manera constitucional en el inciso 22° artículo 2°, el cual, específicamente señala que toda persona tiene derecho a: “A la paz, a la tranquilidad, al

disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". Asimismo, el artículo 25° de nuestra carta magna precisa que "(...)los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio".

Como vemos, el derecho al descanso forma parte del objeto de protección de nuestra Constitución y como derecho fundamental tiene tanto eficacia horizontal como vertical. Su disfrute y compensación ha sido regulado a nivel normativo. Al respecto, el 8 de noviembre de 1991, se publicó el Decreto Legislativo N° 713 (en adelante, D.L.N° 713), con el objeto de consolidar la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Asimismo, el 03 de diciembre de 1992, se publicó el D.S. N° 012 -02 -TR, "*aprueban el Reglamento del Decreto Legislativo N° 713* (en adelante, D.S. N° 012-02.TR). En ambas normas, se regula el disfrute del derecho al descanso a través del: i) descanso semanal obligatorio, ii) descanso en días feriados y iii) vacaciones anuales.

Para efectos de la presente tesis, es importante abordar las principales características de esta regulación a efectos de poder determinar los alcances del derecho al descanso en todas sus manifestaciones.

1.2.1 Descanso semanal obligatorio.

El D.L. N° 713, en su artículo 1° señala que el trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo. Asimismo, respecto a este derecho, se establece lo siguiente:

- Cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva. (Artículo 2° del D.L.N° 713).
- Los trabajadores que laboren en su día de descanso sin sustituirlo por otro día en la misma semana, tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%. (Artículo 3° del D.L.N° 713).
- La remuneración por el día de descanso obligatorio de los trabajadores remunerados semanalmente es equivalente a la de una jornada ordinaria y se abonará en forma

directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados en dicho período (Artículo 1° del D.S. N° 012 -02 –TR).

- Por excepción, ni el descanso sustitutorio ni el pago por descanso semanal obligatorio omitido son exigibles en los casos de trabajo realizado por miembros de una misma familia; tampoco en el caso de trabajadores que intervienen en labores exclusivamente de dirección o inspección, y en general todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; así como en el caso de trabajadores que perciban el 30% o más del importe de la tarifa de los servicios que cobra el establecimiento o negocio de su empleador (artículo 5° del D.S. N° 012 -02 –TR).

Al respecto, existen algunos cuestionamientos que tenemos sobre esta normativa. En principio, tal como lo señalamos precedentemente, a través de esta regulación podemos advertir el carácter continuo y remunerado del descanso semanal. En segundo lugar, la normativa en mención admite que se pueda cambiar el día de descanso semanal o en caso no se sustituya con descanso el trabajo realizado ese día, el pago de una sobretasa del 100%. Por último, no es exigible en algunos puestos como los de dirección o puestos sin fiscalización superior inmediata.

Vemos pues, que nuestra normativa dispone la sustitución del descanso semanal con el pago de una sobretasa sin establecer alguna limitación respecto a esta posibilidad que se le brinda al empleador, tanto en la cantidad de veces que podría el empleador sustituir dicho descanso con el pago de la mencionada sobretasa como en cuanto a los supuestos en se podría realizar dicha sustitución, dejando abierta la posibilidad que el empleador sustituya este descanso las veces que lo requiera y sin ningún sustento objetivo, lo cual, incluso no va conforme a los lineamientos precisados en el Convenio N° 106 de la OIT donde se admiten excepciones temporales o parciales de suspensiones o disminución de descanso semanal aprobado por la autoridad competente en los siguientes supuestos:

- En caso de accidente o grave peligro de accidente y en caso de fuerza mayor o de trabajos urgentes que deban efectuarse en las instalaciones, pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal del establecimiento.
- En caso de aumentos extraordinarios debido a circunstancias excepcionales, siempre que no se pueda normalmente esperar del empleador que recurra a otros medios.
- Para evitar la pérdida de materias perecederas.

El mencionado Convenio establece supuestos en los cuales sí se podría interrumpir el referido descanso pero con excepciones. Consideramos que las disposiciones de la normativa peruana sobre la materia vulneran la finalidad del derecho al descanso.

Por otro lado, la casación laboral N° 11828 – 2016 – LIMA, sobre el descanso semanal precisa que tiene por objeto el reposo reparador tanto físico como psíquico del trabajador luego del desgaste producido en el ciclo laboral semanal, al tiempo que le permite el desarrollo de la esfera personal y familiar de la vida; es decir, interactuar con su familia y su entorno social.

Asimismo, sobre que el descanso en principio es preferentemente domingo señala lo siguiente:

“en el ámbito internacional, se apreció desde los primeros documentos ratificados por la Comunidad Internacional, surgida tras la firma del Tratado de Versalles, la necesidad de regular el descanso dominical; este Tratado de Versalles de veintiocho de junio de mil novecientos diecinueve, contempló, entre sus apartados dirigidos a mejorar las condiciones de trabajo, la incorporación en las legislaciones nacionales de los Estados partes del convenio, de un descanso semanal de veinticuatro horas, que debería comprender, dentro de lo que fuese posible el día domingo (artículo 427). Para dar cumplimiento al Tratado citado, la Organización Internacional de Trabajo aprobó en mil novecientos veintiuno el Convenio número Catorce (14), dedicado a la aplicación del descanso en las empresas industriales, precisando que el descanso coincidirá siempre que sea posible, con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región; por su parte el Convenio número ciento seis (106) OIT ratificado por el Perú el once de julio de mil novecientos ochenta y ocho precisa lo mismo en su artículo 6.3.

La Comisión de Expertos en la aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT recuerda que el ámbito de aplicación y la finalidad del Convenio 14, es otorgar a los trabajadores un periodo de descanso semanal ininterrumpido, comprendiendo no menos de veinticuatro horas en el curso de cada periodo de siete días, debiendo ser este periodo de descanso, en la medida de lo posible, el mismo para todos y coincidir con el día ya designado por tradición o costumbre como día de descanso semanal; empero se recoge excepciones totales o parciales a la norma general sobre el descanso semanal establecida, como lo sería de necesidad para mantener en funcionamiento algunos establecimientos o circunstancias excepcionales”.

En la referida casación se admite la posibilidad de modificar el día de descanso semanal siempre y cuando exista una necesidad de la empresa de mantener en funcionamiento algunos

establecimientos o circunstancias excepcionales. En el caso objeto de la mencionada casación se determinó que la empresa no había probado la situación de excepcionalidad y que sustente la variación del descanso dominical a otro día.

En ese sentido, si bien se permite el cambio del descanso semanal de domingo a otro día, la Corte Suprema señaló que debe acreditarse esta situación de excepcionalidad, dotando de razonabilidad al cambio que pudiera hacer el empleador de este descanso semanal.

1.2.2. Descanso en días feriados.

El artículo 5° del D.L.N° 713 indica que los trabajadores tienen derecho al descanso remunerado en los días feriados señalados en dicha normativa, así como en los días que se determinen por dispositivo legal específico. Estos feriados, de conformidad al artículo 8° del D.L N° 713 son remunerados y en caso de trabajar en día feriado sin descanso sustitutorio, el trabajador tiene derecho conforme al artículo 9° del D.L N° 713 al pago de una sobretasa de 100%.

Esta norma también admite la posibilidad de sustituir el descanso en día feriado con el pago de una sobretasa, lo cual, abre también la posibilidad al empleador de disponer de manera indiscriminada del derecho al descanso del trabajador. Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia recabada en el expediente N° 04539 -2012 -PA/TC precisó que no resulta razonable sancionar a trabajadores que decidieron no laborar en día feriado no laborable, ya que se encontraban ejerciendo su derecho al descanso, lo contrario no resulta compatible con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y la dignidad del trabajador recogidos en los artículos 22° y 26° de la Constitución Política del Perú.

De esta forma, a través de la referida sentencia se hace alusión al derecho al descanso como un derecho irrenunciable por lo que no sería razonable incluso que exista una sanción disciplinaria por el ejercicio de este derecho, solo porque el empleador brinde la directriz de que dicho día el trabajador debe laborar y sustente el pago de la sobretasa como parte de dicha exigencia, lo contrario sería vaciar de contenido al derecho al descanso.

1.2.3. Vacaciones anuales.

El artículo 10° del D.L. N° 713 modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1405 establece que el trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. No obstante,

dicho derecho está condicionado, por el cumplimiento del récord que se señala a continuación:

i) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período y ii) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.

Asimismo, conforme al artículo 11° del D.S N° 012 -92 -TR tiene derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios el récord precisado precedentemente. A continuación, mencionaremos algunas disposiciones que consideramos importantes para la presente investigación:

- El artículo 19° del D.L. N° 713 habilita la posibilidad al empleador de reducir de treinta a quince días calendario el descanso vacacional siempre y cuando exista la respectiva compensación de quince días de remuneración. La “compra” de vacaciones se realiza mediante acuerdo escrito entre el trabajador y el empleador.
- De conformidad al artículo 23° del D.L. N° 713, los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente: i) una remuneración por el trabajo realizado; ii) una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y iii) una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso.
- El trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales (artículo 18° del D.L. N° 713)

Si tomamos en cuenta que el derecho al descanso del trabajador es un derecho irrenunciable y que la finalidad de este derecho entre otros objetivos es salvaguardar la salud del trabajador, el pago de una indemnización por no goce del descanso vacacional, no debería implicar que el trabajador no pueda gozar igual del referido derecho. Asimismo, si bien se permite acumular y vender vacaciones, éstas disposiciones no contravienen el piso mínimo de días de descanso vacacional regulado en el Convenio N° 52 de la OIT, donde se establece un mínimo de 06 días de descanso vacacional luego del año de servicios.

Por otro lado, el artículo 14° del D.L. N° 713 precisa que la oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador. A falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz. Al respecto, consideramos que

dicha disposición que habilita al empleador a decidir el goce del descanso vacacional del trabajador sin algún sustento objetivo e idóneo y sin ninguna restricción limita la autonomía del trabajador de decidir y organizar su derecho al descanso vacacional. Cabe precisar, que este último supuesto solo se da en caso el trabajador goce de sus treinta días de vacaciones, pues para el fraccionamiento el empleador no tiene esta potestad en nuestra opinión.

Sobre el particular, de conformidad con el artículo 7.2. del D.S. N° 002 -2019 -TR, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405, Decreto Legislativo que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar, para el sector privado, *“La oportunidad del descanso vacacional y de su fraccionamiento se fija de común acuerdo entre el empleador y el trabajador. A falta de acuerdo, el empleador decide la oportunidad del goce, más no el fraccionamiento”*.

Por otra parte, el artículo 24° del D.S. N° 012 -02-TR precisa que la indemnización por falta de descanso vacacional no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. Al respecto, la casación N° 6462-2017-Lima resolvió que el trabajador no tenía derecho a una indemnización vacacional ya que sí contaba con la capacidad para decidir sobre el uso de sus vacaciones al ser personal de dirección. Asimismo, se determinó que el demandante no acreditó que la empresa le haya negado el otorgamiento de su derecho al goce de descanso vacacional.

Por su parte, la Casación N° 8568 -2018 -Lima precisó que la indemnización vacacional no corresponde a los gerentes y representantes que en ambos casos, tengan capacidad para decidir por sí mismos hacer o no efectivo el goce del descanso vacacional, precisando que le corresponde al empleador probar lo siguiente: i) el gerente o su representante de la empresa, tenían dentro de sus atribuciones decidir por sí mismos hacer o no efectivo el goce del descanso vacacional, esto es, si podían o no programar de manera discrecional su rol de vacaciones; o de ser el caso y ii) el gerente o representante de la empresa no estaban sujetos a coordinación, autorización previa o tenían falta de autonomía para decidir o decidieron de manera expresa no hacer uso de su descanso vacacional.”

Resulta sólo razonable excluir de esta indemnización al personal de dirección o representantes siempre y cuando haya sido imputable a estos y no hayan dependido de ninguna persona dentro de la empresa para ejercer su derecho al descanso vacacional .Pues, efectivamente si está en el control de estos trabajadores el goce de su descanso vacacional resulta más complicado para la empresa como tal poder exigir el goce de vacaciones. Sin perjuicio de ello, consideramos

importante que cada empresa tenga una política que incentive al goce de vacaciones por parte de este grupo de trabajadores no solo por un tema de salud, sino también exista un adecuado equilibrio vida familiar, personal y trabajo. Estos últimos puntos lo trataremos más adelante en la presente investigación.

Finalmente, tenemos la Resolución de Superintendencia N° 167 – 2019 – SUNAFIL, que aprobó los criterios adoptados por el Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL (Comité) donde se estableció el siguiente criterio normativo:

Tema N° 2: Indemnización y descanso vacacional.	El no goce del descanso vacacional efectivo, queda subsanado por el pago que sea realizado por el empleador de los conceptos a los que se refiere el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713.
--	---

De la lectura del referido criterio advertimos que para el Comité ya no sería necesario que el trabajador goce de igual forma del descanso vacacional que en su oportunidad no gozo quedando subsanado este derecho con el pago de la indemnización precisada en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713. Al respecto, somos de la opinión que dicha premisa no estaría de acorde con la constitución y normativa internacional, pues implicaría que el trabajador no goce de su derecho al descanso a cambio de un pago indemnizatorio, medida que podría ser utilizada de manera desproporcional y permanente, no existiendo límite para que el empleador disponga del derecho al descanso del trabajador a cambio del pago de una indemnización.

Conforme lo hemos señalado precedentemente, el artículo 4° del Convenio N° 52 de la OIT señala que “*se considera nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o a la renuncia a las mismas*”. De esta forma, aceptar como cierto y válido lo señalado por el Comité implicaría una renuncia a este derecho. Como veremos más adelante el derecho al descanso es un derecho de autodeterminación del trabajador que no tiene finalidades restrictivas y que a su vez protege diversos derechos constitucionales, así como tiene carácter irrenunciable.

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre del 2017 emitida en la ciudad de Luxemburgo, se precisó lo siguiente:

“Por consiguiente, a falta de disposiciones nacionales que establezcan una limitación del aplazamiento de las vacaciones conforme a lo exigido por el Derecho de la Unión, admitir una extinción de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos por el trabajador implicaría dotar de validez a un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento injusto del empresario en detrimento del objetivo de la Directiva de preservar la salud del trabajador (Bates, Christian:2021)”.

De esta forma, el extinguir el derecho al descanso como precisa dicha sentencia implicaría un enriquecimiento injusto del empresario en detrimento de preservar la salud del trabajador. Tal como veremos más adelante a través del derecho al descanso se protegen otros derechos constitucionales, por ello lo señalado por el Comité en nuestra opinión no va de acorde con la normativa internacional y nacional.

2. Fundamentos y contenido del derecho al descanso.

Juan Gorelli, señala que el derecho al descanso es el cese de prestación de servicios, por ello, el trabajador no se encuentra sometido a las facultades directivas del empresario. Indica que el derecho al descanso limita el tiempo de trabajo y que usualmente es asociado con el reposo y necesidad del trabajador de reponer las fuerzas gastadas por un largo período de trabajo continuado. Sin embargo, como menciona dicho autor, en la actualidad la finalidad u objetivo del descanso ha ido ampliándose a: i) el ocio, ii) atención de la familia, iii) necesidades de carácter social. No existiendo, obligatoria causal para que el trabajador descanse físicamente (Gorelli, 2014, 60).

Resulta razonable concluir que efectivamente el trabajador no se encuentra obligado a desarrollar ciertas actividades durante su tiempo de descanso o utilizar este tiempo para descansar, sino que existe libertad para que este pueda desempeñar las actividades que considere pertinente. Como señala la STS de 30 de abril de 1996, RJ 1996/3267 de España el derecho al descanso es un “tiempo de esparcimiento o desalineación” (Gorelli, 2014, 62), que involucra también el derecho a disfrutar del tiempo libre, derecho humano universal reconocido por diversos instrumentos internacionales y que tiene como finalidad que el trabajador sea libre de escoger qué realizar en dicho periodo.

Miguel Angel Osorno Zarco, precisa que el aprovechamiento del tiempo libre es:

el uso constructivo que el ser humano hace de él, en beneficio de su enriquecimiento personal y del disfrute de la vida en forma individual o colectiva, que tiene como funciones básicas el descanso, la diversión, el complemento de la formación, la socialización, la creatividad, el desarrollo personal, la liberación en el trabajo y la recuperación sicobiológica (Osorno, 2001).

Por otro lado, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT concluyó que (STC Exp. N° 4635 -2004 – AA/TC- aclaración, 11 de mayo de 2006):

“El principio fundamental es que la vida no está hecha solamente de trabajo: debe protegerse efectivamente a todo ser humano del cansancio físico y mental extremo y proporcionársele oportunidad para disfrutar del esparcimiento y de la vida familiar y social. En la actualidad, sigue siendo válido el principio de incorporar a la regulación de las horas de trabajo la perspectiva de los derechos humanos. La duración del tiempo de trabajo y del período del descanso son condiciones esenciales de toda relación del empleo. En consecuencia, cada trabajador de la economía mundial debe tener derecho a la protección de una norma que establezca la duración máxima de su trabajo y la duración mínima de su descanso, independientemente del lugar en que haya nacido o su residencia”.

En ese sentido, resulta claro que el derecho al descanso y uso de tiempo libre le corresponde al trabajador, por ese motivo, él tiene libertad de decidir qué realizar en su tiempo libre. Miguel Bastera Hernandez considera que el derecho al descanso protege la esfera psicológica de la salud, en tanto permite desconexiones periódicas y frecuentes del trabajo al tiempo que posibilita la realización de eventos de pequeña entidad relacionados con el ocio, la vida personal o familiar (Bastera, 2016, p.349).

Asimismo, Nuria Reche especifica que el tiempo de descanso al que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos, a su vez está relacionado con la necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo y se manifiesta, por una parte, en la limitación de la jornada para permitir que los individuos puedan satisfacer sus necesidades vitales, esto es, el tiempo y por otra parte, en la concesión de tiempo adicional de descanso para posibilitar que los sujetos se recuperen tras los períodos de actividad prolongada (Reche, 2019, p. 34).

La otra finalidad en concreto como señala la referida autora citando a Cano Galán y Sempere Navarro sería el desarrollo social del individuo y una concepción amplia, que estaría relacionada

con la necesidad que el trabajador disponga de tiempo de ocio o que pueda destinarlo a aspectos de su vida privada y de sociabilidad con otros individuos (Reche, 2019, p.35).

Lo contrario, como señala Cristobal Molina, sería inconstitucional pues toda concepción - toda conducta y/o práctica- empresarial -y social- que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, reduce a simple factor de producción al trabajador. (STCO 192/2003, 27 de octubre, España) (Molina, 2017, p.275).

En efecto, el tiempo de descanso le pertenece al trabajador y es él quien decide qué actividades efectuar. Asimismo, este tiempo no es parte del tiempo de trabajo, motivo por el cual, no existiría legitimidad para que el empleador dicte órdenes relacionadas al trabajo, ni que sancione al trabajador en caso no quiera cumplir sus órdenes. Si bien el trabajador de manera voluntaria podría realizar horas extras, estas tampoco deberían efectuarse de manera ordinaria y regular, pues implicarían una extensión indebida de la jornada de trabajo.

Lo anterior lo podemos advertir en la Casación N° 1684 -2003 – La Libertad donde se establece que ni el empleador ni el trabajador puede pretender exigir que la jornada legal sobrepase su duración y si la admiten voluntariamente, tiene el carácter de jornada extra, que por su naturaleza y propia denominación no puede ser permanente, sino ocasional, contingente o eventual. No puede existir pacto que importe la prestación diaria y continúa de horas extras, pues ésta afectaría no solamente el rendimiento, sino lo que es más importante, ocasionaría el desgaste fisiológico del trabajador que no puede ser compensado por ningún salario.

En el tercer párrafo del sexto considerando de la Casación Laboral Mo 7372-2012-LA LIBERTAD, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, señaló lo siguiente:

“El reconocimiento constitucional del derecho fundamental de los trabajadores al descanso remunerado se instituye del derecho fundamental al trabajo, en el entendido que el trabajador es un ser humano de protección relevante para el Estado, por el aporte físico o intelectual que aporta al empleador, sean empresas o instituciones privadas o estatales conforme al marco de protección del Estado democrático, constitucional y social de derecho y a una justicia social e inclusiva; añádase que los derechos fundamentales bajo referencia se encuentran en un sistema de protección integral del trabajador, donde otros como el derecho fundamental a la vida y a la salud alcanzan su mayor eficacia, toda vez que a

través del descanso vacacional remunerado se cuida precisamente la vida, la integridad físico -emocional de los trabajadores; en estricto, resulta, por tanto, exigible al empleador garantizar a aquellos, recuperen las energías invertidas en su labor efectiva de trabajo, lo cual a su vez como consecuencia lógica permitirá el desarrollo y productividad; y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona e integrante de un grupo familiar y de la Comunidad, en miras de un mayor aporte al Estado mismo”.

En ese sentido, a través del derecho al descanso también se cuida la vida y la integridad físico – emocional de los trabajadores y posibilita a que los trabajadores puedan atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona e integrante de un grupo familiar y de la comunidad.

2.1. Protección de otros derechos fundamentales a través del derecho al descanso.

2.1.1. Libre desarrollo de la personalidad.

La libertad como derecho fundamental se encuentra regulada en el inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Este derecho resulta esencial para garantizar el libre desarrollo de los seres humanos. Asimismo, permite proteger la razón de ser de la persona y su propia identidad (Fernández, 2006, p.30). Carlos Fernández, respecto a este derecho señala lo siguiente:

“La trascendencia de la libertad reside en que ella se constituye como lo que diferencia a la persona de los demás seres del mundo en cuanto es su ser. La persona es, así, una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. La libertad es lo que hace a la persona ser persona. Proteger jurídicamente la libertad es, por consiguiente, proteger el ser de la persona y, con ella, su vida misma, su razón de ser y su propia identidad. En esto radica la importancia del derecho a la libertad” (Fernández, 2006, p.30).

Según Juan Manuel Sosa Sacio, la libertad se puede manifestar a través de dos formas: i) libertad básica o esencial; y, ii) derechos de libertad. En principio, la libertad básica o esencial es aquella destinada a maximizar la autonomía y es reconocida en la Constitución Política del Perú a través de tres modelos básicos (Sosa, 2018, p.181-183):

a) libertad formal o negativa, como la falta de obstáculos arbitrarios para la capacidad de hacer o no hacer. Esta manifestación de libertad la podemos ver

materializada en el inciso 24 artículo 2° de la Constitución Política del Perú: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

b) libertad positiva o de acción, como aquella que se refiere tanto a la remoción de obstáculos como al ejercicio de la libertad humana en sentido amplio. Esta forma de libertad protege la esfera de decisión de las personas, siendo que esta solo podrá ser limitada si existen razones de índole constitucional y que hayan sido establecidas a través de medidas proporcionales. El reconocimiento de esta libertad la podemos advertir en el inciso 1 artículo 2°: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

c) libertad real o sustantiva, como la satisfacción de necesidades básicas que permitan una vida digna y, a partir de ahí, garantizar una verdadera autonomía a las personas para efectos de poder decidir libremente sobre sus acciones. Es decir, cada persona puede optar por un proyecto de realización personal que considere valioso y finalmente pueda efectuarlo. Este derecho lo podemos ver materializado en nuestra constitución en los siguientes artículos (Sosa, 2018, p.181-183):

- Inciso 1 del artículo 2°: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

- Artículo 44°: Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...).

Por su parte, los derechos de libertad, según el mencionado autor, si bien serían concreciones de la libertad negativa antes referida, podrían clasificarse como libertades de tránsito, expresión, opinión, pensamiento, religiosa o artística (Sosa 2018:183).

Bajo la clasificación propuesta, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, estaría dentro de la libertad básica o esencial, en la medida que a través de dicho concepto de libertad se protege la esfera de decisión de la persona, la falta de obstáculos arbitrarios de hacer o no hacer, verdadera autonomía que permita decidir libremente y satisfaga necesidades básicas que permitan una vida digna y que cada persona pueda optar por proyectos de realización personal que considere valiosos.

En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza una libertad general de actuación de la persona, siendo que su ejercicio y reconocimiento se vinculan con la autonomía y dignidad de la persona. Al respecto, la sentencia recaída en el expediente N° 2868-2004-AA, señala que:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.”

En la sentencia recaída en el expediente N° 32-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional precisa que el sentido de este derecho es amplio de tal forma que permite razonablemente a la persona desenvolver su personalidad con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material:

“ (...) el Tribunal Constitucional (...) considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.”

En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene un contenido sumamente amplio, siendo que se garantiza constitucionalmente el libre ejercicio de las múltiples manifestaciones de personalidad de los individuos. Al fin y al cabo, “(...) *el derecho ha sido creado por los seres humanos en sociedad para lograr la liberación de cada uno de ellos, lo que supone tender a superar los obstáculos que impiden su realización personal* (Fernandez, 2006, p.33).

El ocio, la diversión y disfrute del tiempo libre no están excluidos de protección constitucional pues son parte de la libertad de la persona y poder de decisión. Por ese motivo, el Estado y el resto de la comunidad deben de realizar todas las acciones necesarias para garantizar que las

personas puedan ejercer plenamente su derecho de libertad, removiendo todos los obstáculos arbitrarios de cualquier tipo. Esta última posición es tomada por el Tribunal Constitucional en los fundamentos 49 y 50 de la STC recaído en el expediente N° 007-2006-PI/TC:

“49. (...) en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Con ello no desconoce el Tribunal Constitucional que el artículo 2, inciso 22, alude como derecho el “disfrute del tiempo libre”, pero debe observarse que éste no significa sino una concreta manifestación del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, de la condición digna de la persona.

“50. En consecuencia, no se trata de conductas irrelevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino, de modo totalmente contrario, del ejercicio de un derecho fundamental y que, como tal, exige también su garantía. Esto implica que el poder público no debe considerarlas bajo la idea de tolerarlas, sino como ejercicio de un derecho. Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de concordancia práctica.”

De esta manera, el ocio, la diversión y esparcimiento de las personas son formas de materialización del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, como tales, no pueden ser obstaculizados ni afectados por alguna disposición administrativa y/o privada, salvo que dicha limitación obedezca a razones de corte constitucional. Este derecho también se materializa a través del ejercicio de otros derechos que se encuentran en la Constitución Política del Perú tales como los siguientes:

- **Inciso 3 del artículo 2°.-** “A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”. En la medida que la persona en su tiempo libre y tiempo de descanso puede realizar acciones

vinculadas a su religión (Entre algunas de estas acciones y sin perjuicio y respeto a la religión de cada persona: ir a misa, rezar, etc).

- **Inciso 12 del artículo 2°.-** “A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”. En la medida que la persona en su tiempo libre y de descanso puede realizar actividades sociales como reuniones.
- **Inciso 13 del artículo 2°.-** “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”. En la medida que la persona en su tiempo libre y de descanso puede realizar actividades vinculadas a alguna asociación o fundación que pertenezca.
- **Inciso 17 del artículo 2°.-** “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. En la medida que la persona en su tiempo libre y de descanso puede realizar actividades vinculadas a algún fin político.

En el marco de este derecho también se han dispuesto diversas medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Así, a través del Convenio N° 156 -Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981), ratificado por Perú- se ha dispuesto que los Estados miembros deberían incluir entre los objetivos de las políticas nacionales el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

En el Perú, mediante Resolución Ministerial N° 048-2014-TR se aprobó la “Guía de buenas prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar y personal”, con el objetivo de promover entre los empleadores y trabajadores la adopción de prácticas voluntarias o acuerdos que permitan la conciliación entre el trabajo y la vida familiar y personal. Dentro de estas medidas, tenemos las siguientes:

- Definir y anunciar con anticipación los turnos de trabajo, la realización de horas extras. Esto permite a los trabajadores y trabajadoras organizar sus actividades familiares y personales sin colisiones con la vida laboral.

- Reducir el trabajo en sobretiempo. Las jornadas extensas no implican la mejora de la productividad.
- Establecer horarios escalonados a efectos que los trabajadores pueden optar por el horario que compatibilice más con sus actividades familiares o personales.
- Permitir que el inicio y fin de la jornada sean variables dependiendo de la necesidad del trabajador o trabajadora.
- Programación del descanso vacacional durante las vacaciones escolares.

La Recomendación N° 165 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, menciona que *“debe concederse especial atención a las medidas generales para mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de vida de trabajo, incluyendo medidas destinadas a: (...) b) introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los períodos de descanso y de las vacaciones”*.

El brindar estas facilidades a los trabajadores resulta importante para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, las medidas mencionadas se encuentran conectadas a la gestión del tiempo de trabajo, y es evidente, que la regulación de la jornada de trabajo es importante a efectos de garantizar el derecho al descanso y al libre desarrollo de la personalidad.

Conforme a lo precisado anteriormente, a través del goce efectivo del derecho al descanso también se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, es decir, la esfera de decisión de la persona, autonomía para la ejecución de proyectos de realización personal que considere valiosos, libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en el ejercicio de su autonomía. El ocio, la diversión y disfrute del tiempo libre son formas de manifestación de la personalidad, por ello, no están excluidos de protección constitucional.

2.1.2. Derecho a la seguridad y salud de los trabajadores.

Diversos instrumentos internacionales reconocen que la prevención de riesgos laborales constituye un derecho humano fundamental (Babace,2003,p.33), irrenunciable, que goza de máxima imperatividad y coercibilidad (Fernandez, 2016, p.74). A través de la prevención de riesgos laborales se protege el derecho a la vida, derecho a la salud e integridad física del trabajador.

Sobre el particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 7° señala que: “*Los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (...) La seguridad y la higiene en el trabajo (...)*”. De esta manera, resulta una condición indispensable para un trabajo satisfactorio asegurar la seguridad e higiene en el trabajo.

Asimismo, el artículo 12° del referido pacto garantiza el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental, la prevención de enfermedades y mejoramiento de la salud conforme se señala a continuación:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y medio ambiente c) la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (...)”

En ese sentido, el derecho a la salud física y mental debe ser gozado en su más alto nivel. Los países deben asegurar su plena efectividad y mejorar en todos sus aspectos la higiene en el trabajo, así como establecer adecuados mecanismos de prevención de riesgos laborales.

A nivel subregional la Decisión N° 584 de la Comunidad Andina (2004), en su artículo 12° señala que: “*Los empleadores deberán adoptar y garantizar el cumplimiento de las medidas necesarias para proteger la salud y el bienestar de los trabajadores a través de los sistemas de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Sobre el particular, existe el deber de los empleadores de establecer todos los mecanismos de prevención en seguridad y salud en el trabajo con la finalidad de proteger la salud y el bienestar de trabajadores.

En Perú, la ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, regula el principio de prevención, el cual, implica que el empleador “*garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral*”. Por su parte, el principio de

protección de esa misma ley establece que los trabajadores tienen derecho a que los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben buscar que:

- a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.
- b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

Asimismo, dentro de los alcances de este principio, el artículo 56° precisa lo siguiente: *“El empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores”*. En tal sentido, la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales también es parte de las medidas de prevención que deben establecer los empleadores.

Según el Decreto Supremo N° 005 – 2012 –TR, Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, D.S. N° 005 -2012 –TR) debemos entender por riesgo como la probabilidad de que un peligro se materialice en determinadas condiciones y genere daños a las personas, equipos y al ambiente. Por riesgo laboral el reglamento nos menciona que es la probabilidad de que la exposición a un factor o proceso peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión.

Como parte de las medidas preventivas de los riesgos laborales, la ley de seguridad y salud en el trabajo en su artículo 50° señala que el empleador debe gestionar los riesgos, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar. Asimismo, precisa que el diseño de los puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo, la atenuación del trabajo monótono y repetitivo deben estar orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador. Por su parte, el artículo 52° de la referida ley indica que el empleador transmite a los trabajadores, de manera adecuada y efectiva, la información y los conocimientos necesarios en relación con los riesgos en el centro de trabajo y en el puesto o función específica, así como las medidas de protección y prevención aplicables a tales riesgos.

De ahí que conforme al artículo 53° de la mencionada ley el incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. La lectura

del referido artículo se efectúa de manera conjunta con el principio de responsabilidad señalado en la referida ley que señala que el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

También, el Decreto Supremo N° 005 – 2012 –TR, Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, sobre la prevención de riesgos psicosociales señala lo siguiente:

- La identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (IPERC) tiene como requisito mínimo parte de su elaboración: i) Los resultados de las evaluaciones de los factores de riesgo físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales e ii) Identificar los peligros y evaluar los riesgos existentes o posibles en materia de seguridad y salud que guarden relación con el medio ambiente de trabajo o con la organización del trabajo (Artículo 77° del D.S. N° 005-2012).
- El empleador como parte de sus actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores debe hacer también evaluaciones de los factores de riesgo para la salud que abarquen agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales (Artículo 103° del D.S. N° 005-2012.).

Según el referido reglamento por factores del trabajo se entiende las condiciones y medio ambiente de trabajo: organización, métodos, ritmos, turnos de trabajo, maquinaria, equipos, materiales, dispositivos de seguridad, sistemas de mantenimiento, ambiente, procedimientos, comunicación, entre otros. Se entiende por condiciones y medio ambiente de trabajo aquellos elementos, agentes o factores que tienen influencia en la generación de riesgos que afectan la seguridad y salud de los trabajadores, siendo parte de estos elementos la organización y ordenamiento de las labores y las relaciones laborales, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales. Asimismo, por condiciones de salud el mencionado reglamento precisa que es el conjunto de variables objetivas de orden fisiológico, psicológico y sociocultural que determinan el perfil sociodemográfico y de morbilidad de la población trabajadora.

El Decreto Supremo N° 007 -2020 –SA, Reglamento de la Ley N° 30947, Ley de Salud Mental en su artículo 14.2 señala que las instituciones públicas y privadas que no desarrollen atenciones de salud mental realizan las actividades correspondientes de carácter preventivo señaladas en el numeral 14.1, en relación con los riesgos que afectan a sus trabajadores(as), incluyendo los riesgos psicosociales, en el marco del cumplimiento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y

Salud en el Trabajo y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Dichas actividades como parte del monitoreo de condiciones de trabajo son las siguientes:

Gestión de un plan y programas continuos de cuidado del personal. Este plan incluye actividades en los siguientes programas:

- a. Programa que promueva nutrición y alimentación saludable que fomente el uso razonable y saludable de expendedores de bebidas y alimentos.
- b. Programa de actividad física, con tiempo flexible para la actividad física individual y colectiva.
- c. Actividades socioculturales y deportivas.
- d. Gimnasia laboral y cuidados ergonómicos.
- e. Acceso a servicios sociales y de salud.
- f. Programa de reconocimientos y logros que mejoren el bienestar y empoderen al personal.
- g. Estrategias institucionales para el manejo y flexibilidad del tiempo, según necesidades temporales y de emergencias personales, contextualizadas a cada institución y/o territorio.
- h. Programas para promover el autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia.
- i. Programas de abordaje del agotamiento profesional, que incluya detección, prevención, atención y monitoreo.
- j. Capacitación laboral en competencias socioemocionales.
- k. Seguimiento y evaluación de las actividades.

De esta manera, la evaluación de factores de riesgos psicosociales que implica evaluar las condiciones y medio ambiente de trabajo: organización, métodos, ritmos, turnos de trabajo, maquinaria, equipos, materiales, dispositivos de seguridad, sistemas de mantenimiento, ambiente, procedimientos, comunicación, organización y ordenamiento de las labores y las relaciones laborales, etc es parte del deber de prevención del empleador a efectos de evitar cualquier daño a la salud del trabajador. El no cumplir con este deber de prevención y que se genere un daño a la salud del trabajador podría implicar que el empleador pague las indemnizaciones y asuma las implicaciones económicas que correspondan.

Según el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, los Jueces Supremos de la Primera y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron por unanimidad lo siguiente:

“El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.

Asimismo, puede utilizarse la transacción como un mecanismo para la extinción de obligaciones por responsabilidad por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, en cuyo caso el monto otorgado deberá ser valorado tomando en cuenta el artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

En caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto”.

Si bien los plenos jurisdiccionales, en nuestra opinión no son vinculantes, sirven como referente para la resolución de conflictos sociolaborales. Por ese motivo, surge la plena obligación del empleador de ejercer los mecanismos de prevención idóneos para evitar cualquier daño en la salud del trabajador.

Por su parte, la comunicación de la Comisión Europea de 10.01.2017 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Trabajo más seguro y saludable para todos - Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” estableció como parte de las tres acciones claves para la salud y seguridad de los trabajadores ayudar a las empresas, especialmente a las pymes y a las microempresas, a cumplir el marco legislativo de salud y seguridad en el trabajo. Dentro de estas acciones se precisó que “*los riesgos psicosociales y el estrés laboral forman parte de los problemas en aumento más difíciles de salud y seguridad en el trabajo, siendo que más de la mitad de los trabajadores de la Unión Europea señalan que el estrés es habitual en su lugar de trabajo* (Comisión Europea, 2017)”.

Según la Comisión Europea el estrés en el lugar de trabajo tiene graves efectos sobre la productividad tales como: reducción de rendimiento, aumento de accidentes, ausencias por estrés, la rotación de personal estaría vinculada al estrés en el trabajo. Por ese motivo, la Comisión Europea precisa, que de conformidad con las disposiciones existentes a nivel de la Unión Europea, los empresarios están obligados a proteger a los trabajadores contra los riesgos

psicosociales y que estos riesgos deben tenerse debidamente en cuenta en el proceso de evaluación del riesgo (Comisión Europea, 2017).

Como parte de este deber también, el empleador debe asegurar la integridad física y psíquica del trabajador. Diversos estudios han determinado que el exceso de trabajo y falta de descanso puede provocar lo siguiente (Sánchez, 2019): depresión, pérdida de memoria, dificultades para dormir, dolores musculares, problemas digestivos, etc. De esta manera, el no regular adecuadamente la jornada de trabajo y falta de descanso adecuado puede implicar un riesgo psicosocial y físico que en el capítulo II de la presente tesis abordaremos con mayor detalle.

En el ámbito de la Unión Europea también en la STJUE de 7 de septiembre de 2006, C-484/04 se estableció que las empresas, además de permitir a los trabajadores disfrutar de los descansos correspondientes, deben adoptar un papel activo de vigilancia, supervisión, seguimiento y control con el fin de que sean utilizados de manera efectiva, adoptando en caso de ser necesario las medidas oportunas. En el punto 41 de dicha sentencia se precisó lo siguiente (Reche, 2019, p.43):

“teniendo en cuenta el objetivo esencial de la Directiva 93/104, cuya finalidad es proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores, cada trabajador debe disfrutar de periodos de descanso adecuados, que no sólo han de ser efectivos, permitiendo a las personas de que se trata recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo que reduzca en la medida de lo posible el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de periodos de trabajo sin el descanso necesario”.

Tal como señala la referida sentencia, resulta esencial el disfrute de los períodos de descanso con la finalidad de proteger la seguridad y salud del trabajador, siendo que esta protección del referido derecho tiene carácter preventivo pues reduce el posible riesgo de alteración de la seguridad y salud de los trabajadores. En el Perú, como hemos visto precedentemente el deber de prevención implica la obligación del empleador de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo, de evaluar adecuadamente las condiciones de trabajo a efectos de implementar las medidas de prevención idóneas.

Por su parte, el programa de actividades sectoriales de la OIT también señaló que un factor preocupante de las largas jornadas son los efectos que se pudiera tener en la seguridad y salud

de los trabajadores. Así, dentro de las consecuencias advertidas por la OIT derivadas del exceso de trabajo se señalan las siguientes (Exp.4635 – 2004 - AA/TC – Aclaración):

- *Las respuestas biológicas, debidas fundamentalmente a la perturbación de los ritmos circadianos y que se asocian en particular al trabajo nocturno y al trabajo que se inicia por la mañana temprano.*
- *Problemas médicos, como son el deterioro general de la salud, que se manifiesta a través de una mayor propensión a contraer resfriados y la gripe; de la aparición de perturbaciones al sueño y de los hábitos alimenticios, así como, a más largo plazo, del desarrollo de problemas más graves en las funciones gastrointestinales, neurofisiológicas y, posiblemente cardiovasculares.*
- *Problemas que afectan a la vida cotidiana inducidos por el trabajo por turnos, que se manifiestan en forma de distintas quejas y trastornos, entre las que cabe mencionar las carencias y la deficiente calidad del sueño, la falta de ejercicio, la alimentación deficiente y el abuso o consumo de alcohol y de otras sustancias.*
- *Problemas de índole social: los esfuerzos realizados a raíz del trabajo por turnos para conciliar la vida laboral, familiar y social puede desembocar en estrés o en una menor participación en la vida comunitaria.*
- *La exposición a agentes tóxicos durante un horario laboral prolongado constituye una cuestión que debe ser tenida en cuenta, así como el grado de desintoxicación alcanzado durante los períodos de descanso. Los límites de exposición establecidos con arreglo a un turno de ocho horas no pueden ser extrapolados sin más a un turno de 12 horas (Exp. 4635 – 2004 - AA/TC – Aclaración)*

Maria Vega Ruiz, menciona que: “un reciente informe de la OIT señala que uno de los factores más negativos en el deterioro de la salud de los trabajadores son las excesivas horas de trabajo. El informe indica que más de 48 horas por semana es un factor condicionante de estrés laboral que incrementa el riesgo de trastornos mentales y más de 60 horas implican el aumento del riesgo de enfermedades cardiovasculares” (Vega, 2005, p.42). Asimismo, sobre las consecuencias que un trabajador no reciba un descanso adecuado, Jose Manuel Lastra señala lo siguiente:

“la medicina del trabajo repite, con insistencia, que el trabajo continuo puede ser perjudicial para la salud del trabajador, puede ocasionar un decaimiento y agotamiento de sus energías físicas e intelectuales y, con ello, un menor rendimiento y disminución de la producción, siendo el rendimiento inversamente proporcional a la duración de la jornada laborable, además del peligro que representa el cansancio natural que puede producir accidentes de trabajo” (Avalos, 2018, p.21).

Resulta fundamental como garantía de la salud de los trabajadores que exista un adecuado descanso. Tal como señala la OIT, los beneficios de una ordenación saludable del tiempo de trabajo para los trabajadores y la empresa son los siguientes:

- Menor nivel de estrés.
- Mejores hábitos de sueño y estilo de vida.
- Disminución del riesgo de enfermedades cardiovasculares, desórdenes gastrointestinales y reproductivos, trastornos del sistema osteomuscular, infecciones crónicas y enfermedades mentales.
- Disminución de la cantidad de accidentes y lesiones en el lugar de trabajo.
- Mayor productividad.
- Aumento de la de la satisfacción y motivación en el trabajo
- Menores índices de ausentismo y de rotación de personal (OIT, 2019,p.6)

Con el avance de la tecnología y conforme exponemos en los siguientes capítulos se habilita la posibilidad que el trabajador pueda realizar sus funciones fuera del centro de trabajo, así como recibir órdenes de trabajo por parte su empleador cualquier hora del día o noche. El teléfono móvil, laptop, entre otras herramientas tecnológicas permiten este contacto directo e inmediato. Debido a lo anterior, además de las consecuencias que pueden provocar largas jornadas de trabajo, debido al uso de las TICs los trabajadores corren el riesgo de padecer síndromes relacionados con las tecnologías, como la fatiga informática, esto es, el cansancio provocado por la continua exposición a la tecnología informática, así como el estrés que genera un correo electrónico fuera del horario laboral (Pérez, 2019, p.105).

En definitiva, el abuso digital, es decir, la sobrecarga de información y comunicación puede llegar a ser un riesgo psicosocial nocivo para la salud de un trabajador. Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral son aquellas circunstancias perjudiciales en la salud mental, física y social de los trabajadores, ocasionados por las condiciones de trabajo abusivas en

algunos casos y por los factores organizacionales (Pérez, 2019, p.105). En ese sentido, resulta fundamental que se garantice el derecho al descanso con la finalidad también de que se evite cualquier daño a la salud de los trabajadores, pues el exceso de trabajo tiene consecuencias graves sobre la persona tal como se ha expuesto en el presente numeral.

2.1.3. Privacidad y derecho a la intimidad.

El derecho a la Intimidad es un derecho fundamental reconocido en el inciso 7 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Javier Dolorier Torres y Paola Del Villar Jara, sobre este derecho, precisan lo siguiente: *“el derecho a la intimidad reserva el conocimiento de determinada información personal o familiar de una persona a una esfera estrictamente privada, a fin de garantizar el libre desarrollo de su personalidad y su realización como ser humano”* (Dolorier & Villar, 2002, p. 35).

En ese sentido, el ámbito de protección del derecho a la intimidad es la información personal o familiar de una persona. Asimismo, este derecho protege cualquier intromisión en su vida íntima o familiar. Ello lo podemos advertir en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-HC/TC, la cual define el derecho a la intimidad como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. Asimismo, en la sentencia N° 0032 -201-0-PI/TC, el Tribunal Constitucional, sobre el derecho a la intimidad, precisa que es el derecho a un espacio íntimo casi infranqueable; o el derecho a la vida privada.

El Tribunal Constitucional español en la STC 110/1984 equiparó la intimidad con la vida privada para extender su ámbito de protección global más allá del domicilio y garantizar un ámbito reservado de la vida de las personas frente a la acción y conocimiento de terceros, sean poderes públicos o particular, según las pautas de nuestra cultura, para mantener la calidad mínima de la vida humana, siendo la intimidad como núcleo central de la personalidad y la facultad de exclusión de los demás y de abstención de injerencias por parte de terceros (Reche, 2019, p.36 -37).

El derecho a la privacidad implica tener la facultad de controlar el flujo de nuestra información, salvo que concurran razones de interés público, tomando decisiones propias sobre los diferentes aspectos de nuestra vida para mantener nuestra dignidad frente a los riesgos de degradación inherentes a la nueva sociedad digital, siendo que *“ se quiere evitar que una persona devenga transparente a los ojos de toda la sociedad, pues los nuevos dispositivos electrónicos facilitan la reconstrucción de la imagen total y pormenorizada de la persona (el denominado perfil virtual de personalidad), degradándola a «cristal»”* (Molina, 2017, p.900)

Un ejemplo de la autonomía de nuestra información personal la podemos advertir en la sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de septiembre de 2015 (4353), la cual, en base al derecho a la protección de datos del trabajador, declaró ilegales las cláusulas del contrato de trabajo que obligaban al trabajador a proporcionar al empresario su número personal de móvil y su cuenta personal de correo electrónico para poder recibir mensajes fuera de las horas de trabajo (Perez, 2019, p.118).

De esta manera, a través del derecho al descanso se protege la información privada del trabajador y se evita la injerencia de terceros en la vida privada del trabajador.

3. La limitación de la jornada de trabajo como garantía del derecho al descanso.

Como señala Rodrigo Martín, la limitación del tiempo de trabajo constituyó a lo largo del siglo XIX una de las reivindicaciones fundamentales del movimiento obrero, lo que trajo como consecuencia que las primeras intervenciones legislativas de los Estados en la regulación de las condiciones laborales se refirieran a la jornada de trabajo: en un primer momento se puso tope a los abusos de las jornadas de los menores y de las mujeres y, paulatinamente, se limitaron las jornadas de los sectores más combativos, como el textil, la minería o la construcción. Es por ese motivo, que el primer convenio de la OIT (1919) tuvo como objetivo la regulación de la jornada de trabajo en la industria (Martín, 2008, p. 297).

La OIT en la 93ª reunión del año 2005 precisó que desde mediados del siglo XIX, la reducción de la duración del trabajo y en particular, la jornada de ocho horas ha sido una de las reivindicaciones más constantes del movimiento sindical. En la época de industrialización la jornada laboral se extendía de 14 a 16 horas diarias pero progresivamente fueron reducidas de 12 a 11 y luego a 10 horas por día, este último horario se aplicaba a principios de la Primera Guerra Mundial. La presión de la organización de los trabajadores aceleró el progreso hacia la jornada de ocho horas. El resultado fue que la limitación de la duración del trabajador radicó en ocho horas por día o cuarenta y ocho semanales. (Oficina Internacional del Trabajo, 2005, p.2)

La referida organización señala que desde su creación en 1919, su máxima prioridad fue la elaboración y adopción de normas internacionales sobre las horas de trabajo. En el preámbulo de la parte XIII (Trabajo) del tratado de Paz de Versalles se dispuso la reglamentación de horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, entre las medidas imprescindibles para mejorar las condiciones de trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2005, p.2).

En el Perú, el artículo 25° de la Constitución Política establece como periodo máximo de jornada de trabajo ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. Si bien, a través de esta disposición se regula el máximo de jornada ordinaria de trabajo diaria y semanal, tal como se concluye en la STC recaída en el expediente N° 4635 – 2004- AA/TC de 17 de abril de 2006, la jornada laboral para ser compatible con el artículo 25° de la Constitución deberá considerar que las personas tienen derecho al descanso y al disfrute de tiempo libre.

A mayor abundamiento, el ejercicio del derecho al descanso y el disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implementación de una jornada de trabajo razonable ya que solo con esta razonabilidad y limitación adecuada de la jornada de trabajo se garantizara la efectividad del derecho al descanso. Por ello, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable (Exp. N° 4635 – 2004 – AA/TC de 17 de abril de 2006).

Asimismo, una adecuada limitación del tiempo de trabajo y garantía del derecho al descanso protege también la salud de los trabajadores. En la aclaración de la STC recaída en el expediente N° 4635–2004– AA/TC se señaló que la adecuación de los períodos de actividad a las necesidades psicofísicas del trabajador, la acomodación de los descansos a las características de la función y del puesto de trabajo, la compatibilización de los horarios con las necesidades individualizadas del trabajador y la articulación de los turnos de trabajo, ponen de manifiesto la necesidad de preservar la salud de los trabajadores y su calidad de vida.

Por ello conforme a lo señalado por la referida aclaración resulta necesario que se adecue los períodos de trabajo a las necesidades psicofísicas del trabajador, estableciendo los descansos considerando las particularidades de la posición laboral y compatibilización de horarios con las necesidades individualizadas del trabajador.

Mario Pasco, precisa que *“la determinación de una jornada máxima legal sigue siendo de vital importancia porque por un lado subsisten las causas que le dieron origen, mientras por otro, la evolución social y el progreso tecnológico han determinado un énfasis cada vez más marcado a considerar no sólo el aspecto activo, sino el pasivo de la misma, esto es la adecuada planificación del ocio”* (Pasco, 1993, p. 416). Por ello, una idónea regulación de la jornada de trabajo que limite el trabajo en exceso de manera razonable permitirá el goce efectivo del derecho al descanso, la adecuada planificación del ocio y proteger las necesidades psicofísicas del trabajador.

Un ejemplo de las consecuencias de la falta de un adecuado descanso y el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo a través de la protección de este derecho y de la limitación razonable de la jornada de trabajo, lo tenemos en la sentencia de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 19516 – 2017. En dicha sentencia se analizó el despido de un trabajador que mientras conducía un volquete impactó contra otro volquete. En el proceso, la empresa demandada no logró probar que en el volquete se había activado el sistema de antifatiga, sensor óptico que se activa automáticamente emitiendo una señal sonora y un mecanismo de vibración en el asiento del conductor, cuando se detecta microsueño o distracciones.

Por ello, al corroborarse que el demandante se encontraba en una jornada atípica minera de 12 horas diarias por cuatro días a la semana, que la causa del choque del volquete fue a razón de un episodio de microsueño y que no se activó el sistema antifatiga es que se determinó que no existía falta grave laboral así como tampoco se demostró que el choque haya sido a causa de una supuesta distracción del demandante. Esta sentencia nos resulta importante pues para determinar la falta grave laboral se ha tomado en cuenta que en el volquete no se activó el sistema antifatiga, pues es evidente que en una jornada de 12 horas es necesario un sistema así y que se cumpla el test de protección adecuado ya que pueden darse episodios de microsueño, siendo responsabilidad del empleador garantizar estos sistemas y un descanso adecuado a efectos de también proteger la seguridad y salud del trabajador, más aún si el trabajador maneja este tipo de vehículo que ya implican un riesgo.

Habiendo realizado este breve preámbulo respecto a la relación entre una limitación razonable de la jornada de trabajo y el goce efectivo del derecho al descanso, a continuación, efectuaremos el análisis de la normativa internacional y nacional sobre jornada de trabajo que nos permitirá entender de una forma más adecuada las particularidades y alcances de la jornada de trabajo y cómo una adecuada regulación de esta permite que garanticemos el derecho al descanso.

3.1. Normativa internacional y nacional sobre jornada de trabajo.

3.1.1. Normativa internacional.

A través del artículo 2° del Convenio 01 (Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 se fijó el tiempo máximo de duración de la jornada de trabajo. Así, se estableció lo siguiente: *“la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana”*. Este convenio ha sido ratificado por Perú.

El artículo 2° del Convenio 30 (Convenio sobre las horas de trabajo, comercio y oficinas, 1930) define “horas de trabajo” como el tiempo durante el cual el personal se encuentra a disposición del empleador. Asimismo, define al descanso como el tiempo en el cual el trabajador no se encuentra a disposición del empleador.

Por su parte, el artículo 3° del referido convenio también establece un límite al tiempo de trabajo: las horas de trabajo no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día. Si bien este convenio no ha sido ratificado por Perú resulta importante precisarlo pues los lineamientos que brinda contribuyen al razonamiento utilizado en la presente tesis.

3.1.2. Normativa nacional.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 25°, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. Asimismo, especifica que en caso de jornadas acumulativas o atípicas el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

El desarrollo normativo de la jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo se encuentra en el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, “Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo”, el cuál fue promulgado el 4 de julio de 2002 y fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 008 -2002-TR, “Aprueban Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo” (en adelante, D.S. N° 008-2002-TR) promulgado también el 4 de julio de 2002.

3.1.2.1. Duración de la jornada de trabajo.

El artículo 1° del D.S. N° 007-2002-TR, recogiendo lo dispuesto por la Constitución Política, establece que la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo. Es importante tener en cuenta como precedente histórico el artículo 44° de la Constitución Política del Perú de 1979, había establecido lo siguiente:

“La jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias y de 48 horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres y peligrosas. Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres”.

Al respecto, Mario Pasco criticó la Constitución de 1979 debido a que i) su artículo 44° denominaba a la jornada como “ordinaria” en lugar de “jornada máxima legal”, ii) no permitía la adopción de regímenes flexibles y compensatorios, iii) no restringía la duración ni repetición de la jornada extraordinaria, limitándose a declarar que debería ser remunerada extraordinariamente (Pasco, 1993, p. 416). Parámetros que Mario Pasco considero importantes en un régimen de tiempo de trabajo donde no quedaba claro el límite de la jornada máxima legal y que resultan importantes también en nuestro régimen actual para que podamos estar ante una adecuada regulación de la jornada de trabajo.

Si realizamos una interpretación literal de nuestra actual Constitución podría concluirse que siempre y cuando un trabajador realice una jornada máxima de 48 horas semanales, podrá tener jornadas diarias mayores a ocho horas. Sin embargo, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, dependerá del trabajo que se realice. Así, el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el expediente N° 4635–2004–AA/TC dispuso que se debe tener en cuenta que el artículo 2° del Convenio N° 1 de la OIT fija que la jornada diaria no puede exceder de ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana, estableciéndose y quedando claro que los dos supuestos como jornada máxima diaria y semanal resultan obligatorios. Asimismo, en la referida sentencia se precisó lo siguiente:

- “a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.*
- b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.*
- c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.*
- d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.*
- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor”.*

Así, se permite bajo determinados supuestos jornadas mayores a ocho horas diarias siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más

corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Sin embargo, como señala el Tribunal Constitucional ello se aplica dependiendo del trabajo que se realice, pues lo regular es que la jornada diaria no sea mayor a ocho horas diarias. La evaluación de la naturaleza de las funciones y posición laboral para establecer la jornada de trabajo va implicar también que en funciones donde se exponga con mayor magnitud la salud y seguridad del trabajador resulten una obligación de la empresa determinar jornadas de menor duración.

Sobre el particular, tal como se señala en la Casación N° 1684 – 2003 – Libertad debido a que constitucionalmente se establece una jornada máxima legal, no se podría pactar una jornada superior a las ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, pero si se podría pactar una jornada menor, pues se protege el desgaste fisiológico del trabajador (Toyama, 2015, p. 403).

Finalmente, tenemos que el artículo 5° del D.S. excluye de la jornada máxima a los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata, trabajadores de dirección y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia. El artículo 11° del D.S. N° 008-2002-TR incluye en esta lista a los trabajadores de confianza, exceptuándose a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo.

3.1.2.2. Trabajo en horario corrido.

El artículo 7° del D.S. N° 007-2002-TR, establece que en caso de trabajo en horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario, siendo que el tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco minutos. Asimismo, precisa que el tiempo de refrigerio no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto.

Por su parte, el artículo 14° del D.S. N° 008- 2002-TR establece que el horario de refrigerio es el tiempo establecido por la Ley que tiene como finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso. En el artículo 15° del D.S. N° 008-2002-TR, indica que el refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos y deberá coincidir en lo posible con los horarios habituales del desayuno, almuerzo o cena. Asimismo, que el empleador establecerá el tiempo de refrigerio dentro del horario de trabajo, no pudiendo otorgarlo, ni antes ni luego del mismo.

3.1.2.3.Trabajo en sobretiempo.

El artículo 9° del D.S. N° 007-2002-TR precisa que el trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Se especifica que 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. Sobre el particular, la Casación N° 2338 – 97 – Chincha precisó lo siguiente: *“Las horas extras, siendo de naturaleza voluntaria, tienen como exigencia que exista el consentimiento de ambas partes para percibirlo”* (Toyama, 2015, p. 414).

Sobre el caso fortuito o fuerza mayor, el artículo 19° del D.S. N° 008-2002-TR señala que constituye caso fortuito o fuerza mayor, un 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° del D.S. N° 007-2002-TR.

Por otro lado, el artículo 10° del D.S. N° 007-2002-TR precisa que el sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecida y que el empleador y el trabajador pueden acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso.

Asimismo, el D.S. N° 008-2002-TR, en su artículo 18° indica que el trabajo en sobretiempo supone la prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador. En consecuencia, los tiempos que puedan dedicar los trabajadores fuera de la jornada ordinaria en actividades distintas, no serán considerados como sobretiempo.

Por otro lado, el D.S. N° 004-2006-TR (dictan disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada), en su artículo 7°, señala que 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. En la Casación N° 1196-2016-lima de 4 de noviembre de 2016 se estableció que corresponde a los empleadores fiscalizar que sus trabajadores no permanezcan en el centro laboral luego de su hora de salida pues de ocurrir ello, se presumirá que dicha permanencia ha sido acordada con el empleador y que por ende debe ser remunerada como trabajo en sobretiempo. Asimismo, indica que 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.

Por otro lado, según Miguel Basterra pueden identificarse dos tipologías y características de las horas extraordinarias (Basterra, 2016,p.162):

- **Horas extraordinarias comunes (voluntarias):**

En nuestra normativa peruana este tipo de horas extras estaría caracterizada por no necesitar una causalidad específica. Es decir, la norma no exige que exista algún supuesto en específico para que el trabajador realice este trabajo en sobretiempo y uno de sus elementos es que es voluntario.

Dentro de este grupo también se pueden incluir a las horas extraordinarias estructurales y habituales que pueden derivar de las propias características del puesto. Por estructurales se podría entender como las horas extras que se realizan cuando va a existir relevo de una posición a otra y habituales por la propia necesidad del puesto (Basterra,2016,p.168).

- **Horas extraordinarias por fuerza mayor (obligatorias):**

Son horas de trabajo extra obligatorias 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. En próximos párrafos explicaremos de manera más detallada qué se entiende por caso fortuito o fuerza mayor.

Por último, las horas extras pueden ser compensadas con descanso físico equivalente. Al respecto, de acuerdo a la Resolución Directoral N° 100-2013-MTPE/1/20.4 se deben cumplir los siguientes requisitos: i) formalidad: la compensación debe acordarse entre el empleador y el trabajador por escrito, ii) oportunidad: la compensación debe producirse dentro del mes siguiente a aquel en el que se realizó el trabajo en sobretiempo. No obstante queda a discrecionalidad del trabajador y el empleador realizar en otra oportunidad y iii) los días de descanso compensados deben estar identificados en el convenio de compensación (Toyama, 2015, p. 415).

3.2. Derecho a una jornada máxima de trabajo.

Mediante el artículo 3° del D.S. N° 012 -2002-TR se derogó el artículo 21° del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo que establecía lo siguiente: “*El trabajo efectuado en sobretiempo, es por naturaleza extraordinario, por lo que el promedio mensual no podrá exceder de cuatro quintos de la jornada ordinaria semanal*”. Este artículo regulaba el límite de horas del trabajo en sobretiempo, por lo que con su derogación, se habilitó la posibilidad que las horas extras queden a discrecionalidad del empleador y que se puedan exigir labores fuera de la jornada de trabajo, si bien requiere la aceptación del trabajador, sus necesidades económicas lo pueden llevar a realizar trabajo en sobretiempo en forma ilimitada.

La falta de una regulación adecuada en el Perú sobre el trabajo en sobretiempo no implica que no pueda tener límites. Pues del mismo objetivo de protección de la seguridad y salud en el trabajo, libre desarrollo de la personalidad, derecho al descanso e intimidad podemos advertir límites subjetivos y en relación a los límites objetivos coincidimos con Miguel Basterra en que estos deben coincidir con la fijación de horas extraordinarias máximas tanto diarias como anuales y una distribución adecuada del reparto de tareas laborales (Basterra, 2016, p.154).

Sobre la fijación de horas extraordinarias, la Directiva N° 2003/88/CE por ejemplo en su artículo 6° precisa lo siguiente:

“Artículo 6

Duración máxima del tiempo de trabajo semanal

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores:

- a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;*
- b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”.*

De esta manera, la referida directiva considera que la duración semanal incluida horas extraordinarias en un período de siete días no debe exceder de 48 horas, estableciendo un límite semanal también de horas extraordinarias.

Al respecto, somos de la opinión que las horas extras al ser de naturaleza excepcional, sólo deberían ser realizadas por el trabajador ante supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, en el caso de obligatorias y en el caso de voluntarias por situaciones de necesidad empresarial objetivas (Avalos, 2018, p.57). Ello es importante pues si bien las horas extras en principio son voluntarias, la falta de mecanismos por parte de los empleadores para restringir la extensión de jornada de trabajo habilita a que el trabajador por exceso de trabajo, falta de adecuada distribución de carga laboral (que mismo trabajador efectúe labores que deberían ejecutar dos trabajadores) realice de manera recurrente trabajo en sobretiempo. Además, del límite cualitativo respecto a las horas extras consideramos que también debería existir un límite cuantitativo, tanto diario como semanal.

Es decir, se debería establecer un máximo de horas extras a efectos que pueda existir garantía de goce de derecho al descanso, lo contrario implica que el límite de jornada máxima que se fija en la constitución no tenga sentido si es que finalmente las horas extras no tienen límite. Sobre el particular, tal como señala Elmer Arce, ello sería inconstitucional al no ir conforme al artículo 25° de nuestra Constitución, siendo que el legislador ha dejado en desprotección absoluta a los trabajadores al no establecer ningún tope máximo adicional (Toyama, 2015, p. 414).

Respecto al caso fortuito o fuerza mayor, el artículo 19° del D.S. N° 008-2002-TR señala que este tiene un 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° del D.S. N° 007-2002-TR. Al respecto, el caso fortuito o fuerza mayor se identifica, según la doctrina, por la confluencia de tres requisitos: extraordinario, imprevisible, e irresistible.

Lo extraordinario hace referencia a eventos cuya ocurrencia no es común en la realidad. Debido a su falta de cotidianidad, resulta inevitable prevenir estos eventos (Forno, 2020, p. 137 -138). La imprevisibilidad hace referencia a que la posibilidad de ocurrencia del evento no pudo ser prevista por las partes involucradas en la relación contractual. Sobre el particular, Felipe Osterling señala lo siguiente:

“Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible; y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración

todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o fuerza mayor.”(Osterling, 2007, p.234).

El carácter irresistible del caso fortuito o fuerza mayor hace que el evento no pueda evitarse por más que el agente adopte todas las medidas de prevención posibles. Por lo tanto, el evento no sólo es extraordinario e imprevisible, sino que no se puede evitar pese a toda la diligencia empleada. Al respecto, Renato Mejía Madrid señala que:

“El supuesto excepcional en el que deben concurrir los requisitos establecidos en la LJT para que el trabajo en sobretiempo resulte obligatorio, es uno en el que el ordenamiento privilegia el interés común (seguridad, salud o vida de las personas, o la continuidad de la unidad productiva en la que se trabaja) frente al interés individual del trabajador de realizar trabajo en sobretiempo de manera voluntario.”(Mejía, 2012, p.322).

Atendiendo a lo anterior, el ejercicio de éste poder no puede ser realizado en forma indiscriminada, haciéndose necesario que se establezcan claramente cuáles serían los requisitos que se deben cumplir para poder obligar a los trabajadores a realizar horas extras. Considerando que nuestra normativa no detalla mucho sobre este tema, proponemos una serie de requisitos que tienen estrecha vinculación con el Criterio Técnico N° 85/2010 del Ministerio de Trabajo e Inmigración de España y el concepto de caso fortuito o fuerza mayor precisado anteriormente (Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p.7):

- Los eventos deben generar peligro inminente a las personas, los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.
- La inimputabilidad del evento. El evento que origine la posibilidad de imponer horas extras no debe ser causado por la voluntad del empleador, siendo que éste último no debe tener incidencia directa ni indirecta en su configuración.
- El evento debe ser extraordinario. No bastaría con que el evento se haya materializado sin intervención directa o indirecta del empleador, sino que el mismo debe ser extraordinario, es decir, que no sea de común ocurrencia. Un ejemplo práctico para ver éste elemento son las averías y mantenimiento en las empresas, sobre los cuáles el Ministerio de Trabajo e Inmigración ya ha asentado una posición:

“En el caso de horas extras para prevenir o reparar averías urgentes que no puedan ser demoradas, pero que no son motivadas por las causas antes indicadas –fuerza mayor- ni implican riesgo grave para las personas, nos encontramos en definitiva con averías más o menos normales y en mayor o menor medida previsibles, por lo que estas horas extraordinarias tienen carácter de estructurales [voluntarias].” (Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p.7)

- La imprevisibilidad e irresistibilidad del evento. Lo imprevisible e irresistible hace referencia a que el evento en cuestión no pueda ser previsto en forma objetiva por el empleador o que, pese a hacerlo, no exista posibilidad que pueda ser evitado.

También podemos aplicar lo señalado en el artículo 3° del Convenio N°01 de la OIT para considerar supuestos en los cuáles se podría exigir al trabajador efectuar horas extras. Dicho artículo señala que el límite de horas extras solo puede ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones. Asimismo, en caso de fuerza mayor pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa.

Tanto el Convenio de la OIT citado, como lo señalado en España por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la normativa peruana establecen supuestos objetivos de cuando se podría obligar al trabajador a realizar trabajo en sobretiempo. Conforme a lo precisado, consideramos idóneo utilizar los criterios previstos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración para determinar en qué supuestos de índole laboral estaríamos ante casos de fuerza mayor o caso fortuito. Así existiría mayor objetividad al momento de exigir el trabajo en sobretiempo.

En esos casos la carga de la prueba radicaría en el empleador, quien debería demostrar que ha ocurrido un evento con todas las características anteriormente descritas y que, por ello, ostenta el poder de ordenar el trabajo en horas extra en forma obligatoria. Tomar en cuenta que el artículo 23° de la Constitución Política del Perú declara que *“Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”*.

Asimismo, por el principio de buena fe que desarrollaremos en el último capítulo de la tesis, también es deber del empleador establecer mecanismos idóneos para que el trabajador no realice trabajo en sobretiempo de manera recurrente por causas imputables al mismo empleador, cuando la misma naturaleza de las labores no lo requiera y cuando estas se vuelvan regulares. Como se señala en la Casación N° 1684-2003–La Libertad ni el empleador ni el trabajador puede pretender exigir que la jornada legal ultrapase su duración y si la admiten

voluntariamente, tiene el carácter de jornada extra, que por su naturaleza y propia denominación no puede ser permanente, sino ocasional, contingente o eventual. En consecuencia, es obligación tanto del trabajador y el empleador establecer límites idóneos frente al exceso de trabajo, pues además de proteger el derecho al descanso, disfrute del tiempo libre, derecho a la seguridad y salud del trabajador, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y privacidad, también se salvaguarda el derecho humano laboral a la limitación razonable de la jornada de trabajo.

Al respecto, el profesor José Luis Monereo Pérez (2009) señala que “(...) *se ha considerado obligatorio para el trabajador el desarrollo de horas extraordinarias cuando se presentan necesidades perentorias e imprevisibles, tales como puntas de producción, ausencias imprevistas de trabajadores, problemas generados por cambios de turno, etc. En este caso se impone la obligación laboral de buena fe y el deber de colaboración con el empresario, al interés individual del trabajador de no incrementar su jornada de trabajo*” (Moreteo, 2009, p.145-146). En efecto, debido a la relación asimétrica entre el trabajador y el empleador dentro de una relación de trabajo, resulta una obligación del empleador establecer los límites y mecanismos idóneos para que el trabajador no incremente su jornada de trabajo.

En ese sentido, la limitación razonable de las horas de trabajo resulta un derecho fundamental, motivo por el cual, es razonable que cualquier tipo de disposición que quiera efectuar el empleador sobre sus trabajadores fuera de la jornada de trabajo, sea de índole extraordinario y solo bajo supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, esa situación no puede ser de carácter recurrente, sino solo excepcional.

Por otro lado, el Convenio N° 1 de la OIT (1919) establece en su artículo 6° la posibilidad que por vía reglamentaria de cada país se determine el número máximo de horas extraordinarias que pueden ser autorizadas, precisando incluso la tasa de por lo menos el 25% con relación al salario normal.

En el Perú no se establece el máximo de horas extraordinarias que podría realizar un trabajador, pero es importante que el tiempo de descanso del trabajador entre jornadas sea razonable de manera que el derecho al descanso cumpla su efectividad y no nos encontremos ante horas extras recurrentes y que encubran una extensión de horario ilegal, más aún si la jornada es por esencia y definición limitada.

Sobre este tema, el Convenio N° 1 de 1919 sobre las horas de trabajo (industria) y el Convenio N° 30 de 1930 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) resaltan la protección de la salud

de los trabajadores a través de las limitaciones de las horas de trabajo. Las horas de trabajo en exceso (no saludables) no deben ser un medio para aumentar las ganancias de la empresa. Existen diversos pronunciamientos respecto a los efectos adversos de las largas jornadas de trabajo en la salud humana y en la seguridad en el lugar de trabajo, siendo que varios estudios coinciden en que las extensas jornadas de trabajo producen efectos negativos a corto y a largo plazo (OIT, 2019, p.6)

Debido a lo anterior, coincidimos con las cinco dimensiones del tiempo de trabajo precisadas por la OIT para lograr un tiempo de trabajo saludable, decente y equilibrado, las cuales, citamos a continuación:

- ***“Tiempo de trabajo saludable:*** *Las empresas deben evitar jornadas laborales no saludables y largas horas de trabajo a fin de prevenir efectos negativos a corto y largo plazo sobre la salud, incremento del riesgo de accidentes, aumento de los índices de ausentismo y disminución de la productividad .*
- ***Tiempo de trabajo productivo:*** *La ordenación del tiempo de trabajo decente, en especial la reducción de las largas horas de trabajo, conducen a un incremento de la productividad. Al tener más tiempo para descansar después del trabajo, los empleados están más alertas, más motivados y son más productivos.*
- ***Tiempo de trabajo conveniente para la familia:*** *Las largas horas de trabajo semanales y las horas de trabajo atípicas en las tardes, en las noches y en los fines de semana reducen la compatibilidad entre el trabajo y la familia. La flexibilidad para manejar sus horas de trabajo permite a los trabajadores dedicarse a su vida personal, lo que puede mejorar el desempeño tanto individual como institucional*
- ***Igualdad de género a través del tiempo de trabajo:*** *Las políticas del tiempo de trabajo deben promover la igualdad de género a través de medidas imparciales para el hombre y la mujer, así como también deben asegurar que las políticas que avanzan en otras dimensiones del trabajo decente no afecten negativamente la igualdad de género.*
- ***Elección e influencia del trabajador en su tiempo de trabajo:*** *ofrecer a los trabajadores un mayor grado de flexibilidad para organizar sus horarios de trabajo crea una situación que beneficia tanto a empleadores como empresas. Los acuerdos flexibles del tiempo de trabajo como “flexi-time” y las semanas de trabajo comprimido han demostrado efectos positivos en la motivación y la actitud de los trabajadores” (OIT, 2019, p.11).*

El contenido del derecho humano laboral a una jornada razonable implica que el empleador establezca diversas medidas de protección para que el trabajador no realice excesivas horas de trabajo. Resulta importante adoptar las dimensiones señaladas por la OIT porque también

permite salvaguardar otros derechos vinculados al derecho al descanso y un trabajo decente para el trabajador.

3.3. Alcances de la jornada de trabajo.

Hemos desarrollado de manera descriptiva la legislación peruana y la normativa internacional que regulan la jornada de trabajo con el fin de poder advertir la relación que existe entre esta y el derecho al descanso. En principio, tal como señala Juan Gorelli, el derecho al descanso se encuentra vinculado de manera directa con la jornada de trabajo razonable, pues supone tanto un período de descanso o asueto del trabajador como una limitación a la duración del trabajo. Es decir, el derecho al descanso es un mecanismo que incide en la delimitación de la obligación laboral de trabajar, pues no se debe la prestación de trabajo (Gorelli, 2014,p. 60).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 23 y 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00027-2006-PI precisó lo siguiente:

“23. Con relación al descanso vacacional, este Colegiado ha señalado que ‘ (...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso físico sea posible.

En efecto, la primera relación que existe entre tiempo de trabajo y el derecho al descanso, es que a través de la limitación de la jornada de trabajo se garantiza el derecho al descanso y el disfrute del tiempo libre. En el considerando del D.S. N° 004 -2006 -TR se menciona que el artículo 25° de la Constitución Política reconoce el derecho a una jornada máxima de trabajo; en expresión de la necesidad de que la persona humana se desarrolle y relacione en espacios distintos o complementarios al trabajo, pues en efecto con la limitación de la jornada de trabajo se garantiza el uso efectivo del tiempo libre.

Por ello, es necesario conocer las particularidades y alcances del tiempo de trabajo ya que nos permitirá abordar de una mejor forma el derecho al descanso, en la medida que con una adecuada limitación y regulación del tiempo de trabajo podemos garantizar el derecho al descanso.

¿Que implica y cuáles son los alcances de la jornada de trabajo? Conforme lo señala Daniel Ulloa, la jornada es la medida cuantitativa de la prestación laboral que el empresario adquiere del trabajador, por lo que, esta jornada debe limitarse al tiempo que se debería prestar o se presta efectivamente el servicio o cuando el trabajador está en su puesto de labor a disposición del empleador (Ulloa, 2017,p.31). Para el mencionado abogado el tiempo de trabajo constituiría tanto el tiempo en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, como el tiempo que se utiliza para la prestación efectiva de servicios.

Coincidimos con dicha definición y alcances respecto a la jornada de trabajo, pues la sola disposición de tu tiempo al empleador ya implica tener limitada tu libertad para utilizar dicho periodo para actividades personales, tanto porque te encuentras en el centro de trabajo y/o bajo un horario y jornada de trabajo.

En esa misma línea argumentativa, el tiempo de trabajo según la Directiva 2003/88/CE es definido como (...) *“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”*. Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour du travail de Bruxelles — Bélgica) — Ville de Nivelles / Rudy Matzak dispuso que los Estados miembros no pueden alterar la definición del tiempo de trabajo precisada en la Directiva 2003/88. Sin embargo, si tienen la facultad de adoptar disposiciones que establezcan límites al tiempo de trabajo y períodos de descanso más favorables al trabajador, no permitiéndose una interpretación de los alcances brindados por la referida directiva de tiempo de trabajo más restrictiva.

Así, en dicha sentencia se estableció que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, es un plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades y que el trabajador pueda efectuar actividades vinculadas a sus intereses personales y sociales, por lo que debe considerarse tiempo de trabajo. Asimismo, se menciona que diversas sentencias precisan que los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso se excluyen mutuamente (sentencias de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 47, y de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 26 y jurisprudencia citada).

De esta forma, tenemos en principio que la Directiva 2003/88/CE señala que el tiempo de trabajo constituye el periodo en el cuál el trabajador se encuentra a disposición del empresario,

así como ejerce sus funciones o actividades laborales. Dado que estos alcances respecto a la definición de tiempo de trabajo no son restrictivos ya que permiten concluir que la sola disposición del tiempo del trabajador ya es tiempo de trabajo y por ende involucra el pago de una remuneración también, la sentencia precisada en el párrafo anterior dispuso que no se puede alterar la definición de tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88, dotándola de garantía y razonabilidad. Pues, somos de la opinión que limitar la definición y alcances de tiempo de trabajo a que solo constituye la prestación efectiva de servicios habilitaría a que el trabajador para solicitar el pago de sus remuneraciones tenga que demostrar labores efectivas, cuando ya el hecho de encontrarte a disposición del empleador sea de manera física o a través de un horario ya limita tu libertad, actividades personales y tiempo de descanso.

Asimismo, el tiempo de trabajo puede examinarse desde una doble perspectiva (Martin, 2008, p.308-309):

- Desde el punto de vista del empresario, el tiempo de trabajo, presenta, a su vez, doble dimensión:
 1. Como tiempo de aprovechamiento del factor productivo
 2. Como coste referido a una unidad de tiempo, que es la hora medible, relacionada a su vez con un módulo de referencia contable que suele ser el año.

- Desde el punto de vista del trabajador:
 1. Como tiempo de aplicación de un esfuerzo físico y mental lo que exige la imposición de límites a la duración de los períodos de trabajo, y consiguientemente, la fijación de tiempos de descanso o recuperación.
 2. Como precio o retribución, referido a una unidad de tiempo medible, que es variable y se vincula bien con la hora, el día, la semana, el mes o el año (Martin, 2008, p.308-309).

Por su parte, la Casación Laboral N° 3577–2015–CALLAO de 2 de noviembre de 2016 precisó que la jornada 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; cabe indicar que la jornada de trabajo puede ser legal, convencional o por decisión unilateral del empleador menor a la máxima legal.

Por horario de trabajo, según la Casación n° 12584–2015–Callao de 18 de agosto de 2016 se entiende que es el período dentro del cual se encuentra la jornada diaria, legal o contractual que debe cumplir todo trabajador. Debe considerarse como horario, la hora de ingreso, salida y refrigerio.

En base a lo expuesto, consideramos que el tiempo de trabajo es la jornada y horario que el empleador ha informado al trabajador en su contrato de trabajo, y es el tiempo que el trabajador se encuentra a disposición de su empleador sea de manera presencial o virtual. En ese sentido, con el horario y jornada de trabajo se determina el tiempo que el trabajador efectuará sus funciones y con ello, el trabajador podrá conocer con anticipación sus tiempos de descanso, de forma que pueda organizar su tiempo libre (Lopez, 2004, p.82).

Al respecto, la Resolución de Intendencia N° 149–2020–SUNAFIL /IRE – CAL analizó la disposición de una empresa fiscalizada en registrar el inicio de su jornada de trabajo luego de vestirse con el uniforme otorgado por el empleador y la salida antes de cambiarse el uniforme, dejarlo en la lavandería y esperar el relevo de otro trabajador que sustituya su puesto, concluyendo que en el lapso de cambio de uniforme y relevo, el trabajador ya que se encuentra a disposición del empleador, motivo por el cual, corresponde que se le remunere dicho tiempo como horas extras. La SUNAFIL precisó que ello también corresponde porque el cambio de uniforme como el relevo son fijados por el empleador en uso de su facultad directriz. Advertimos que la SUNAFIL ha considerado que la disposición del tiempo del trabajador por el empleador también forma parte de la jornada de trabajo.

Por ello, resulta importante conocer los alcances del tiempo de trabajo pues nos permite entender que la jornada y horario de trabajo son el único periodo en el cual el trabajador está a disposición del empleador, motivo por el cual, es el tiempo que el empleador está legitimado de brindar órdenes directas. El tiempo de descanso es un tiempo que le pertenece al trabajador, él puede disponer que actividades realizar en este tiempo ya que en principio no es remunerado y corresponde a un derecho fuera del ámbito de la facultad de dirección del empleador y bajo la libertad del trabajador.

CAPÍTULO II: IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TENDENCIAS EN LAS RELACIONES LABORALES.

El avance de la tecnología ha ido cambiando la vida diaria de las personas, la forma de organización de la sociedad y la gestión de las empresas. En la actualidad resulta muy fácil poder comunicarnos con personas que se encuentran en otros países, acceder a información de cualquier parte del mundo, tomar clases virtuales con profesores que se encuentran a kilómetros de distancia. De igual manera, las empresas cuentan con diversas herramientas tecnológicas que han facilitado sus procesos administrativos y organizacionales. Dentro de estas herramientas, a modo de ejemplo, tenemos las siguientes:

- **Sistemas de Planificación de Recursos Empresariales (ERP – Enterprise Resource Planning):** son sistemas de información que se caracterizan por manejar operaciones de producción y distribución de una empresa (Astraps 2020)
- **Customer Relationship Management (CRM):** aplicación que gestiona y administra los procesos del cliente, donde se incluye desde la venta hasta la interacción con el área de marketing. Se puede comprender las necesidades y hábitos de compra de los clientes (Astraps 2020).
- **Dropbox:** aloja archivos multiplataforma en la nube. Se utiliza para almacenar, compartir y transferir información en línea y entre ordenadores (Astraps 2020).
- **Mailchimp:** permite organizar contactos en distintas listas para lanzar diferentes campañas. Tiene herramientas de diseño y permite crear mails atractivos sin necesidad de conocimiento en diseño (Aplimedia 2020).
- **Secre:** programa de gestión en un solo software que permite llevar un control de facturación, ventas, compras, clientes, proveedores y proyectos (Aplimedia 2020).

Tal como se advierte existen diversas herramientas tecnológicas que facilitan la gestión y organización de las empresas. Muchas de estas herramientas podrían reemplazar incluso trabajadores cuyas profesiones se encuentran vinculadas al diseño gráfico, contabilidad y administración. Según el diario “El Mundo” de España, en su publicación del 30 de enero de 2016 con título “*Profesiones que desaparecen y otras que son el futuro pero aún no existen*”, debido a las nuevas tecnologías e irrupción de robots, corren peligro de desaparecer puestos de trabajo como cajeros de bancos o supermercados, agentes de viajes y agricultores (El Mundo

2016), contrario a ello, las nuevas tecnologías habilitan también la creación y preservación de profesiones ligadas al big data y transformación digital (Business Insider 2020).

De esta manera, si bien los cambios tecnológicos han implicado ventajas en la vida diaria de las personas y en la gestión organizacional de las empresas, también es cierto que en la actualidad se encuentran eliminando diversos puestos de trabajo, los cuáles, están siendo sustituidos por herramientas tecnológicas. Por ello surge la necesidad imperante de adaptarse a estos cambios y de encontrarse en formación permanente, pues la tecnología avanza de manera muy acelerada.

Asimismo, el uso de las nuevas tecnologías ha tenido como consecuencia la aparición de un nuevo temor individual patológico, la “*nomofobia*”, (fobia a la carencia de celular), siendo un miedo probablemente irracional a encontrarse despojado del medio de conexión esencial con el mundo, las relaciones laborales y personales. Este miedo supone la necesidad de tener el celular siempre a nuestro lado y todo el tiempo, pues no se admite la idea de encontrarse desconectado de las redes sociales, del trabajo, internet y en general del mundo virtual.

Asimismo, las relaciones de espacio y tiempo, como señala Cesar Arese se han transformado, pues se ha cambiado de un espacio tangible a otro inmaterial: el “*ciberespacio que ha implicado que los límites entre la vida laboral con la vida personal se difuminen, lo cual, (...) ha repercutido también en el sentido del tiempo; ya que se ha transitado de un tiempo cronológico secuencial a un “tiempo real” – instantaneidad*” –(Arese, 2019, p.2). A su vez, las Tecnologías de la Información y la Comunicación se ven acompañadas de múltiples avances tecnológicos en la era de digitalización (informática en la nube, big data, aplicaciones móviles, geolocalización, internet de las cosas, robotización) que están produciendo profundos cambios en el derecho del trabajo y en el mercado de trabajo (García, 2020, p.162).

La situación planteada ha originado diversos conflictos laborales: i) Las discusiones sobre los límites del uso fuera de trabajo de los instrumentos tecnológicos por parte de los trabajadores; ii) La problemática surgida por el control empresarial por el uso de los mismos; iii) La utilización de la gama tecnológica como poder de dirección y vigilancia del empresario, y la limitación en relación de los derechos de los trabajadores (Kahale, 2006, p.304).

En efecto, el avance de las nuevas tecnologías ha implicado diversos cambios en las relaciones laborales. Lo anterior ha tenido como consecuencia nuevos retos y cuestionamientos en el derecho laboral. Por ese motivo, en el presente capítulo se busca presentar un panorama y *status quo* de cómo las tecnologías han impactado en las relaciones laborales.

1.Sociedad de la información y Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs)

1.1.Sociedad de la información.

Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) el término “contexto” significa: *“entorno físico o de situación, político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el que se considera un hecho”*. Conocer el contexto específico de una sociedad resulta importante para la interpretación de cualquier evento, sea que este se haya desarrollado en el pasado, esté ocurriendo en el presente; o se vislumbre que ocurrirá en el futuro (Leandro del Regno 2012: 80).

De esta manera, analizar el contexto de una sociedad permite poder identificar las principales particularidades de ésta, fenómenos sociales y tendencias, lo cual, resulta importante para entender los cambios que se vienen dando en la actualidad y que involucran a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. En el contexto actual, ha surgido el término *“sociedad de la información”* para identificar una nueva forma de organización de la sociedad y la economía, que colocaría a las tecnologías de la información y comunicación como elemento esencial que habilita la capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento (Cobo, 2009, p.308).

Esta nueva forma de organización de la sociedad y la economía caracterizado por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, según Aida Llamosas, ya se podía advertir en la década de los sesenta cuando empieza a observarse que el modelo de sociedad industrial empieza a ceder al protagonismo de un modelo caracterizado por el manejo y procesamiento de la información, la cual, pasa a ser un producto, un bien de consumo (...) (Llamosas, 2015, p.13 - 16).

En términos más amplios consideramos que la sociedad de la información implicaría *“(…) cualquier conglomerado humano de cuyas acciones de supervivencia y desarrollo esté basado predominantemente en un intenso uso, distribución, almacenamiento y creación de recursos de información y conocimientos mediatizados por las nuevas tecnologías de información y comunicación”* (Blancas,2020, p.557). Pues, actualmente las tecnologías de información y comunicación son utilizadas de manera intensiva y en ellas radican muchas acciones, cambios y decisiones económicos y políticas que se vienen dando en la sociedad.

En esa línea, Aida Llamosas Trapaga en su libro *“Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías de la Información y De La Comunicación”* sostiene que son dos los elementos de la sociedad de

la información: la globalización y el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación. Asimismo, define los rasgos y características que involucran este fenómeno como: i) volumen de información y diversidad de datos alrededor del mundo, ii) acceso a cualquier tipo de información, iii) Intercambio de ideas o información a través de las tecnologías de la información y comunicación (desarrollo de las relaciones interpersonales), iv) Supresión de impedimento para la transmisión de datos, v) comunicaciones instantáneas y en algunos casos gratuitas, vi) interacción de las personas a través de las tecnologías de la comunicación e información y vii) el tipo de información puede versar sobre cualquier tipo de tema, conforme lo expone de manera detallada la referida autora (Llamosas, 2015,p.15 -16). Citamos algunos puntos que consideramos más relevantes para el objeto de la presente tesis:

“1. El volumen de información manejable y la diversidad de los datos que se mueven a través del mundo de la sociedad de la información. Se trata de un volumen de información (...) pudiendo acceder a cualquier tipo de información sin dificultad, ya que existen datos acerca de cualquier acontecimiento, noticia, novedad...

2. Omnipresencia. Las nuevas tecnologías, los instrumentos de información y todos sus contenidos forman parte de la vida diaria.

3. La total ausencia de barreras. La sociedad de la información ha supuesto la desaparición de cualquier impedimento para la transmisión de los datos. Las distancias geográficas se acortan y los tiempos se difuminan, se mantienen conversaciones a tiempo real desde cualquier punto del mundo, los documentos se envían y reciben sin esperas.

4. Velocidad. Salvo en aquellos casos en los que se produzca un fallo de carácter técnico las comunicaciones son instantáneas (...) Los envíos de información y la recepción de la misma se realizan al momento.

5. Interactuación. En el caso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación las personas no son simples consumidores, sino que se consideran y pueden actuar como parte activa en la relación de comunicación, a diferencia de lo que ocurre con otros medios de difusión.

6. Heterogeneidad. El tipo de información que se trasmite no versa sobre una materia concreta, puede ser de cualquier tipo puesto que es el reflejo de muy diversas realidades, culturas, pensamientos (...)(Llamosas 2015:15 -16)”.

De esta manera, nos encontramos en un contexto en el cual las TICs se han constituido en un elemento fundamental de la vida diaria de las personas y de la sociedad en su conjunto que

permiten el acceso a información en cualquier parte del mundo, comunicaciones rápidas y se ha convertido en un espacio de relaciones interpersonales y autodeterminación de las personas.

En ese sentido, las tecnologías de la información y comunicación resultan vinculantes y en algunos casos indispensables para las personas y su vida diaria, siendo esta una de las características de la sociedad en la cual nos encontramos actualmente. Con ello podemos entender los diversos fenómenos que se dan en este momento.

Dentro de estos fenómenos y efectos de las tecnologías de la información y comunicación, según Carlos Blancas tenemos a: la hiperinformación y la hiperconectividad. La primera también llamada “big data”, *“se refiere al recojo, almacenamiento y disposición de grandes cantidades de información, no sólo de carácter científico o técnico, sino, también de información relacionada a la vida privada de las personas”* (Blancas, 2020, p.559).

Por su lado, como precisa Carlos Blancas, la hiperconectividad habilita la comunicación instantánea (directa e inmediata) entre las personas, sin que las distancias geográficas representen obstáculo, permitiendo operaciones de intercambio económico, la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, entre otros, en tiempo real, ahorrando así el tiempo que se empleaba en formas de comunicación previa como el correo escrito (Blancas 2020: 559).

En virtud de lo expuesto, nos encontramos ante una sociedad que coloca a las TIC como elemento esencial y vinculante de su vida diaria y forma de organización. En esta podemos encontrar dos fenómenos que nos permiten entender sus particularidades: Hiperinformación e hiperconectividad. Ambas describen los efectos del uso de las TIC. Para efectos de la presente tesis resulta importante entender a la hiperconectividad como fenómeno de la sociedad de la información y de la coyuntura actual pues describe cómo en tiempo real se pueden dar instrucciones u órdenes y remitir comunicaciones de manera instantánea y directa.

Este último fenómeno como veremos más adelante ha habilitado al empleador a fiscalizar de manera constante a sus trabajadores, la remisión de comunicaciones fuera de jornada de trabajo y cualquier hora, el trabajador labore en su tiempo de descanso, entre otros aspectos.

1.2 Aproximación a las TICs.

El Banco Mundial ha definido el acceso que los países tienen a las TICs como uno de los cuatro pilares para medir su grado de avance en el marco de la economía del conocimiento (Cobo,

2009, p.297). Señala que las TICs, incluyendo teléfono, televisión, radio y redes, son la infraestructura esencial de las economías globales basadas en la información de nuestro tiempo, siendo que una moderna y adecuada estructura facilitará la comunicación, difusión y procesamiento de la información y el conocimiento (Ríos y otros, 2011,p.46).

De esta manera, para efectos de medir el avance de la economía del conocimiento, factor clave del crecimiento económico de cada país (Ríos y otros 2011, p.46), resulta importante analizar la infraestructura de las TICs de un país, en tal sentido, tal como lo señalamos precedentemente nos encontramos en un contexto donde estas tecnologías se han convertido en un elemento fundamental de la vida diaria de la sociedad en su conjunto, pues dada su importancia y vinculatoriedad con las personas, son parte de los pilares a tomar en cuenta al momento de medir el desarrollo económico de un país.

Si bien en muchos textos se señala la importancia, implicancias y efectos de las TICs, no muchos autores las definen. Asimismo, existe más de un definición sobre este concepto. Debido a las diversas definiciones que se han realizado sobre las tecnologías de la información y comunicación Juan Cobo, en su artículo “*El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento*”, elaboró un *benchmarking*¹ con la finalidad de estudiar, desde una perspectiva comparada, que son las tecnologías de la información y comunicación y cuáles son sus características principales.

En principio, dentro del análisis de definiciones que realiza Juan Cobo tenemos la precisada por Fernandez Muñoz, quien indica que las TICs:

“se definen colectivamente como innovaciones en [...], computación (hardware y software), telecomunicaciones [...] que permiten el procesamiento y acumulación de enormes cantidades de información, además de una rápida distribución de la información a través de redes de comunicación. La vinculación de estos dispositivos electrónicos, permitiendo que se comuniquen entre sí, crea sistemas de información en red basados en un protocolo en común. Esto va cambiando radicalmente el acceso a la información y la estructura de la comunicación, extendiendo el alcance de la red a casi todo el mundo [...] Herramientas que las personas usan para compartir, distribuir y reunir información, y comunicarse entre sí, o en grupos, por medio de las computadoras o las redes de computadoras

¹ Benchmarking es una metodología que proporciona un enfoque comparativo y lógico orientado a comprender y evaluar de manera objetiva las fortalezas y debilidades de un determinado objeto de estudio (Cobo 2009: 301)

interconectadas. Se trata de medios que utilizan tanto las telecomunicaciones como las tecnologías de la computación para transmitir información [...] (Cobo, 2009, p.305)

Por su parte, Almenara, C., Barroso Osuna, J., Romero Tena, R., Llorente Cejudo, M., Román Gravan sobre los alcances del concepto de TICs precisan lo siguiente:

"[...] En la actualidad, cuando hablamos de nuevas tecnologías, lo primero que se nos viene a la mente son las redes informáticas, que permiten que al interactuar los ordenadores unos con otros amplíen la potencia y funcionalidad que tienen de forma individual, permitiendo no sólo procesar información almacenada en soportes físicos, sino también acceder a recursos y servicios prestados por ordenadores situados en lugares remotos [...] Las nuevas tecnologías vendrían a diferenciarse de las tradicionales, en las posibilidades de creación de nuevos entornos comunicativos y expresivos que facilitan a los receptores la posibilidad de desarrollar nuevas experiencias formativas, expresivas y educativas". (Cobo 2009, 305, p.306)

Fundación Telefónica brindó el siguiente concepto sobre TICs:

"son las tecnologías que se necesitan para la gestión y transformación de la información, y muy en particular el uso de ordenadores y programas que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información. Las TICs, como elemento esencial de la Sociedad de la Información habilitan la capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento. Hacen, por tanto, posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo, permitiendo un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas, dando acceso a la información que está en el dominio público [...]" (Cobo, 2009, p.306)

Luego del estudio efectuado por Juan Cobo, él realiza la siguiente propuesta de definición sobre tecnología de la información y comunicación:

"Dispositivos tecnológicos (hardware y software) que permiten editar, producir, almacenar, intercambiar y transmitir datos entre diferentes sistemas de información que cuentan con protocolos comunes. Estas aplicaciones, que

integran medios de informática, telecomunicaciones y redes, posibilitan tanto la comunicación y colaboración interpersonal (persona a persona) como la multidireccional (uno a muchos o muchos a muchos). Estas herramientas desempeñan un papel sustantivo en la generación, intercambio, difusión, gestión y acceso al conocimiento. La acelerada innovación e hibridación de estos dispositivos ha incidido en diversos escenarios. Entre ellos destacan: las relaciones sociales, las estructuras organizacionales, los métodos de enseñanza, aprendizaje, las formas de expresión cultural, los modelos negocios, las políticas públicas nacionales e internacionales, la producción científica (I+D), entre otros. En el contexto de las sociedades del conocimiento, estos medios pueden contribuir al desarrollo educativo, laboral, político, económico, al bienestar social, entre otros ámbitos de la vida diaria (Cobo, 2009, p.312)”

De las diversas definiciones expuestas por los diferentes autores podemos concluir que las TICs son dispositivos tecnológicos que:

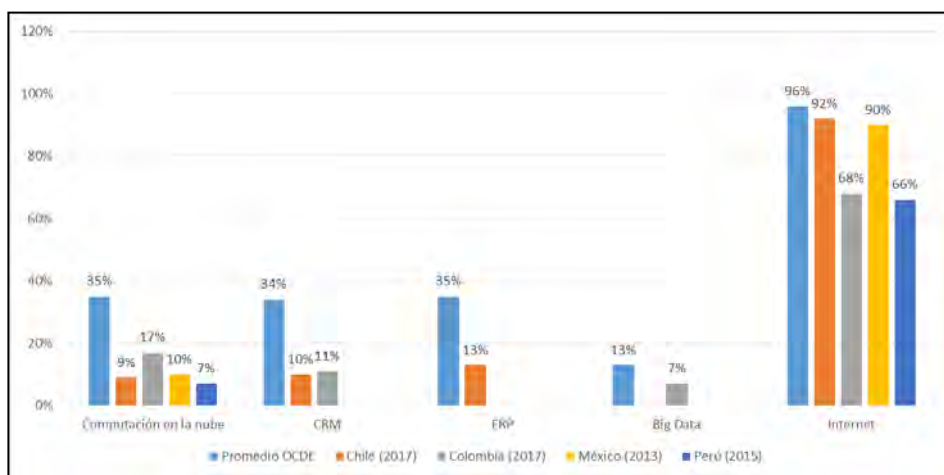
- Permiten editar, producir, almacenar, intercambiar y transmitir datos entre diferentes sistemas de información.
- Posibilitan la creación de nuevos entornos comunicativos y expresivos que facilitan a los receptores la posibilidad de desarrollar nuevas experiencias formativas, expresivas y educativas.
- Permiten la comunicación interpersonal y multidireccional y acceder a información de cualquier parte del mundo.

En virtud de lo expuesto, al mencionar a las TICs en la presente tesis, estaremos haciendo referencia a los dispositivos que pueden utilizar las personas para intercambiar información, comunicarse tanto de manera interpersonal como multidireccional con personas de cualquier parte del mundo y en tiempo real, acceder a información que se encuentra en diferentes países y crear espacios de comunicación de índole formativa, educativa, dentro de una relación de trabajo o expresiva. Dentro de este grupo de medios tecnológicos tenemos al teléfono móvil, computadora, laptop, uso de aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, correo electrónico, Facebook, entre otras aplicaciones que cumplen con las características precisadas en el presente numeral.

1.3.TICs en el Perú.

Según el Banco Internacional de Desarrollo (BID) en el artículo “Transformación digital empresarial ¿Cómo nivelar la cancha?, en comparación con otros países en el año 2015 se tenía que en el Perú sólo un 66% de las empresas utilizaban internet (Suáznabar & Henríquez, 2020, p.4)²:

Gráfico 1



Asimismo, según las estadísticas del BID, siendo la fuente Global Skills Index 2020 Coursera, de 60 países evaluados, Perú está en el número 53 en relación al nivel de escasez de talento digital para suplir demanda laboral (Suáznabar & Henríquez, 2020, p.4). Frente a esta situación, la pandemia por Covid-19 ha tenido un impacto importante en la región, “obligando” a digitalizar la actividad económica y social. Por ejemplo, el desarrollo del comercio electrónico se adelantó 3 años, siendo que aumentaron sus compradores en más de 1.7 millones desde marzo de 2020. Asimismo, el 25% de la población de grandes ciudades desempeñó sus labores a través del teletrabajo. Finalmente, las capacitaciones online también tuvieron su auge, por ejemplo, los usuarios de Edtech Platzi y Crehana aumentaron en 40%. (Suáznabar & Henríquez, 2020, p.4).

Como puede apreciarse en estos últimos años y dada la coyuntura de la pandemia Covid – 19, la utilización de las TICs por parte de las empresas ha aumentado. No obstante, ha surgido la necesidad que los trabajadores se capaciten en el uso de las TICs, siendo que conforme a las estadísticas nos encontramos en el puesto 53 en relación a escasez de talento digital. Estas estadísticas nos permiten advertir cual es nuestra situación frente a otros países en relación al

² Gráficos elaborados por Claudia Suáznabar y Pauline Henríquez en base a encuestas nacionales de TIC, encuestas de empresas y datos de OCDE. Los datos de la OCDE son promedios ponderados por PIB de los últimos datos disponibles (2019: e – sales; CRM y ERP: big data, computación en la nube; 2017: Internet).

uso de las TICs, que panorama ha cambiado con la pandemia y la accesabilidad a las TICs por parte de las personas en Perú.

2. Impacto de las TICs en las relaciones laborales.

Las TICs como elemento esencial de la sociedad actual, han impactado de diversas formas en la vida diaria de las personas, en las empresas y en la sociedad en general. Este impacto ha implicado la creación de nuevas modalidades de prestación de servicios como el teletrabajo, nuevas formas de comunicación y de relacionarse con los demás, modalidades de fiscalización diferentes por parte del empleador a través del uso del internet, GPS, cámaras de video vigilancia, entre otros aspectos.

Si bien las TICs han representado una ventaja para las personas al permitir la automatización de procesos, facilitar el acceso a información de cualquier materia y parte del mundo, y lograr una comunicación instantánea, *“la generalizada e intensa introducción de estas tecnologías en la vida laboral ha conducido a lo que se denomina la “tecno-invasión” en la cual “(...) podríamos incluir tanto la hiperconectividad como la monitorización constante”*. (Blancas, 2020, p.585).

A esta forma de fiscalización constante según Cristian Salazar se le ha denominado *“Tecnoinvasión”* o invasión tecnológica. El referido autor señala que el término tecnoinvasión está relacionado con el potencial de las TICs para invadir la vida personal de un trabajador. A su vez, las personas enfrentan expectativas y sensación que las TICs invaden su vida privada ya que están siempre en línea y conectados (Salazar, 2019, p.46). Esto también se da según el expuesto autor dado que la conectividad constante en horarios de trabajo genera que los trabajadores estén sometidos al uso de diversas aplicaciones como correos electrónicos, celulares, llamadas telefónicas, videollamadas, entre otros, incluso durante su tiempo libre (Salazar, 2019, p.46).

Estos fenómenos conducen, según lo precisa Carlos Blancas, al tecno-estrés definido como *“(...) un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las TIC o amenaza de su uso en un futuro, que viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC, que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las mismas”* (Blancas, 2020, 584).

El uso de las TICs no solo representa una ventaja para las personas, sino también desventajas, ya que si no existe un adecuado control, se puede habilitar un uso abusivo de estas y la vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, un informe de Eurofound y la OIT señala que los aspectos que representan un riesgo para la salud y bienestar de los trabajadores son los siguientes “(...) *más horas de trabajo; interferencia entre vida laboral y personal asociada con el desdibujamiento de límites entre el trabajo remunerado y la vida personal; intensificación del trabajo; aislamiento y agotamiento* (Blancas ,2020, p.584).

En virtud de lo señalado, en las siguientes líneas expondremos el impacto que han tenido las TICs en las relaciones de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores.

2.1. Control empresarial a través del uso de nuevas tecnologías.

El contrato de trabajo como negocio jurídico involucra un acuerdo bilateral entre el empleador y trabajador, en el que el trabajador de manera voluntaria presta sus servicios bajo la dirección del empleador y éste retribuye al trabajador, en contraprestación por la prestación de servicios. Uno de los elementos de una relación jurídica laboral es la subordinación, que para Javier Neves “*es un vínculo jurídico entre el deudor y acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado, y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto*” (Neves, 1997, p.25)

El poder de conducción de la prestación de servicios del trabajador por parte del empleador se encuentra legitimado por el ordenamiento jurídico peruano. Así, el artículo 9° de la LPCL señala lo siguiente:

“Artículo 9°.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”

De esta manera, dentro de sus legítimas facultades, el empleador puede brindar las directrices necesarias e idóneas para que el trabajador desempeñe su trabajo, así como establecer las políticas y procedimientos internos para guiar el modo y forma en que el trabajador debe ejercer

sus funciones. Como señala Lupo Hernández, el poder de dirección *“es el poder reconocido al empleador que comprende una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional* (Hernández, 1997, p.405). Asimismo, la Constitución Política del Perú, reconoce en su artículo 59° la libertad de empresa como derecho constitucional, disponiendo que:

“El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”, ya que no puede negarse que la garantía propia del ejercicio de libertad de empresa implica el reconocimiento implícito del poder de dirección del empresario en todos sus ámbitos organizativos, entre ellos, la relación con su personal de trabajo”.

Con la aparición de las tecnologías de la información y comunicación, resulta posible fiscalizar a los trabajadores a través del uso de videocámaras, brindar órdenes y pedir reportes de trabajo a través del correo electrónico, poder contactarse con el trabajador a través del teléfono móvil o fijo, utilizar aplicativos de comunicación como WhatsApp, entre otras herramientas tecnológicas que permiten que la fiscalización del empleador no necesariamente deba ser presencial sino a través del uso de las nuevas tecnologías.

Carlos Blancas, con relación a las diversas formas de fiscalización que tiene el empleador precisa que existen técnicas de monitorización conocidas como “Wearables” o tecnología vestible (wearable technology) que se caracterizan y:

“está integrada por una pluralidad de dispositivos electrónicos incorporados al vestido que captan, transfieren y procesan datos con multitud de utilidades. Se trata, entre otros, del uso de pulseras, relojes o videocámaras (body-cams) las cuales, son capaces de obtener y tratar datos sobre la salud (pulsaciones, tensión, ritmo respiratorio) o datos biométricos (la huella dactilar, el iris y otros). Un ejemplo de estas tecnologías lo constituye el “brazalete de Amazon” dispositivo que “(...) permite localizar y rastrear en tiempo real a los trabajadores de la empresa (controlando el tiempo empleado para retirar los productos de las estanterías e, inclusive, el tipo de movimientos que realizar, emitiendo sonidos en caso de posturas de la muñeca no adecuadas, a fin de controlar la rapidez y eficiencia de la prestación laboral, en aras de la productividad) (...)” (Blancas, 2020, p.569 -570).

Carlos Blancas también hace referencia a la implantación de microchips subcutáneos para el control de la actividad laboral, siendo que todas estas tecnologías además de tener la facultad de controlar al trabajador, también pueden habilitar la obtención de datos personales del trabajador que se encuentren vinculados con su vida privada (Blancas, 2020, p.569 -570).

Si bien el poder de dirección del empleador es la facultad que tiene para organizar, dirigir, sancionar y fiscalizar a los trabajadores, el mismo como cualquier otro derecho, debe practicarse de acuerdo a ciertos parámetros, los cuales determinarán que su ejercicio no se considere arbitrario o irregular (De Lama, 2012, p.11-12). De esta manera, la facultad de dirección del empleador no es una facultad absoluta y tiene sus límites en los derechos fundamentales del trabajador y en el uso razonable de la referida facultad. Al respecto, el artículo 23° de la Constitución Política del Perú precisa que: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. En efecto, el hecho que un trabajador se encuentre bajo un estado de subordinación dentro de una relación laboral no implica que sus derechos fundamentales hayan desaparecido o se encuentran suspendidos.

Estos derechos inherentes al trabajador, dentro de una relación laboral, los podemos clasificar en dos: i) los derechos específicos y ii) los derechos inespecíficos. Sobre el particular, Palomeque López y Álvarez de la Rosa que los derechos específicos laborales tienen (Pasco, 2012, p.22):

"(...) su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio"

Dentro de los derechos laborales específicos podemos encontrar al derecho de vacaciones, libertad sindical, huelga, negociación colectiva y otros derechos cuyo origen y razón de ser se sitúa en el ámbito de las relaciones laborales. Por otro lado, los derechos laborales inespecíficos como señalan Palomeque López y Álvarez de la Rosa son (Pasco, 2012, p.22):

"otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales"

sobrevenidos. Se produce una "impregnación laboral" de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo".

Dentro de estos derechos podemos encontrar al derecho a la intimidad, secreto de las telecomunicaciones, a la no discriminación, entre otros que son inherentes a todas las personas.

Las TICs habilitan a que exista una fiscalización constante por parte de los empleadores a los trabajadores. El empleador puede tener acceso y disponibilidad del trabajador a través de su uso, así como también puede fiscalizar a través de GPS, cámaras videovigilancia o algún sistema que instale en la computadora del trabajador o alguna herramienta tecnológica que le proporcione al mismo.

Tenemos la STSJ CAT 5310/2013 del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Social de Barcelona (Nro de resolución 3613/2013) donde se debatía la instalación de un acelerómetro, elemento electromecánico que permite captar el movimiento o la ausencia del mismo y que se encontraba instalado en el teléfono móvil de los trabajadores, el cual se complementaba con un GPS. El dispositivo en caso detectase una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos de duración, lanza inicialmente una señal acústica de unos sesenta segundos de duración y un mensaje en la pantalla, donde se indica que de mostrarse el operario en apuros, se desencadenará de manera automática una llamada de emergencia al centro de control. Asimismo, los trabajadores no lo pueden desconectar solo bajar el volumen y deben de llevar a su domicilio la PDA y la Blackberry y tener ambos con la batería cargada

Así, el Tribunal concluyó que se trata de un dispositivo que no mejora la seguridad de los trabajadores y que la forma de fiscalización del citado acelerómetro expone a una situación de riesgo psicosocial pues la herramienta también se lleva al domicilio por lo que se invade la esfera personal y privada del trabajador. Asimismo, para el Tribunal el hecho que el dispositivo sea llevado al domicilio del trabajador implica un perjuicio para su salud por la preocupación que tiene de tener que estar pendiente del citado dispositivo y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos, siendo que el derecho fundamental a la intimidad personal impone a terceros el deber de abstención de intromisiones.

Esta fiscalización se puede volver invasiva y colisionar con el derecho a la intimidad, secreto de telecomunicaciones, descanso y uso de tiempo libre, entre otros derechos⁰. Por ello, si bien las TICs permiten la comunicación en cualquier momento con el trabajador y poder fiscalizarlo incluso cuando se encuentre fuera de su centro de trabajo, ello no implica que se habilite la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.2. Impacto de las nuevas tecnologías en la salud de los trabajadores.

El Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre medicina del trabajo (novena reunión Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984) plantea la definición de factores psicosociales por una parte como interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, y por la otra, como las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo (Raffo, 2013, p.76)

En ese sentido, los factores psicosociales son condiciones presentes en situaciones laborales relacionadas con la organización del trabajo, el tipo de puesto, la realización de la tarea, e incluso con el entorno; que afectan el desarrollo del trabajo y la salud de las personas trabajadoras. Los términos “organización del trabajo” y “factores organizativos” son intercambiables en el contexto laboral con “factores psicosociales” para señalar las condiciones de trabajo que conducen al estrés (Gil, 2012, p.237).

En España, el criterio técnico 104/2021, sobre “*actuación de la inspección de trabajo y seguridad social en riesgos psicosociales*” definen factores de riesgo psicosocial como “*las condiciones de trabajo (factores psicosociales) que, por una configuración deficiente o un diseño inadecuado, presentan la probabilidad de afectar negativamente a la salud y bienestar del trabajador*” (INSST, 2015). El referido criterio clasifica los factores de riesgo psicosociales según la propuesta de PRIMA-EF (Psychosocial Risk Management – Excellence Framework) y que exponemos a continuación³:

Gráfico 2

FACTORES PSICOSOCIALES	FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL
Contenido y características del trabajo	Monotonía, tareas sin sentido,

³ Cuadro extraído del Criterio Técnico 104/2021

	fragmentación, falta de variedad, tareas desagradables por las que se siente rechazo.
Carga y ritmo de trabajo	Carga de trabajo excesiva o insuficiente, presión de tiempo, plazos estrictos.
Tiempo de trabajo	Horarios muy largos o impredecibles, conexión continua al trabajo, trabajo a turnos, trabajo nocturno.
Participación y control	Falta de participación en la toma de decisiones, falta de autonomía o control sobre el trabajo (por ejemplo sobre el método o el ritmo de trabajo, los horarios, el entorno).
Cultura de organización	Comunicaciones deficientes, apoyo insuficiente ante problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos.
Ambientes y equipo de trabajo	Puesta a disposición de equipos inadecuados o ausencia de mantenimiento, malas condiciones ambientales tales como falta de espacio, iluminación deficiente o ruido excesivo.
Relaciones personales en el trabajo	Aislamiento, relaciones insuficientes, malas relaciones con compañeros de trabajo, conflictos, conductas inapropiadas (hostigamiento, acoso), relaciones adversas con usuarios o clientes, atraco.
Rol en la organización	Ambigüedad o conflicto de rol, responsabilidad sobre personas.
Desarrollo profesional	Escasa valoración social del trabajo, inseguridad en el trabajo, falta de promoción profesional.
Interacción vida personal - trabajo	Conflicto de demandas o exigencias entre ambas esferas, problemas de conflicto y/o sobrecarga del rol (laboral,

	personal y familiar).
--	-----------------------

Como ejemplo a la evaluación de factores psicosociales dentro de una empresa, el criterio técnico 104/2021 precisa que si existiera sobrecarga de trabajo, esta podría deberse a un deficiente reparto de tareas y/o a un ritmo de trabajo impuesto excesivo y/o a un déficit en el control sobre la propia tarea que puede tener como consecuencia incumplimiento de procedimientos por la premura, situaciones de conflicto, episodios de agresiones, entre otros. Por ello, el mencionado criterio recomienda observar los referidos factores de manera conjunta.

En esa línea, la utilización de la TICs puede tener diversos impactos en la vida de una persona. La salud no es ajena a estos impactos. Al respecto, Cristian Salazar en su tesis doctoral sobre *“El Tecnoestrés y su efecto sobre la productividad individual y sobre el estrés de rol en trabajadores chilenos: un estudio psicométrico y predictivo”* detalla cómo algunos autores definen al tecnoestrés como un estado de estimulación mental o fisiológica causada por el uso de las TICs, debido al aumento de sobrecarga de trabajo. Así, menciona lo siguiente (Salazar, 2019, p.30):

“Lei y Ngai (2014) se refieren al tecnoestrés como un estado de estimulación mental o fisiológica causada por el uso de las TIC para fines de trabajo, que generalmente se atribuye al aumento de la sobrecarga de (...) Tacy (2016), quien señala que el tecnoestrés es un estado psicológico emergente que sufren las personas que usan la tecnología” (Salazar 2019: 30)

(...)

los usuarios pueden experimentar tecnoestrés debido a la sobrecarga de información, a la invasión de los sistemas y tecnologías de información en la vida personal, a la inhabilidad para hacer frente a la incertidumbre y la complejidad de los sistemas, a una sensación de inseguridad debido a los rápidos avances en nuevas tecnologías (...). El tecnoestrés, por tanto, puede reducir significativamente la satisfacción en el trabajo, el compromiso, la innovación y la productividad (...) considerándose un constructo general que describe los impactos directos e indirectos del uso y compromiso con las TIC (...)(Salazar 2019: 47)

Asimismo, Francisco Alemán precisa que:

“la taxonomía del tecnoestrés identifica un amplio abanico de trastornos, que abarcan: desde la sobrecarga del uso de la información recibida («data smog», o síndrome de fatiga informativa), la imposibilidad de seguimiento del ritmo de los ordenadores («multitasking madness», o locura multitarea), la sobrecarga en las tareas de búsqueda o pérdida informativa («computer hasless», o problematización informática), hasta llegar, en fin, al agotamiento emocional y cognitivo («burn out», o trabajador quemado)” (Alemán, 2017, p. 5 - 6).

De esta manera, se advierte que el uso intensivo y abusivo de las TICs podría provocar tecnoestrés, este último caracterizado por la sobrecarga de trabajo e información. Cristian Salazar también presenta algunas consecuencias del tecnoestrés de las personas que utilizan las TICs tanto físicas como mentales (Salazar 2019: 50)⁴:

Gráfico 3

Estudio	Consecuencias	Impacto
Johansson, Aronsson, y Lindstrom, 1984	Aumentan los niveles de adrenalina, la incidencia del dolor de cabeza y trastornos nerviosos.	Física/Mental
Brod, 1984; Ametz y Wiholm, 1997; Saganuwan et al., 2015.	Ansiedad expresada en dolores de cabeza, resistencia a aprender.	Física/Mental
Johansson y Aronsson, 1984	Trabajo excesivo en computador incrementa la presión sanguínea y el ritmo cardiaco, incrementando la adrenalina y los triglicéridos, pero no la noradrenalina.	Mental
Champion, 1988	Pánico, ansiedad, resistencia al uso, tecnofobia, fatiga mental, dolencias	Mental

⁴ El cuadro presentado con las consecuencias del tecnoestrés en personas ha sido elaborado por el autor Cristian Salazar y colocado en su tesis doctoral “El Tecnoestrés y su efecto sobre la productividad individual y sobre el estrés de rol en trabajadores chilenos: un estudio psicométrico y predictivo”. Nosotros hemos agregado al cuadro una fila que diferencia las consecuencias en física y mentales.

	físicas.	
Emurian 1991; Muter, Furedy, Vincent, y Pelcowitz, 1993; Emurian 1993	Aumento en el nivel de adrenalina, secreciones excesivas en las glándulas suprarrenales, aceleración de la frecuencia del pulso y aumento del músculo de la mandíbula.	Física/Mental
Ametz y Berg, 1993	El trabajo en ordenador disminuye la melatonina, aumento de la estimulación de las glándulas suprarrenales.	Física
Ametz y Wiholm, 1997	Activación psicofisiológica caracterizada por niveles más altos de hormonas sensibles al estrés. Síntomas cognitivos como baja concentración, irritabilidad y trastornos de la memoria.	Física/Mental
Trimmel y Huber, 1998	Fatiga	Mental
Koruna, 1997; Garland y Noyes, 2008	Experiencias y emociones negativas en la interacción con las TIC.	Mental
Brillhart, 2004	Pesadillas, problemas intestinales.	Física/Mental
Ibrahim et al., 2007	Aumento de la irritabilidad, sentimiento de pérdida de control; Afecta la vida familiar y personal.	Mental
Wang et al., 2008	Puede inhibir el futuro aprendizaje del uso de TIC.	Mental
Dias Pocinho y Costa García, 2008; Tarafdar et al., 2011	Riesgos psicosociales provocados por emociones negativas hacia las TIC.	Mental

Tarafdar et al., 2010	Los elevados requisitos de aprendizaje debido a los rápidos desarrollos de TIC constituyen un factor estresante crónico.	Mental
Ayyagari et al., 2011	Agotamiento causado por el uso de TI.	Mental
Coklar y Sahin, 2011	Calambres musculares, dolores de cabeza, dolores en las articulaciones, insomnio.	Física
Riedl et al., 2013	Aumento de los niveles de cortisol de los usuarios (lo que puede provocar problemas digestivos, problemas de sueño, aumento de peso, efectos negativos sobre la piel, cambios en el estado de ánimo y en el humor).	Física/Mental
Ranihusna, Wulansari, Witiastuti, 2015	Comportamientos adictivos, dependencia conductual con la tecnología, problemas de salud como paro cardíaco, migrañas e hipertensión.	Física/Mental

A su vez, las consecuencias del tecnoestrés, no sólo se ven reflejadas en la salud de los individuos, sino también a nivel organizacional. Como indica el precisado autor, los trabajadores reportan que las TICs están afectando su salud, sus estados de ánimo y concentración:

“En términos generales, a nivel organizacional, el tecnoestrés se manifiesta en diversas condiciones, como niveles más altos de factores estresantes (...) disminución de la satisfacción laboral y del compromiso organizacional (...), de la productividad(...), de la satisfacción del usuario final con el uso de sistemas de información (...)(Salazar, 2019, p.52):

Cristian Salazar también efectuó una recopilación de las consecuencias a nivel organizacional del tecnoestrés, las cuales, especificamos a continuación (Salazar 2019: 52)⁵:

Gráfico 4

Estudio	Consecuencias
Fisher y Wesolkowski, 1999	Las personas están expuestas a más información de la que pueden manejar eficientemente
Ibrahim et al., 2007; Tarafdar et al., 2007	Dificultad en la adaptación de los trabajadores en el uso de TIC.
Tarafdar et al., 2007; Wang y Shu, 2008; Tarafdar et al., 2011	Está positivamente relacionado con el conflicto de rol y la sobrecarga de rol.
Tarafdar et al., 2007; Jena, 2015a; Alam, 2016	Afecta el rendimiento y la productividad individual en el trabajo.
Tarafdar et al. 2007; Ragu-Nathan et al. 2009; Tarafdar et al., 2011; Tarafdar et al., 2001; Fuglseth y Sorebo, 2014; Jena, 2015a; Tarafdar et al., 2015; Ioannou y Papazafeiropoulou, 2017	Afecta la satisfacción laboral.
Wang et al., 2008	Puede inhibir el futuro aprendizaje del uso de TIC. Los empleados de compañías con un alto grado de centralización y de innovación perciben altos niveles de tecnoestrés.
Garland y Noyes, 2008; Shu et al., 2011	Dedicación extra para actualización de TIC y mantenerse al día con ellas.
Garland y Noyes, 2008	Miedo a perder el empleo por no estar al día con las TIC.

⁵ El cuadro presentado con las consecuencias del tecnoestrés a nivel organizacional ha sido elaborado por el autor Cristian Salazar y colocado en su tesis doctoral *“El Tecnoestrés y su efecto sobre la productividad individual y sobre el estrés de rol en trabajadores chilenos: un estudio psicométrico y predictivo”*.

Ragu-Nathan et al., 2008; Tarafdar et al., 2011	Los creadores de tecnoestrés disminuyen la satisfacción laboral, lo que provoca disminución del compromiso organizacional.
Tarafdar et al., 2010; Ioannou y Papazafeiropoulou, 2017	Relación negativa con la satisfacción del usuario final. Relación negativa con la performance del usuario final.
Yun, Kettinger, y Choong, 2012	La sobrecarga de trabajo y la flexibilidad provocada por el uso de TIC aumentan los conflictos entre la vida laboral, el estrés laboral y la resistencia de los empleados.
Khan et al, 2013	Las innovaciones tecnológicas tienen un efecto negativo en la satisfacción laboral y la tecnosobrecarga es un factor predictivo de la insatisfacción laboral.
Brocks, 2015	El tecnoestrés se relaciona negativamente con la felicidad de los usuarios.
Saganuwan et al, 2015	La sobrecarga de información genera frustración y estrés en los usuarios, lo que provoca una disminución del rendimiento y de la satisfacción laboral.
Tarafdar et al., 2015	Relación negativa con la performance en las ventas. Relación negativa con la tecnología habilitada para la innovación. Relación negativa con los inhibidores de tecnoestrés.
Jena, 2015b	Reducción del rendimiento de los empleados relacionado con la tecnología, así mismo empeora la afectividad negativa de los individuos los cuales pueden experimentar preocupación, ansiedad y una visión negativa de sí mismos.
Alam, 2016	La sobrecarga de roles y la sensibilidad a la equidad fortalecen significativamente la relación inversa entre los creadores de tecnoestrés y la

	productividad.
Ranihusna et al., 2015	Comportamientos adictivos como adicción al internet, a teléfonos móviles; comportamiento solitario excesivo; baja autoestima; dependencia conductual con la tecnología.
Suh y Lee, 2017	En teletrabajadores, la sobrecarga de trabajo, la invasión de privacidad y la ambigüedad de roles son las principales causas de tecnoestrés y reducen la satisfacción laboral.
Leung y Shang, 2017	El conflicto entre el trabajo y familia se relaciona positivamente con el tecnoestrés.

Vemos pues que el tecnoestrés, como patología derivada del uso de las TICs, implica una serie de consecuencias que repercuten en la salud del trabajador. Por ese motivo, también surge la necesidad de regular la utilización de estas, para que se respeten los tiempos de descanso y se cumpla la jornada máxima.

Por su parte, en el criterio técnico 104/2021 para la evaluación de los riesgos psicosociales una de las tareas que se les encomienda a los inspectores es verificar si los trabajadores se encuentran ante una situación de estrés laboral, relativo a la ordenación del tiempo de trabajo y la desconexión digital. Para ello se establecen las siguientes definiciones:

“Estrés laboral: conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo. Es un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y angustia, con la frecuente sensación de no poder hacer frente a la situación (comisión europea).

burnout: estado de estrés crónico que se caracteriza por la falta de realización personal en el trabajo, el agotamiento emocional y la despersonalización (en el caso de trato o servicios a personas) o el cinismo (de forma más general). Recientemente, la OMS ha considerado el burnout como una patología al incluirla en su Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). En concreto se incluye como un problema derivado del empleo y lo conceptualiza

como resultado de un estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado o resuelto correctamente.

Asimismo, como parte de la actuación ante situaciones de estrés laboral que supongan la vulneración de derechos que afecten el tiempo de trabajo y la desconexión digital, el referido criterio precisa que cuando los horarios de trabajo son muy prolongados, se organiza el trabajo en horario nocturno o turnos rotativos que abarcan las 24 horas, o los trabajadores tienen que estar en disponibilidad fuera de las horas de trabajo ordinario, se puede producir también una situación de posible vulneración de derechos laborales como integridad física motivado por el estrés, la fatiga y los trastornos del sueño que pueden resultar de estas situaciones y vulneración al derecho de intimidad.

De esta manera, advertimos como las TICs, su uso excesivo y falta de control adecuada pueden ser causas de diversas enfermedades en perjuicio de los trabajadores.

2.3. Nuevas tecnologías, tendencias y tiempo de trabajo.

Las TICs han permitido una mayor facilidad de control del tiempo de trabajo. Muchas empresas utilizan diversos sistemas tecnológicos para controlar el tiempo laborado por sus trabajadores. Según el blog de WorkMeter, el 20 de marzo de 2020 se pueden tener diversos sistemas de control de tiempo de trabajo conforme detallaremos a continuación (WorkMeter 2020):

1. Sistema polivalente: sistemas digitales que permiten que los horarios de entrada y salida se puedan recoger a través de reportes manuales de los propios trabajadores o de forma automática y en tiempo real, así como registrar y documentar los tiempos de descansos u otras interrupciones de modo que se pueda definir el tiempo de trabajo efectivo diario. WorkMeter indica que este sistema se puede aplicar para teletrabajo, horarios flexibles, personal que desarrolla su jornada en la sede de cliente, entre otros (WorkMeter 2020).
2. Sistemas online declarativos: Los empleadores acceden a una página web y marcan solo inicio y fin de jornada. (WorkMeter 2020).
3. Sistemas de fichaje:
 - Tarjetas con banda magnética: El trabajador pasa una tarjeta por un lector que se encuentra en la entrada y salida. La tarjeta cuenta con una banda magnética que puede ser leída por un dispositivo electrónico y se registra la información (WorkMeter 2020).

- Sistemas de control mediante tarjeta: presencia de bandas magnéticas, códigos de barras, etc. La información se recoge a través de un lector habilitado en un lugar de acceso hacia la empresa o puesto (WorkMeter 2020).
4. Sistemas biométricos: sistemas que utilizan huellas dactilares, patrones faciales, las retinas, el iris o la geometría de la palma de la mano para registrar la entrada, salida y descanso del trabajador (WorkMeter 2020).

Como puede apreciarse existen diversos mecanismos para poder fiscalizar el cumplimiento de la jornada de trabajo, no siendo necesario actualmente la asistencia del trabajador a su centro de labores, también se puede medir y fiscalizar la disponibilidad del trabajador fuera de su centro de trabajo.

Las TICs han habilitado la fiscalización del trabajador fuera de su centro de trabajo y en cualquier momento, por ello surge la necesidad que se regule la utilización abusiva de estas por parte del empleador y que se tenga en cuenta los derechos del trabajador.

Según la OIT en la “Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada” existen diversas formas que las empresas organizan el tiempo de trabajo de sus trabajadores (OIT, 2019, p.13 -31):

1. **Trabajo por turnos:** los trabajadores se van sucediendo en el lugar de trabajo. Se puede dividir en dos categorías básicas: i) sistema de turnos fijos, un grupo de trabajadores laboran en el mismo turno y ii) sistema de turnos rotatorios, horarios que varían y se pueden rotar las 24 horas del días (mañana, tarde y noche) (OIT, 2019, p.15 -17).
2. **Trabajador a tiempo parcial:** los trabajadores no cumplen una jornada de trabajo ordinaria completa. En Perú conforme a los artículos 11° y 12° del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – D.S. N° 001-96–TR un trabajador a tiempo parcial labora en promedio 4 horas diarias dividida su jornada entre cinco o seis días (OIT, 2019, p.18 -22).
3. **Horarios escalonados:** se establecen diferentes horas de inicio y término de la jornada de trabajo para diferentes grupos de trabajadores del mismo establecimiento (OIT, 2019, p.23).
4. **Semanas de trabajo comprimidas:** es una modalidad en la que se trabaja el número de horas que corresponde a la semana de trabajo normal, pero en menos días, lo que se traduce en jornadas de trabajo más prolongadas. Aunque en este sistema la jornada laboral sobrepasa normalmente las ocho

horas, el número de días consecutivos trabajados es inferior a cinco (OIT, 2019, p.24 -25).

5. **Sistemas de tiempo flexible:** las horas de trabajo se programan de forma flexible diaria y semanalmente. La cantidad de horas que los trabajadores laboren pueden variar de un día a otro y de una semana a otra. Los sistemas básicos de tiempo flexible permiten que los trabajadores, basándose en sus necesidades personales (dentro de límites prefijados), puedan elegir la hora de inicio y término de su trabajo, y, en ciertos casos, incluso el número de horas que desean trabajar en una determinada semana (OIT, 2019, p.29 -30).
6. **Los sistemas de promediación de horas:** contemplan la posibilidad de variar las horas de trabajo diarias y semanales durante períodos superiores a una semana. Las variaciones en las horas semanales deben respetar los límites mínimos y máximos establecidos para las horas diarias y semanales (OIT, 2019, p.31).

De lo expuesto, hasta el momento podemos advertir que debido a las TICs y a la coyuntura actual, han variado las formas de organización del tiempo de trabajo, se permiten horarios escalonados, horarios flexibles, trabajos comprimidos, entre otros, situación que evidencia que ya no estamos ante los clásicos horarios de trabajo caracterizados por la fijación de un horario en específico. Estos cambios deben permitir la protección de los derechos de los trabajadores, garantizando que el derecho al descanso también tenga eficacia en los supuestos mencionados.

CAPÍTULO III: PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DESCANSO FRENTE AL USO INTENSIVO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El uso intensivo de las nuevas tecnologías ha tenido como consecuencia diversos cambios en el modo de organización de las empresas, diferentes modalidades de prestación de servicios como el trabajo a distancia y nuevas formas de fiscalización a los trabajadores.

En efecto, como señala Ana Pérez: *“La revolución digital y los procesos de automatización y globalización han dado lugar a un fenómeno de conectividad permanente que está afectando a todos los ámbitos de la actividad humana, incluido el laboral, donde las fronteras entre tiempo de trabajo y descanso se están diluyendo cada vez más (...)”*(Pérez, 2019, p.101).

Como parte de estos cambios surge la interrogante respecto a las instituciones clásicas utilizadas en el Derecho del Trabajo y si las mismas protegen adecuadamente a los trabajadores frente a posibles usos abusivos que se pudieran efectuar de estas herramientas tecnológicas. Efectivamente, la permanente conectividad de las personas y fácil accesibilidad a estas a través de las nuevas tecnologías permite que los empleadores puedan disponer de los trabajadores en cualquier momento, enviar correos electrónicos relacionados al trabajo fuera de la jornada de trabajo e incluso los propios trabajadores puedan realizar sus labores más allá de su jornada.

Sin embargo, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *“las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida social privada en el lugar de trabajo”* (Pérez, 2019, p.118). Como hemos señalado en el primer capítulo, los derechos humanos tienen carácter progresivo y los Estados deben buscar garantizar la efectividad de estos derechos. Por ello, las TICs no pueden afectar los derechos de los trabajadores.

Como respuesta a estos cambios tecnológicos y fácil disposición de la prestación de servicios de los trabajadores, algunas empresas han establecido políticas internas con la finalidad de garantizar el derecho al descanso. Así, en Francia, la productora de neumáticos francesa Michelin estableció un sistema de alerta en caso un trabajador se conecte más de cinco veces fuera de su jornada de trabajo. Asimismo, la empresa Mercedes-Benz creó la política *“mail on holiday”*, la cual, consistía en que cuando los trabajadores se encontraran de vacaciones sus correos serían redirigidos a otros trabajadores que no estuvieran de vacaciones, con la finalidad también de evitar la sobrecarga de mensajes luego de terminado el periodo vacacional (Naranjo, 2017, p.52).

En distintos países se vienen introduciendo nuevas disposiciones con la finalidad de proteger los derechos fundamentales del trabajador frente a las consecuencias de las nuevas tecnologías. Es así que ha surgido el debate respecto a la regulación e inclusión de un nuevo derecho para garantizar el derecho al descanso y limitar de manera efectiva el tiempo de trabajo del trabajador. A esta figura se la ha catalogado como “derecho a la desconexión digital”.

En España, como empresa pionera en regular el derecho a la desconexión digital, tenemos al Grupo AXA, quien junto al sindicato con mayor representación entre los trabajadores, CCOO, en el año 2017 firmaron un nuevo convenio colectivo donde se estableció el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Así, se acordó lo siguiente: “*Salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*” con la finalidad como señala Luis Javier Sánchez que los trabajadores concilien mejor su vida personal con la profesional y logran mayor productividad (Confilegal & Sanchez, 2017).

A modo de precedente, también tenemos en dicho país, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de julio de 1997 donde se debatió la directriz de una empresa a sus trabajadores referida a que debían encontrarse conectados en todo momento al teléfono móvil. Es así que en la sentencia se concluyó que la conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles sobrepasaba las facultades empresariales, pudiendo tener como consecuencia una contravención a los intereses y derecho legítimos del trabajador. Por ello se declaró la nulidad de las directrices de la empresa que obliguen a sus trabajadores a estar conectados a sus teléfonos móviles una vez concluida su jornada de trabajo (Sánchez Vanessa, 2018).

Por su parte, Corea del Sur desarrolló en el año 2016 a nivel legislativo el derecho a desconectarse del trabajo, desde una perspectiva del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. En Filipinas se estableció el derecho de la desconexión del trabajador sobre la base normativa del derecho del trabajador a utilizar su tiempo de trabajo de forma propia (Perez, 2019, p. 111-112). Asimismo, en Francia, mediante la Ley N° 2016-1088 del 08 de agosto de 2016 se ha reconocido el derecho a la desconexión, integrando al contenido de la negociación anual obligatoria en las empresas, la determinación de las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión digital. Se ha establecido también la obligación de las empresas de regular el uso de las herramientas digitales con la finalidad de garantizar los tiempos de descanso y vacaciones (Cialti, 2017,p.173).

En España, a través del artículo 88° de la Ley Orgánica 3/2018 se dispuso que los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencional establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar de los trabajadores. Según el referido artículo, las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, buscarán potenciar 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.

Esta norma también dispone que 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 el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. Como en los mencionados países, en Italia y Chile también se ha regulado normativa similar, bajo el nombre de “derecho a la desconexión digital”. Por otro lado, en Brasil si bien aún no se regula el derecho a la desconexión digital, en la sentencia del Tribunal Superior do Trabalho 18 de octubre de 2017 se condenó al empleador a una indemnización por infringir el derecho a desconectar del trabajador (Valero & otros, 2020).

Sobre el particular, advertimos que a pesar de la regulación novedosa que han realizado los referidos países para proteger el descanso de los trabajadores, catalogando a esta protección como “derecho a la desconexión digital”, surge la pregunta si desde el Derecho del Trabajo y sus instituciones clásicas existe suficiente protección para los trabajadores frente a las nuevas tecnologías y su utilización abusiva, si surge la necesidad de regular o crear un derecho a la desconexión digital para que el empleador respete los tiempos de descanso del trabajador y no se habilite la disposición de prestación de servicios en cualquier momento, así como, en caso surja esta necesidad de regulación, qué disposiciones tendrían que colocarse para que cumplan su finalidad, cuáles serían sus modalidades de ejercicio, implicancias y definición.

Es importante tener en cuenta que en muchas organizaciones e incluso los mismos trabajadores tienen interiorizado la cultura del presentismo como algo positivo. Ello implica la premisa errada que el trabajador más valioso es el más disponible y el que trabaja más tiempo (Perez, 2019, p.107)

En virtud de lo expuesto, en el presente capítulo se buscará desde el Derecho del Trabajo revisar la protección que tendrían los trabajadores en el Perú frente a los cambios tecnológicos que se

han venido dando, si esta justificado la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital y qué disposiciones deberían establecerse con ese objeto.

1. Tendencias en la regulación de la desconexión digital.

Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE) la palabra “desconectar”, puede tener distintas acepciones:

1. Suprimir la comunicación eléctrica entre un aparato y la línea general.
2. Interrumpir la conexión entre dos o más cosas.
3. Interrumpir el enlace entre aparatos, o entre aparatos y personas, para que cese el flujo existente entre ellos.
4. Dejar de tener relación, comunicación, enlace, etc.

Todos estos significados tienen algo en común, la ruptura o interrupción del vínculo existente entre objetos, objetos–personas y en línea general cualquier relación bilateral o multilateral. En algunos se introduce la desconexión de la comunicación eléctrica entre un aparato y su sistema general, en otros la simple interrupción de conexión entre dos o más cosas, así como la interrupción entre aparatos, aparatos y personas con la finalidad que cese el flujo entre estos y finalmente en general el cese de relación, comunicación y enlace.

Si bien en algunas de las acepciones, la RAE ha hecho mención a la interrupción o supresión que puede existir entre objetos, lo cierto es que la palabra desconectar implica el cese, supresión o interrupción de una relación bilateral o multilateral también entre objetos-personas. Para efectos de la presente tesis, el significado que permite entender de una manera más adecuada la figura de desconexión digital bajo el objeto del presente estudio, son los puntos 3 y 4 referidos a la i) interrupción en el enlace entre aparatos y persona para que cese el flujo existente entre ellos y ii) la palabra desconectar como el dejar de tener relación, enlace y comunicación.

En ese sentido, el término desconectar implica el cese o interrupción de la conexión y comunicación entre una persona y un objeto. De esta manera, en cualquier contexto donde se utilice este término bajo los mencionados parámetros entenderemos que se está haciendo referencia a la interrupción de comunicación entre una persona y los medios de comunicación digitales (objetos) sean estos teléfonos celulares, laptops, computadoras, tablets, entre otros.

Bajo esta lógica, algunos países han adoptado el término de desconexión digital para regular disposiciones que impliquen lo siguiente: i) que el trabajador luego de terminada su jornada de trabajo tiene derecho a oponerse ante una orden directa brindada por su empleador a través del uso de los medios digitales; ii) que el empleador tiene el deber de no disponer de la prestación de servicios del trabajador fuera de su jornada de trabajo, salvo casos excepcionales; iii) a no sancionar al trabajador en caso decida no cumplir las órdenes de su empleador que han sido emitidas fuera de su jornada de trabajo; y iv) el deber del empleador de regular la utilización de los medios digitales a efectos que se respete el derecho al descanso de los trabajadores.

A raíz de la regulación y proyectos de ley que se han estado dando en relación a la creación del mencionado derecho, hemos realizado la siguiente clasificación: i) Regulación que sujeta las modalidades de ejercicio de la desconexión digital a la negociación colectiva, ii) Normativa que detalla de manera más amplia las implicancias de regular el derecho a la desconexión digital y iii) Regulación que incluyen el derecho a la desconexión digital bajo la modalidad de prestación de servicios de trabajo a distancia (trabajo remoto, trabajo a domicilio o teletrabajo).

1.1. Regulación que sujeta las modalidades de ejercicio de la desconexión digital a la negociación colectiva.

En Francia, la Ley N° 2016-1088 no establece las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. La determinación y pleno ejercicio del mencionado derecho se sujeta y somete a los acuerdos arribados mediante negociación colectiva. En ese sentido, se determina que la forma de ejercicio de este derecho deberá ser regulado a través de la negociación. Los parámetros que debe abordar este acuerdo se centran en definir los tiempos de descanso y garantizar su respeto (Cialti, 2017, p.178).

Para Cristóbal Molina, si bien se habría establecido el derecho de desconexión digital, no se prevé ni incluye medidas sancionatorias para las empresas que incumplan las disposiciones sobre dicha materia reguladas en Francia, representando para el mencionado autor un derecho inconcreto, incompleto y condicionado. Asimismo, la ley no delimita las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. De esta manera, dicho autor concluye que sin delimitación de contenidos (normas primarias) ni imposición de las sanciones de efectividad (normas secundarias), el derecho a la desconexión digital no logra ser efectivo. (Molina, 2017, p. 272 - 273). Ante ello, se consulta cuál es la innovación que ha realizado Francia con la regulación a la desconexión digital si solo se refleja el

derecho/libertad del trabajador, pero no el deber/prohibición de la empresa de mantener esa conexión (Molina, 2017, p.274).

Consideramos que en la regulación realizada en Francia ha faltado establecer disposiciones que garanticen la no intromisión del empleador en la vida del trabajador fuera de su jornada, pues las disposiciones establecidas hacen referencia a garantizar el derecho al descanso, más no cómo se sanciona esta intromisión, cómo se debería regular este derecho y el deber del empleador de no remitir comunicaciones, ni disponer de la prestación de servicios del trabajador fuera de la jornada de trabajo.

Por su parte, en España antes de la inclusión del derecho a la desconexión digital en su legislación, ya existían algunos pronunciamientos jurisprudenciales que aludían a que el tiempo libre del trabajador corresponde al descanso y que el trabajador tiene derecho de no respuesta ante las injerencias empresariales cuando se encuentre fuera de su horario de trabajo.

Así pues, en la STC 192/2003 de 27 de octubre de 2003, se estableció que todo el tiempo libre que tenga el trabajador debe ser de descanso. En el mismo sentido, la STC 6/2007, de 27 de marzo de 2007 refiere a que el trabajador tiene derecho de no respuesta ante las injerencias empresariales cuando se encuentre fuera de su horario de trabajo (Perez, 2019, 117).

De esta manera, ya existían pronunciamientos que establecían la no intromisión del empleador en la vida privada del trabajador. Además, de estos pronunciamientos que nos acercan a la protección que se le da al trabajador frente al uso de las nuevas tecnologías, como señalamos anteriormente, en el artículo 88º de la Ley Orgánica 3/2018 actualmente se regula el derecho a la desconexión digital.

Según Arrieta el objeto de dicha norma es garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencional establecido, el respeto del tiempo de descanso, permisos, vacaciones, intimidad personal y familiar, así como potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar (Arrieta, 2019, p.14 -15). En ese sentido, se establece cuál es la finalidad de dicha norma, que derechos protege y busca potenciar.

La modalidad de ejercicio de la desconexión digital, según lo regulado, atiende a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Para Arrieta esta disposición responde a la necesidad de atender a los particulares riesgos para la salud si no se regula adecuadamente el derecho a la desconexión digital (Arrieta, 2019, p.14 -15). Asimismo, al igual que

Francia, sujetan esta modalidad a lo establecido en la negociación colectiva o en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En ese sentido, las modalidades que acuerden los representantes de los trabajadores y empleadores deben atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, pues entendemos que de acuerdo a ello, se pueden establecer medidas idóneas que efectivamente garanticen el derecho al descanso de los trabajadores conforme a las particularidades de su posición laboral.

A ello se agrega, que en esa misma normativa, se precisa que previa audiencia los representantes de los trabajadores deben elaborar una política interna, dirigida también a puestos directivos, en las que se deben incluir estas modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológica que eviten el riesgo de fatiga informática.

Por último, el ámbito de aplicación del mencionado derecho en España no se sujeta a un tipo de modalidad de prestación de servicios, sino que según la precisada ley, se preservará este derecho en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del trabajador.

Por otro lado, en México se ha añadido el artículo 68° bis a la Ley Federal del Trabajo en materia de desconexión digital, el cual, señala lo siguiente:

“Las y los trabajadores tendrán derecho a la desconexión digital a efecto de que les sean garantizados, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. La regulación y modalidades para el ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, privilegiarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su caso, a lo acordado entre el patrón y los representantes de las y los trabajadores. Asimismo, el patrón, en coordinación con las personas representantes de las y los trabajadores, deberán elaborar una política interna dirigida a las y los trabajadores, incluidos quienes ocupen puestos directivos, en la que habrán de definirse las modalidades para 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 u otros problemas de salud. La política a la que se refiere el párrafo anterior deberá contener, además, mecanismos para prevenir y

sancionar los actos hostiles que, en su caso, puedan suscitarse cuando la o el trabajador ejerza su derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, incluyendo aquellos actos que segreguen a las y los trabajadores o impliquen afectaciones a las prestaciones a que tengan derecho”.

En virtud de lo expuesto, vemos que las mencionadas regulaciones sujetan la modalidad de ejercicio del derecho a la desconexión digital a lo acordado mediante negociación colectiva. De manera que según lo regulado en los mencionados países solo se establece el derecho de desconexión digital sin mecanismos de sanción ni los alcances de este.

1.2. Normativa que detalla de manera más amplia las implicancias de regular el derecho a la desconexión digital.

En el año 2018, India promulgó la ley “*The right to disconnect Bill*”. En la mencionada ley se establece el derecho de cada trabajador de desconectarse de llamadas telefónicas y correos electrónicos relacionados con el trabajo más allá del horario laboral y en días festivos. Asimismo, se regula el derecho del trabajador a negarse a contestar llamadas y correos electrónicos fuera del horario laboral y de asuntos relacionados con el trabajo.

Para que quede claro el ámbito de aplicación de este derecho y sus alcances, en dicha ley se define qué se entiende por horas fuera de trabajo, en otras palabras, lo que vendría a ser el tiempo de descanso del trabajador en otras legislaciones. Así, precisa que horas fuera del trabajo es el tiempo distinto al acordado entre el empleador y el trabajador en el contrato de trabajo como las horas de trabajo. En ese sentido, queda claro en qué tiempo se debe respetar los derechos regulados por la ley del mencionado país respecto a la desconexión digital.

La referida ley precisa que el empleador sí puede contactar al trabajador después del horario laboral. Sin embargo, el trabajador no está obligado a responder, así como también puede negarse a contestar tales llamadas. También, que no estará sujeto a ninguna acción disciplinaria por parte del empleador en caso se niegue o no responda las llamadas de su empleador.

Por otro lado, se establece que la autoridad de dicho país dirigirá a las empresas que tengan más de diez trabajadores para que lleven a cabo negociaciones entre representantes de los trabajadores y empleadores para decidir los términos y condiciones para trabajar fuera del trabajo, negociaciones que deberán tener en cuenta las diversas culturas laborales y

necesidades competitivas que existen en las empresas, siendo que estas últimas deberán realizar una carta detallando y aclarando: i) las horas fuera de trabajo, ii) condiciones de servicio de los trabajadores, iii) demandas y necesidades de los empleadores, iv) servicios de asesoramiento a los empleados para ayudarlos a mantener el equilibrio entre el trabajo y la vida.

Como puede apreciarse, India ha especificado de manera clara los alcances del derecho a la desconexión digital, estableciendo el ámbito de aplicación de este derecho, qué implica, y brindando la asesoría y parámetros para la negociación entre los representantes de los trabajadores y empleadores para decidir los términos y condiciones para trabajar fuera de la jornada de trabajo.

Si bien no se prohíbe que el empleador pueda contactar al trabajador fuera de su jornada de trabajo, sí se establece el derecho del trabajador de no contestar o negarse a responder estas llamadas. Asimismo, se exige a las empresas que detallen las horas fuera de trabajo, condiciones de servicio de los trabajadores, demandas y necesidades, de tal forma se garantiza de manera efectiva el derecho al descanso, así como se brinda un servicio de asesoramiento para ayudar a mantener el equilibrio entre el trabajo y la vida.

1.3. Regulación y proyectos de ley que incluyen el derecho a la desconexión digital en la modalidad de prestación de servicios del trabajo a distancia.

En Chile la Ley N° 21.2207 en su artículo 152° establece que si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, sujetándose a las normas relativas al descanso semanal.

Asimismo, se indica que tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su jornada o de teletrabajadores excluidos de la limitación de la jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

En esta ley también se fija el derecho de desconexión digital en caso el trabajador preste sus servicios en trabajo a distancia. Asimismo, se establece un período de descanso entre jornadas de mínimo doce horas continuas, similar a lo dispuesto en España. A ello se agrega que no se excluye de este derecho de desconexión digital a los trabajadores que no se encuentran dentro de la limitación de la jornada de trabajo.

En Argentina, se aprobó la Ley N° 27.555: Régimen Legal del Contrato de “teletrabajo”, cuyo artículo 5° precisa lo siguiente (Valero & otros, 2020):

“Artículo 5°– Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de “teletrabajo” tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.

El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral”.

En ese sentido, en Argentina se regula el derecho a la desconexión digital para los trabajadores que se encuentren bajo la modalidad de teletrabajo y bajo las siguientes premisas: i) derecho a no ser contactado y desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnología de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias, ii) derecho a no ser sancionado.

En Perú, respecto a este derecho a la desconexión digital, se propusieron tres proyectos de ley dentro de la regulación que se pretende dar a la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo. Así, se tiene los siguientes proyectos: i) Proyecto de Ley N° 5408 (2 de junio de 2020), ii) Proyecto de Ley N° 5908 (5 de agosto de 2020) y iii) Proyecto de Ley N° 6038 (21 de agosto de 2020).

En principio, el Proyecto de Ley N° 5408 -2020, en sus artículos 9° y 10° establece lo siguiente:

Artículo 9. De la desconexión de la jornada laboral

El empleador debe respetar el derecho a desconexión del teletrabajador, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos.

El tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador puede establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los teletrabajadores.

Artículo 10. De las cláusulas adicionales a establecerse al momento de la contratación

En el caso de realizar teletrabajo, el contrato, debe definir adicionalmente los siguientes aspectos:

a) Especificar en el caso de la modalidad de teletrabajo, si es en forma total o parcial, o una fórmula combinada. b) El domicilio del teletrabajador donde presta los servicios, salvo que las partes hayan acordado que el trabajador elija libremente dónde ejercer sus funciones. c) El periodo, por el cual se aplica la modalidad de teletrabajo, el cual puede ser indefinido o por un tiempo determinado. d) Los mecanismos de supervisión o control que utiliza el empleador respecto a los servicios que presta el teletrabajador. e) La forma como se distribuye la jornada de teletrabajo. f) El tiempo de desconexión.

Como puede apreciarse se regula el deber del empleador de respetar el derecho de desconexión, garantizando el tiempo en el cuál los trabajadores no estarán obligados a responder las comunicaciones de su empleador. Asimismo, se establece el tiempo de desconexión entre jornadas, el cual, podrá ser de mínimo doce horas, pudiendo ser de más horas. Estas horas de desconexión se deben establecer en el contrato de trabajo, así como la forma de distribución de la jornada en la modalidad de teletrabajo.

En segundo lugar, el Proyecto de ley N° 5908-2020 también establece en su artículo 14° el derecho a la desconexión digital, precisando que las personas que trabajan en teletrabajo y trabajo remoto tienen derecho a la desconexión digital fuera de la jornada ordinaria de trabajo. No se establece los alcances, limitaciones, ni modalidad de ejercicio de este derecho.

Por último, tenemos el Proyecto de Ley N° 6038-2020, cuyos artículos 5.1 y 5.2 dispone lo siguiente:

5.1. El derecho a la desconexión digital es el derecho a no ser contactado y a desconectarse de los medios informáticos, telecomunicaciones y análogos mediante los cuáles se realiza el teletrabajo, fuera de la jornada laboral y durante los período de licencia. El empleador respetará el derecho a la desconexión, garantizando el tiempo en el cual los teletrabajadores no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos fuera del horario de trabajo.

5.2. Derecho a la flexibilidad del horario de trabajo en circunstancias especiales, cuando el teletrabajador tenga bajo su cuidado a personas en condiciones de especial vulnerabilidad que convivan con éste podrá señalar jornadas laborales que compatibilicen con sus necesidades. Este derecho se ejercerá siempre que se cumpla con la debida acreditación, asimismo en el reglamento de la presente ley se establecen los otros derechos de los teletrabajadores.

Este proyecto propuso modificar el Decreto de Urgencia N° 026-2020, estableciéndose en el artículo 17.3° que el trabajador tiene derecho a la desconexión digital.

En tal sentido, en todos los referidos proyectos de teletrabajo se regula el derecho a la desconexión digital como derecho de los trabajadores. En algunos se establece que se debe garantizar el tiempo en el cual los trabajadores no estarán obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, en otros que el tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas y que el empleador no podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

El 01 de noviembre de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 127-2020, el cual, a través de su única disposición complementaria modificatoria, modificó el Decreto de Urgencia N° 026-2020, estableciendo como obligaciones del empleador los siguientes:

- 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.
- 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.
- 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.

Asimismo, el 11 de marzo de 2021 se publicó el Decreto Supremo N° 004 -2021-TR, Decreto Supremo que dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 127-2020, Decreto de Urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones, a través de las disposiciones complementarias modificatorias estableció lo siguiente:

Primera. Incorporación del artículo 9-A al Decreto Supremo N° 010-2020-TR, Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19.

Artículo 9-A. Derecho a la desconexión digital

9-A.1. El derecho a la desconexión digital a que se refiere el párrafo 18.1.4 del artículo 18 del 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, implica que el trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios. En consecuencia, el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurran las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

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.

9-A.3. El tiempo de desconexión digital se extiende entre el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Si durante ese tiempo, el empleador y el trabajador acuerdan que este último realice alguna tarea o coordinación de carácter laboral, o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, dicha labor se considera como trabajo en sobretiempo y se paga o compensa con descanso sustitutorio, según lo dispuesto en el referido Decreto Legislativo N° 854.

9-A.4. También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriado, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral. La realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral en los días de descanso semanal o días feriados se considera trabajo efectivo y se paga o compensa conforme al Decreto Legislativo N° 713, Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

9-A.5. El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.

9-A.6. Para efectos de lo señalado en el numeral anterior, se consideran trabajadores de dirección y trabajadores que prestan servicios intermitentes a los señalados en los literales a) y b), respectivamente, del artículo 10 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR; y se consideran trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata de la jornada aquellos que realizan sus labores o parte de ellas sin control del tiempo de trabajo o que distribuyen libremente su jornada de trabajo sin estar sujetos a un horario determinado.”

Segunda. Incorporación de la Décima Disposición Final y Transitoria al Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR

Décima. Infracción grave en el marco de la vigencia de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19

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.

Del análisis de las dos normas, podemos advertir que se establecen los siguientes derechos y deberes:

Gráfico 5

Derechos de los trabajadores	Deberes de los empleadores
<ul style="list-style-type: none"> ✓ El trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios. ✓ Duración de la desconexión digital: <ul style="list-style-type: none"> ❑ Comprende desde el término de la jornada diaria de trabajo hasta el inicio de la siguiente. ❑ Incluye descanso semanal, feriados, descanso vacacional, días de licencia y demás períodos de suspensión de la relación laboral. ❑ Para los trabajadores de 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador. ✓ El empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurren circunstancias de hecho fortuito o fuerza mayor. ✓ 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. ✓ Establecer medidas para garantizar

<p>dirección, confianza y no sujetos a fiscalización inmediata el derecho a la desconexión digital debe ser de al menos 12 horas continuas en un período de 24 horas.</p>	<p>el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital.</p> <p>✓ Pagar horas extras o compensar las labores realizadas durante el tiempo de desconexión digital.</p>
---	---

Cabe precisar, que conforme al Decreto de Urgencia N° 055-2021 se ha ampliado la vigencia de la modalidad de trabajo remoto hasta el 31 de diciembre del 2021.

De esta manera, no solo se reguló el derecho a la desconexión digital con la finalidad que el trabajador pueda desconectarse del trabajo en el tiempo de descanso, sino también se estableció que en el caso de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, el tiempo de desconexión debe ser de al menos doce horas continuas en un período de veinticuatro horas.

Puede concluirse de lo detallado en este punto que la regulación en los diferentes países del derecho a la desconexión digital tiene algunas premisas que son similares: i) derecho del trabajador a oponerse ante cualquier directriz del empleador cuando esta sea fuera de la jornada laboral; ii) deber del empleador de no remitir comunicaciones electrónicas a través de cualquier medio en horas fuera de la jornada laboral; y, iii) derecho del trabajador a no ser sancionado en caso no responda.

Los países precisados en el presente acápite advirtieron la necesidad de regular estas disposiciones como una medida de garantizar el derecho al descanso. Si bien en algunos no queda clara la efectividad de estas disposiciones, lo que si se refleja es que ya existe una preocupación por parte de los países en relación a que los empleadores establezcan mecanismos que garanticen el derecho al descanso y regulen la utilización de las nuevas tecnología.

Finalmente, el Parlamento Europeo ha aprobado una resolución sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador e insta a la comisión a abordarlo legislativamente a través de una directiva. El fundamento de dicha resolución se basa en la necesidad de regular las desventajas socioeconómicas del uso laboral de herramientas digitales y el riesgo de no garantizar la desconexión digital del trabajador, afectación a una remuneración justa, limitación del tiempo de trabajo, equilibrio entre la vida profesional y privada, impacto en la salud física, etc. Así la propuesta del Parlamento se centra en 03 ejes: i) un modelo regulador de desconexión

digital no solo como derecho del trabajador, sino también como obligación de hacer, promover y abstención del empleador; ii) un amplio ámbito subjetivo protector, pero que puede admitir excepciones muy puntuales y particulares; y iii) una protección que aspira a ser realmente efectiva y no meramente declarativa (Cremades, 2021).

2. El deber del empleador de respetar los derechos del trabajador.

Jose Luis Gil y Gil, respecto al principio de buena fe, precisa que dicho principio obliga al empresario a salvaguardar los intereses de la contraparte y, en particular, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, siendo que el empresario tiene un deber positivo de salvaguardia y prevención, derivado de la buena fe, que va más allá del deber de neutralidad y de abstenerse de toda conducta que suponga un menoscabo de tales derechos (Gil, 2003, p.15 - 16).

En ese sentido, señala el mencionado autor que el principio general de la buena fe obliga al empresario a prevenir el menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, a acomodar razonablemente la organización productiva y a ejercer de forma obligada los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador (Gil, 2003, p.15 -16). En este punto es importante advertir que existe una esfera de intangibilidad del trabajador que exige que el ordenamiento garantice la libertad de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, que las facultades y poderes del empleador se hallen limitados por la dignidad y derechos fundamentales del trabajador y la protección de la intimidad del trabajador frente a una intervención excesiva (Gil, 1994, p. 84).

Queda claro, entonces, que el principio de buena fe es fuente del deber de protección del empleador de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador. Este deber no se limita a la abstención de vulneración, sino que también tiene como finalidad que el empleador garantice y prevenga cualquier afectación que se pudiera dar a la dignidad y derechos del trabajador. Así, Irureta Uriarte nos dice lo siguiente:

“Esta obligación de cuidado resulta ser de mayor entidad que aquella que comúnmente se exige en los contratos bilaterales, pues sobre el empleador no sólo pesa el deber de tomar todas las medidas de seguridad necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores, sino que también debe hacerlo de manera eficaz (Irureta, 2011, p.169) ”

Por lo tanto, el deber de protección en las relaciones jurídico-laborales, emanado del principio de buena fe, obtiene una especial relevancia por la forma en que el trabajador presta sus servicios. Debiendo el trabajador cumplir con su obligación en base a su propio esfuerzo físico, se hace sumamente importante que el empleador, como parte fuerte de la relación laboral, no abuse de sus facultades ni potestades en desmedro de la integridad física y psicológica del trabajador; es decir, que actúe conforme a la buena fe contractual.

Ahora bien, para entender mejor este principio y cómo se derivan de él los deberes de protección laboral, es importante tener en cuenta que el contrato de trabajo es un negocio jurídico, cuya regulación y alcances también incluye a la legislación civil de manera supletoria y mientras no vaya en contra de la naturaleza del Derecho del Trabajo (artículo IX del Título Preliminar del Código Civil Peruano). Por ese motivo, analizaremos este principio también bajo la doctrina civil a efectos de poder establecer sus alcances y características.

La buena fe es un principio jurídico que impone una amplia gama de deberes a los individuos en sus relaciones interpersonales, garantizando que las mismas sean ejecutadas y desarrolladas bajo estrictos parámetros de lealtad, honestidad y probidad. Dicho principio, tradicionalmente, tiene dos perspectivas: subjetivo y objetivo. La buena fe subjetiva es aquella creencia que un sujeto tiene respecto a que sus acciones son correctas y honradas. La buena fe objetiva, por su parte, consiste en la verificación objetiva que la conducta de un sujeto está acorde con los parámetros de honradez, lealtad y probidad que son aceptados socialmente. Sobre el particular, Arturo Solarte Rodríguez precisa lo siguiente:

“Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe: por una parte, una primera aproximación al concepto indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico.” (Solarte,2004, p.287).

Sin perjuicio que lo veamos desde una óptica objetiva o subjetiva, no cabe duda que la característica principal de la buena fe radica en que su función principal es la de integrarse a cualquier relación jurídica que mantengan las partes, a fin de imponer deberes especiales que garanticen la correcta y leal ejecución de prestaciones obligacionales. Así, en materia contractual, se entiende que la buena fe genera deberes de protección que cada una de las partes deben cumplir a fin de salvaguardar la esfera jurídica de la contraparte y su integridad. Deberes

que se encuentran más que presentes en un contrato de trabajo. Y es que, en palabras de Pedro Irureta Uriarte:

“(…) en materia laboral, la buena fe adquiere una especial modalización de las conductas de los contratantes en atención a las mayores exigencias de trato correcto entre ellos. No hay que olvidar que, al menos en el caso del trabajador, su vínculo es intiuito personae, lo que deja en evidencia el cumplimiento de deberes en que el compromiso del deudor es más complejo que en otro tipo de contratos (Irureta, 2011, p.137)”

De esta manera, el principio de buena fe, aplicado en las relaciones laborales, es fuente de deberes de diversa índole que buscan asegurar el comportamiento honrado, correcto e idóneo tanto del empleador como del trabajador; siendo que los deberes de protección del empleador son una forma de concretización de dicho principio.

Los deberes de protección son concebidos como aquellos que buscan preservar la integridad de la esfera jurídica de las partes, los cuáles involucran los derechos fundamentales y una serie de intereses no patrimoniales. Sobre el particular, Arturo Solarte señala lo siguiente:

“Como una forma especial de deberes “secundarios” o “colaterales” se encuentran los deberes contractuales de protección, (...) que son todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte, especialmente aquellos referidos a la protección de su vida e integridad física”. (Solarte, 2004, p.307)

Por su parte, Antonio Cabanillas sobre el deber de protección precisa: *“(…) son impuestos tanto al deudor como al acreedor y están dirigidos a preservar la propia persona y las propias cosas de eventos lesivos”* (Cabanillas, 2000, p.153).

Los deberes de protección, como vemos, buscan preservar la integridad de las partes involucradas en un contrato con la finalidad de que sus intereses no se vean vulnerados por una actuación de la contraparte. La referencia a dichos deberes surgió en Alemania, como una consecuencia lógica de admitir al contrato social como fuente de las obligaciones. Así, al momento en que las partes cooperan en una relación obligatoria, sus esferas jurídicas se encuentran en un constante contacto, lo cual se traduce en la posición “ventajosa” del deudor sobre la esfera jurídica del acreedor. El deudor, al momento de cumplir con su prestación

principal, va a influir en la esfera jurídica del acreedor, ya que esta última se encuentra expuesta durante el desarrollo de la obligación. De allí que los deberes de protección nazcan con la finalidad de imponer, tanto al deudor como al acreedor, la obligación de proteger la integridad de la esfera jurídica de su contraparte.

Esta idea es expresada por Gastón Fernández:

“ (...) (los deberes de protección) recoge(n) la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad), recogiendo la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación” (Fernández: 2004: p.615)

En virtud de ello, esta protección tiene un alcance doble, toda vez que el deudor debe evitar que su acción u omisión afecte el patrimonio o la integridad del acreedor. Al tratarse de deberes autónomos, de forma similar al deber de diligencia, pueden existir casos donde se ha cumplido con la obligación principal, no obstante, se han vulnerado los deberes de protección, ocasionando un daño al acreedor en su patrimonio o integridad. El deber de protección no se sujeta al cumplimiento de la obligación principal, sino que es autónomo y puede ser vulnerado de múltiples formas que atentan contra los derechos de las personas.

En las relaciones laborales, esta idea se torna mucho más relevante si tenemos en cuenta los deberes de protección que deben cumplir los empleadores para con sus trabajadores, los cuáles limitan sus facultades de dirección, supervisión y demás. En efecto, en palabras de Cristina Mangarelli:

“A mi modo de ver, la buena fe en el Derecho del Trabajo presenta un desarrollo particular. El contrato (o relación) de trabajo refiere a un trabajo que es prestado en forma personal, y que se prolonga en el tiempo, lo que conduce a la existencia de una serie de deberes que surgen de la naturaleza del contrato vinculados con la buena fe. Pero también debe tenerse presente que se trata de un trabajo subordinado. El contrato de trabajo otorga a una de las partes especiales facultades, que no se observan en otros contratos (dirección, variación, disciplinaria), lo que hace necesario que sean analizadas de acuerdo al principio de la buena fe. Este principio señalará los límites de dichas facultades, y a través de su aplicación el juez laboral podrá indicar cuándo se está en presencia de abuso.” (Mangarelli, 2009, p.39)

De esta manera, los deberes de protección generados por el principio de buena fe garantizan un correcto desarrollo de relación laboral. No obstante, existen múltiples casos donde el trabajador cumple su obligación principal de brindar su mano de obra a favor del empleador, pero éste no cumple con respetar, por ejemplo, el descanso mínimo que debe tener dicho trabajador en aras de preservar su integridad psicológica y física, entre otros derechos humanos que involucran el derecho al descanso. De esta manera, vemos que la obligación principal (trabajo) se cumple, pero no uno de los deberes de protección del empleador (derecho al descanso, derecho a la seguridad y salud en el trabajo, entre otros).

Considerando la fuente normativa de los deberes de protección tratados, tenemos que los mismos son derivados del concepto de buena fe contenido en el artículo 1362° Código Civil, el cual proscribire lo siguiente: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*

De este precepto, como lo menciona Gastón Fernández y Rómulo Morales, se podría deducir que los deberes de protección son una consecuencia lógica de la ejecución de un contrato bajo el principio de buena fe. Si tenemos en cuenta la definición de la buena fe como la lealtad en el cumplimiento de la prestación principal, el deudor no puede exponer la esfera jurídica de su acreedor a un peligro innecesario, por cuanto no estaría actuando de forma leal frente a su contraparte. Por ende, el principio general de buena fe generaría una serie de obligaciones que el deudor debería cumplir, ya que coadyuvan al cumplimiento leal del deber principal de prestación.

Incluso, se podría decir que los deberes de protección son una expresión del derecho a la protección de la dignidad humana, por cuanto su integridad también se encuentra expuesta en el desarrollo de una obligación. Rómulo Morales, sobre ello, afirma lo siguiente:

“Así las cosas, los deberes de protección no solo forman parte de los deberes legales emanados de la cláusula general de la buena fe, sino del deber de protección de la dignidad de los sujetos del principio que emana de la norma constitucional. (...) Aquí sostenemos que la cláusula general de la buena fe funciona adecuadamente bajo el principio de la protección de la dignidad de los sujetos.” (Morales, 2013: 75).

Estos deberes de protección se encuentran más que presentes en el derecho del Trabajo, por cuanto son la contraparte del poder de dirección que tiene el empleador, sirviendo de límite a las

órdenes que aquél puede dictar al trabajador. Sobre éste punto, Lupo Hernández Rueda señala lo siguiente:

“El deber de protección es consecuencia obligada del poder de dirección. Si el empleador puede dar órdenes para la ejecución del trabajo, debe también proteger al trabajador procurando que la ejecución de dichas órdenes no le sean lesivas ni nocivas, debiendo asumir una serie de precauciones y responsabilidades (de seguridad e higiene en el trabajo, descansos obligatorios, retribución justa con pago oportuno y completo, respeto a la dignidad e intimidad del trabajo); en fin, existe una gran variedad de concreciones de este deber, algunas previstas en normas contractuales o legales, otras derivadas de los usos y costumbres; (...)”
(Hernández, 1997, p.417)

En virtud de lo expuesto, la buena fe contractual es la fuente legal de los deberes de protección en el Perú, lo que implica que las partes de un contrato deben de cumplir con sus deberes bajo un parámetro de conducta honrada y en protección de la dignidad humana a fin de salvaguardar la esfera jurídica y los derechos fundamentales de la contraparte. Estos elementos deben estar mucho más presentes en las relaciones contractuales derivadas de un contrato de trabajo, por cuanto la desigualdad existente entre las partes así lo exige.

3. El incumplimiento de la normativa del derecho al descanso como acto de hostigamiento laboral.

De conformidad al artículo 9° del D.S. N° 003-97-TR, el empleador se encuentra facultado para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad cualquier obligación o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. En tal sentido, el empleador se encuentra facultado de dirigir la prestación de servicios del trabajador y en caso este no se efectúe conforme a sus directrices, puede aplicar las medidas disciplinarias correspondientes.

Así como el empleador tiene esta facultad jurídica, en caso el trabajador incumpla sus obligaciones dentro de una relación laboral, la normativa laboral faculta al trabajador a extinguir en ciertos supuestos la relación de trabajo, imputando al empleador la responsabilidad jurídica por dicho evento. A esta extinción del vínculo laboral se la ha catalogado como un despido indirecto. Según Pla, el despido indirecto se configura mediante tres condiciones: i) el incumplimiento del empleador (que puede consistir a su vez, en la violación de sus obligaciones, la alteración de las condiciones contractuales o crearle a trabajador una situación

insostenible), ii) la decisión del trabajador de considerarse despedido, en razón de la gravedad del incumplimiento, y iii) su retiro de la empresa (Blancas, 2013, p. 633-636)

En tal sentido, para que se configure este despido indirecto debe existir un incumplimiento de obligaciones por parte del empleador, alteración de condiciones o creación de una situación que resulte insostenible para el trabajador. En la legislación peruana el despido indirecto se regula bajo la figura de los actos de hostilidad. Es así que el artículo 30° de la LPCL precisa que son actos equiparables al despido los siguientes:

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;*
- b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.*
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;*
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;*
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;*
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;*
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador."*
- h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.*
- i) Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia*

Para efectos de analizar si la contravención del derecho al descanso podría configurar un acto de hostilidad, nos centraremos en qué supuestos del artículo 30° tipifican esta vulneración. Consideramos que el inciso g) del artículo 30° de la LPCL abarcaría ello.

Para Carlos Blancas el mencionado inciso opera como una cláusula de apertura que no describe un hecho en específico sino que extiende dicha calificación a todos aquellos actos que tengan

como efecto lesionar la dignidad del trabajador, siendo la dignidad de la persona y del trabajador, el presupuesto y punto de convergencia de todos aquellos derechos fundamentales relativos a la personalidad, así como los de índole específicamente laboral que se dirigen a la protección de la persona del trabajador y de los bienes que le son inherentes (Blancas, 2013, p.690)

En la Casación N° 3034-2021-LIMA, se precisó que la dignidad humana es un valor que se basa en el reconocimiento de la persona de ser merecedora de respeto sin importar como seamos. Al reconocer y tolerar las diferencias de cada persona para que esta se sienta digna y libre, se afirma la virtud y propia dignidad del individuo, fundamentado en el respeto a cualquier otro ser. La dignidad refuerza la personalidad, fomenta la sensación de plenitud y satisfacción.

En ese caso, la Corte Suprema concluyó que sí se habían configurado actos de hostilidad por afectar la dignidad del trabajador ya que la demandante señaló haberse sentido afectado en su dignidad, en tanto, no se le asignaron funciones laborales lo cual atentaba a su buen equilibrio emocional. A ello, se agrega que siendo el trabajo la base de bienestar social y un medio de realización de la persona, garantizada en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú, los actos de la empresa resultaban contrarios a la dignidad de la persona.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha definido la dignidad de la persona humana en la Sentencia 53/1985, de 16 de abril de 1985, afirmando que junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, la Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad, los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (Clocemar, 2016, p.33).

El profesor Arce Flores-Valdés apunta que del respeto a la dignidad de la persona humana derivan cuatro importantes consecuencias: i) la igualdad de derechos entre todos los individuos; ii) la garantía de la independencia y autonomía del ser humano, no pudiendo utilizarse como instrumento u objeto; iii) observancia y protección de los derechos inalienables del hombre; iv) no admisibilidad de la negativa de los medios fundamentales para el desarrollo de alguien como persona o la imposición de condiciones subhumanas de vida (garantía de un nivel existencial mínimo) (Clocemar, 2016, p.43).

Por su parte, el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual nos permite advertir alcances sobre el principio de dignidad y el principio del trabajador de gozar de un ambiente saludable y armonioso. Así, el referido reglamento precisa lo siguiente:

a) Principio de dignidad y defensa de la persona: las autoridades y toda persona involucrada en la prevención y sanción del hostigamiento sexual deben actuar teniendo en cuenta que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y asegurando su protección, en la medida en que el hostigamiento puede generar un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la persona hostigada.

b) Principio de gozar de un ambiente saludable y armonioso: Toda persona tiene el derecho de ejercer sus actividades laborales, educativas, formativas o de similar naturaleza en un ambiente sano y seguro, de tal forma que pueda preservar su salud, física y mental, y su desarrollo y desempeño profesional.

Asimismo, la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973, como parte de los principios rectores de las políticas y programas del Estado se tiene el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona con discapacidad. Por otro lado, el Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, sobre la dignidad precisa que es *“un valor intrínseco de la naturaleza humana. Principio-derecho fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, que garantizan un conjunto de condiciones materiales concretas de existencia”*

Por ese motivo, la dignidad del trabajador se ve vulnerada con la trasgresión de algún derecho fundamental que no permita a su vez la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida del trabajador. Como hemos visto en el primer capítulo el derecho al descanso y disfrute del tiempo libre además de ser un derecho de reconocimiento constitucional y calificar como un derecho humano se encuentra vinculado con el libre desarrollo de la personalidad del trabajador, derecho a la intimidad y vida privada y a la protección de su salud.

La vulneración de este derecho, continuada en el tiempo y que no permita que el trabajador disfrute de manera efectiva de su derecho al descanso podría configurar actos de hostilidad que encajaría perfectamente en el inciso g) del artículo 30° de la LCPL, por lo que el trabajador si

podría alegar en dicho caso que el empleador está cometiendo actos de hostilidad de manera que pida el cese de estos o se configure el despido indirecto con la correspondiente indemnización.

Al respecto, podemos mencionar un caso en España, donde la inspección de trabajo instó a Prosegur a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral, siendo la propuesta de sanción por acoso al personal. El sindicato incluyó en su denuncia que habían solicitado a Prosegur elaborar un protocolo interno de desconexión digital, con el uso que deben tener las nuevas tecnologías pero no se obtuvo respuesta de la empresa. Además, denunció que los trabajadores atendían llamadas y respondía correos por temor a represalias e impacto en sus sistemas de incentivos (Crónica, 2020)

4. Mecanismos de protección del trabajador frente a la vulneración de su derecho al descanso.

A efectos de evaluar la necesidad de una regulación especial para garantizar el derecho al descanso del trabajador, resulta necesario revisar nuestra normativa nacional tanto a nivel legislativo como a nivel administrativo y judicial a fin de identificar cuáles son los mecanismos de protección que en este momento tiene el trabajador en caso se encontrará en una situación de vulneración por parte del empleador de su derecho al descanso.

En ese sentido, en principio tenemos que conforme a la Décima Disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR:

“Décima. Infracción grave en el marco de la vigencia de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19

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”

De esta forma, se estableció como infracción grave ejercer coerción sobre el trabajador o incurrir en actos dirigidos a intimidar al trabajador para realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones durante el tiempo de desconexión digital o a mantener activos los medios tecnológicos durante dicho tiempo. Si bien esta disposición se centra en el derecho a la desconexión digital en el trabajo remoto. Somos de la opinión también que si en caso el empleador no respeta el tiempo de descanso del trabajador a través de la imposición de directrices fuera de la jornada de trabajo sin que exista una necesidad empresarial razonable sea dentro de los parámetros de trabajo remoto o no también se incurriría en la infracción estipulada en el artículo 25.6 del Decreto Supremo N° 019 -2006–TR- Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – la cual precisa que constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales (...) “25.6. *El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, refrigerio, trabajo en sobretiempo, trabajo nocturno, descanso vacacional y otros descansos, licencias, permisos y el tiempo de trabajo en general*”.

Esta disposición resulta ser genérica y dado sus alcances debería proteger cualquier vulneración a alguna norma relacionada al descanso vacacional y cualquier otro tipo de descanso o licencia. Tanto en la calificación como infracción grave y muy grave conforme al Decreto Supremo N° 008-2020–TR la multa podría llegar a los siguientes rangos dependiendo el número de trabajadores y el cálculo en Unidades Impositivas Tributaria (UIT):

	Infracción grave	Infracción muy grave
	Rango en UIT al año 2021	
Microempresa	S/ 484.00 (0.11*UIT) – S/ 1,980.00 soles (0.45*UIT).	S/ 1012.00 (0.23*UIT) - S/ 2,992.00 soles (0.68*UIT).
Pequeña empresa	S/ 1,908.00 (0.45*UIT) – S/ 19, 800.00 soles(4.50*UIT).	S/ 3,388.00 (0.77*UIT) - S/ 33, 660.00 soles (7.65*UIT).
No mype	S/ 6,908.00 (1.57*UIT) – S/ 114, 928.00 soles (26.12*UIT).	S/ 11, 572.00 (2.63*UIT) - S/ 231, 132.00 soles (52.53*UIT).

En ese sentido, en caso de contravención al derecho a la desconexión digital y el derecho al descanso del trabajador, tendría que determinarse las multas expuestas bajo los parámetros precisados.

Sobre el particular, mediante Resolución de Intendencia N° 303-2020-SUNAFIL/ILM, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) dispuso sancionar a la empresa ENEL GENERACIÓN PERU S.A.A. con una multa de infracción muy grave por vulnerar el

numeral 25.6 del artículo 25 del D.S. N° 019-2006-TR al detectarse que los trabajadores de dicha empresa no se encontraban gozando de manera efectiva de su horario de refrigerio de 45 minutos, sino de un tiempo inferior a este.

Como defensa, la referida empresa precisó que al ser una empresa que brinda un servicio público indispensable para la ciudadanía, cuando ocurre una emergencia excepcional durante el horario de refrigerio de los operadores del Centro de Control de la Central de Huampaní, éste se ve interrumpido durante el tiempo que dure la emergencia, siendo posible que los trabajadores retomen el horario de refrigerio después de ocurrida la emergencia, todo ello debido a la naturaleza de los servicios que brinda la empresa.

Luego del análisis realizado, la SUNAFIL impuso multa por los siguientes argumentos:

- Los artículos 14° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR y 7° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR disponen que el tiempo de refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos, el mismo que será establecido por el empleador en horario de trabajo y tiene como finalidad la ingesta de la alimentación principal del trabajador cuando coincida con el desayuno, almuerzo o cena.
- Los inspectores comisionados dejaron constancia que los trabajadores de dicha empresa señalaron que en cada turno de trabajo solamente hay 1 (un) trabajador, y que debido a la naturaleza de sus funciones no hay un horario de refrigerio fijo, no ingiriendo sus alimentos de manera continua y en un lapso de tiempo pre-establecido.
- Los efectos dañosos ya tuvieron lugar y causaron perjuicio a los trabajadores, no siendo posible para el sujeto responsable reparar o revertir el daño o perjuicio ocasionado al no poder retrotraerse en el tiempo, por consiguiente tipifican como infracción a la normativa sociolaboral establecida en el D.S. N° 019-2006-TR y sus modificatorias.
- Se precisa que la referida infracción no versa sobre la inexistencia de documentos que regulen el horario de refrigerio para sus trabajadores, el mismo que se encuentra plasmado en el cartel indicador del horario de trabajo, Reglamento Interno de Trabajo y demás documentos emitidos por la empresa; sino en el hecho que los trabajadores no disfrutaran de manera efectiva de los 45 minutos de refrigerio de forma continua. Ello fue declarado por la misma administrada donde da la opción a que el horario de refrigerio pueda ser interrumpidos por la naturaleza de las labores que fiscalizan los operadores.

A través de esta resolución podemos advertir el carácter ininterrumpido que deben tener los descansos - como el refrigerio - con la finalidad que estos sean efectivos y se cumpla la

normativa correspondiente. Asimismo, la SUNAFIL advirtió que debido a este incumplimiento laboral por parte de la empresa ya existe un daño ocasionado.

Por otra parte, conforme al artículo 2° de la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo – se establece que es competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo lo siguiente:

(...) 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

(...)

b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.

De esta manera, a nivel judicial, en caso el trabajador considere que no se está cumpliendo con la efectividad de su derecho al descanso podría vía ordinaria laboral, demandar en juzgado especializado el cese de actos de hostilidad o en caso exista un daño a la salud derivado de este incumplimiento interponer una demanda de daños y perjuicios.

5. El derecho al descanso de los trabajadores excluidos de la jornada máxima legal.

Conforme al artículo 5° del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo – D.S. N° 007-2002-TR, se encuentran excluidos de la jornada máxima legal los

trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.

Por su parte, el artículo 10° del Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo — D.S. N° 008-2002-TR-, define las características principales de este grupo de trabajadores:

Artículo 10.- Para efectos del Artículo 5 de la Ley se considera como:

a) Trabajadores de dirección, a los que reúnen las características previstas en el primer párrafo del Artículo 43 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; y,

c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, aquellos trabajadores 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.

Asimismo, a través del artículo 11° también se excluye de la jornada máxima a los trabajadores de confianza. No obstante, no estarían en este supuesto los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo. Al respecto, tal como lo hemos precisado anteriormente el derecho al descanso como derecho fundamental y como garantía de la dignidad de la persona se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú en el inciso 22° de su artículo 2°, el cual, específicamente señala que toda persona tiene derecho a: “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Asimismo, el artículo 25° de nuestra carta magna precisa que “(...) los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”.

Por su parte, el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. Asimismo, especifica que en caso de jornadas acumulativas o atípicas el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Si bien de manera constitucional no se excluye a los trabajadores de dirección, confianza, y no sujetos a fiscalización y en el artículo 2° del Convenio N° 01 de la OIT se excluye de la duración del trabajo máximo a las personas que ocupen un puesto de inspección, de dirección o de confianza, consideramos que esta exclusión no resulta razonable, siendo necesario que se establezcan pisos mínimos para garantizar que los mencionados trabajadores tengan un derecho efectivo de descanso y evitar que esta falta de regulación afecte sus derechos constitucionales.

Así pues como parte del deber de protección del empleador este debe garantizar sus derechos fundamentales. El no establecer pisos mínimos afecta diversos derechos, lo cual no resulta constitucional. Por ese motivo, en el caso de los mencionados trabajadores también debe reconocerse su derecho al descanso y como parte de este derecho, se deben fijar límites a la jornada de trabajo para que exista un adecuado descanso.

Sin perjuicio de lo expuesto, mediante el Decreto de Urgencia N° 127-2020, a través de su única disposición complementaria modificatoria ha modificado el Decreto de Urgencia N° 026-2020, se estableció lo siguiente: *“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.* Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 004 -2021-TR, también se precisó que el tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.

En ese sentido, consideramos que esta disposición resulta un importante avance para la protección del derecho al descanso del grupo de trabajadores en mención, aunque solo comprende a los trabajadores que se encuentren realizando trabajo remoto. No obstante, el empleador por el principio de buena fe laboral y deber de protección tiene la obligación de establecer jornadas de trabajo razonables que salvaguarden la salud y derechos del trabajador, así como mecanismos idóneos para que no laboren en exceso. Caso contrario, podría ser responsable en caso que sus trabajadores de confianza, dirección y no sujetos a fiscalización inmediata no gocen de un adecuado descanso y como consecuencia de ello se tenga un impacto en su salud. En el presente caso, si bien existe una sanción en la normativa de inspección de trabajo ante la vulneración del derecho a la desconexión digital, en el caso de este grupo de

trabajadores en caso de realizar trabajo en sobretiempo no tendrían derecho al pago de horas extras, a razón de lo legislado en la ley de jornada.

6. Justificación de regular el derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano

Con relación a la pregunta de si resulta justificada la regulación de este derecho dentro del ordenamiento jurídico o solo bastaría con la aplicación de nuestras instituciones jurídicas clásicas para proteger al trabajador frente a los excesivos requerimientos que se pudieran presentar por parte del empleador mediante la utilización de la tecnología fuera de la jornada laboral y en los tiempos de descanso del trabajador, considero que existirían dos premisas a debatir: i) un nuevo derecho que aparentemente se justificaría en los cambios que se han dado en el ámbito de las relaciones laborales (nuevas formas de fiscalización laboral y dirección) a partir de las TICs y que protegería al trabajador de largas jornadas excesivas o ii) el derecho a la desconexión digital no es un nuevo derecho, sino que se trata de medidas complementarias de sensibilización que refuerzan la protección al derecho al descanso y que usan esta terminología para poder identificar con más facilidad la materia.

Para Cristóbal Molina la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del trabajador, cuya utilidad puede exigirse en cualquier momento en que se sienta en peligro, sin necesidad de mediación legal ni tampoco convencional alguna (Molina, 2017, p.279).

Asimismo, el referido autor señala que resulta irregular el ejercicio del poder directivo, aun mediante formatos tecnológicos avanzados, que se despliegue fuera del tiempo laboral, por lo que está prohibido su ejercicio, debiendo el empleador no sólo abstenerse de tales conductas, sino también de evaluar los riesgos psicosociales que puede generar en el trabajador el plus de carga digital, dentro y fuera del trabajo, de otro. (Molina: 2017: 279).

De nuestras instituciones clásicas y sus alcances como el derecho al descanso, disfrute del tiempo libre, deber de buena fe, límite de la jornada de trabajo, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y derecho a la seguridad y salud en el trabajo, ya se desprende el derecho del trabajador de gozar de manera plena de su derecho al descanso, a que no existan injerencias por parte del empleador en su vida privada y fuera de la jornada de trabajo, que no se apliquen sanciones disciplinarias si no se encuentran en los alcances del poder de dirección del empleador y proteger al trabajador frente a riesgos de salud psicosociales y físicos. Como precisa el artículo 23° de la Constitución Política del Perú “*Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*”. De manera que cualquier

intervención del empleador en la vida privada del trabajador fuera de la jornada de trabajo no se encuentra amparada por el ordenamiento peruano.

Este razonamiento también es aplicado en diversas sentencias de la unión europea. Específicamente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de septiembre de 2006, en el asunto C-484/04, donde se estableció que los empresarios no deben comportarse de un modo que impida a los trabajadores disfrutar de su descanso imponiendo obligaciones laborales que sean incompatibles con dicho derecho. Asimismo, en relación a la Directiva 93/104 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que establece pisos mínimos de tiempo para el goce de los descansos del trabajador, dicha sentencia señala que tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que éstos disfruten de períodos mínimos de descanso - diario y semanal-, así como de pausas adecuadas y estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas para la duración media de la semana de trabajo, límite respecto del cual se puntualiza expresamente que incluye las horas extraordinarias.

A ello se agrega que en la sentencia se precisa que la Directiva 93/104 exigiría obligaciones de resultado claras y precisas en cuanto al disfrute del derecho al descanso, buscándose un efecto útil a través de la referida regulación que obliga a garantizar el derecho al descanso, a un descanso efectivo, períodos de descansos adecuados, medidas necesarias para garantizar el derecho al descanso y que se garantice una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores.

Asimismo, en la SENTENCIA 192/2003, de 27 de octubre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003) del Tribunal Constitucional de España se analizó el caso de un trabajador que había sido despedido por laborar en sus vacaciones para otra empresa, lo cual, para efectos de la empresa constituyo un acto en contra de la buena fe laboral. Así en la referida sentencia se precisó que someter el tiempo de descanso a disponibilidad del empresario no resulta acorde con la configuración del derecho a vacaciones anuales en dicho ordenamiento jurídico laboral ni tampoco con la primacía de la libertad de la persona, el respeto a su vida privada y *“dignidad del trabajador, entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”*

Así también la mencionada sentencia preciso lo siguiente:

“Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales (...) resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (v.gr., art. 21.1 LET, a contrario, y arts. 110.2 y 120.3 de la Ley general de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET)”.

Tenemos la STSJ CAT 5310/2013 del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Social de Barcelona (Nro de resolución 3613/2013) 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55) , que estableció que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario analizar si cumple los siguientes requisitos:

- Juicio de idoneidad: cumple el objetivo propuesto.
- Juicio de necesidad: resulta necesaria y no existe otra medida menor con igual eficacia y cumpla el mismo objetivo.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderada o equilibrada): se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por ese motivo, dada la relación asimétrica que exista entre el trabajador y empleador somos de la opinión que cualquier directriz y orden directa del empleador que vulnere algún derecho del trabajador como el derecho al descanso debe seguir de manera conjunta el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sino estaríamos ante un poder de dirección irrazonable. Esta premisa se debería aplicar independientemente si estamos antes horas extras voluntarias y/u obligatorias.

Por ello, dado el carácter progresivo de estos derechos y sus alcances, que fueron detallados en el capítulo I de la presente tesis consideramos que estos ya se encuentran protegidos dentro del ordenamiento peruano, lo cual podría realizarse a través de i) una demanda de daños y perjuicios en caso se detecte un daño a la salud a causa de que el empleador no cumplió con su deber de prevención y protección, ii) demanda de actos de hostilidad laboral y/o denuncia ante SUNAFIL y iii) Denuncia ante SUNAFIL por vulneración al derecho a la desconexión digital y derecho al descanso. Ya hemos mencionado cómo dicha entidad sancionó a una empresa por

interrumpir el tiempo de refrigerio de los trabajadores que no permitía el goce efectivo e ininterrumpido de dicho descanso.

En el Perú, si bien el 1 de noviembre de 2020 a través del Decreto de Urgencia N° 127–2020 y Decreto Supremo N° 004 – 2021 -TR se reguló el derecho a la desconexión digital, consideramos que la misma, a excepción de la disposición sobre los trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, resulta muy general y no garantiza o refuerza de manera idónea el derecho al descanso. Por ello, consideramos que faltaría lo siguiente:

- El deber del empleador de realizar acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.
- Fijar las causales de 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 que justifiquen el trabajo en sobretiempo obligatorio.
- Regularse de manera general independientemente si el trabajador se encuentra en trabajo remoto.
- En caso sean horas extras voluntarias también exista una necesidad empresarial razonable y cualquier directriz u orden directa que se realice fuera de la jornada de trabajo a efectos que sea válida resulte idónea, necesaria y proporcional.
- Poner un límite cuantitativo a las horas extras.

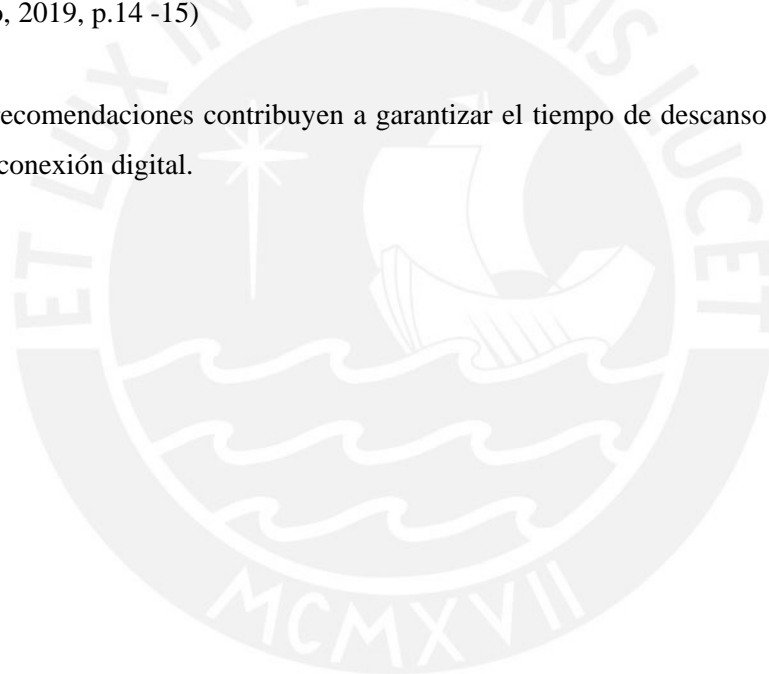
Asimismo, como señala Mariola Serrano Argüeso, es importante seguir también las recomendaciones de la Nota Técnica de Prevención (NTP) 1123, “*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*” como medidas de prevención a efectos de evitar problemas de salud en el trabajador y garantizar el tiempo de descanso:

- Diseñar una guía de buenas prácticas para el uso adecuado de las TICs.
- Hacer campañas de sensibilización en la empresa para trabajadores, mandos intermedios, superiores jerárquicos etc.
- Evitar las comunicaciones e interacciones entre compañeros de trabajo y superiores jerárquicos (mediante el uso de llamadas telefónicas, correo electrónico etc.) fuera de la jornada laboral.
- Establecer políticas de desconexión digital para garantizar los tiempos de descanso entre jornadas laborales (por ejemplo, instalando sistemas restrictivos de desconexión

automática que inhabilite la recepción y el envío de correos electrónicos fuera de la jornada laboral para evitar una “jornada laboral sin fin”).

- Planificar el trabajo a realizar, la cantidad de trabajo previsible y el inesperado, así como el tiempo de dedicación previsible y el plazo de finalización.
- Establecer prioridades de actuación en caso de recibir tareas no esperadas para evitar prolongar el tiempo de trabajo y la multitarea.
- Diseñar un procedimiento para llevar a cabo interacciones con trabajadores remotos para evitar la comunicación una vez acabada la jornada laboral.
- Programar adecuadamente el tiempo de trabajo y/o la franja horaria destinada a gestionar el uso del correo electrónico, evitando la multitarea y las interrupciones constantes en el desarrollo de la actividad.
- Evitar la excesiva multiplicidad de localizaciones. Tener en cuenta la distancia entre ellas (Serrano, 2019, p.14 -15)

Las referidas recomendaciones contribuyen a garantizar el tiempo de descanso y una adecuada política de desconexión digital.



CONCLUSIONES

1. El derecho al descanso y el disfrute de tiempo libre son derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que tienen reconocimiento de aplicación universal y efectiva, carácter progresivo y oponible frente a privados, el Estado y propio constituyente.
2. La idea de justicia social (apertura de nuevas expectativas de mejoramiento individual y social) y el principio de primacía de la disposición más favorable a la persona humana legítima a que los Estados Partes a través de disposiciones en sus normativas internas contribuyan y garanticen el goce real de los derechos humanos laborales. Resulta esencial el fortalecimiento de la legislación de cada país que permita brindar mayor garantía al disfrute de los mencionados derechos. Por ello, legislar normas que protegen y brindan mayor garantía a los trabajadores, como el derecho a la desconexión digital, derecho que se ha venido regulando en diversos países, resulta válido, legítimo y es parte incluso de los propios deberes que tienen los países en aras de los derechos humanos.
3. El derecho al descanso tiene tres aspectos principales: duración, periodicidad y continuidad. Estos aspectos se pueden advertir por ejemplo en las disposiciones sobre descanso semanal previstas en los convenios de la OIT y normativa nacional, donde se establece i) duración (mínimo de 24 horas), ii) periodicidad (cada siete días) y iii) continuidad (horas consecutivas). Lo mismo se puede desprender de la normativa internacional y nacional respecto al descanso vacacional. Con respecto a la continuidad, la naturaleza del derecho al descanso es que este pueda ser gozado a través de horas consecutivas, sin injerencia e interrupción por parte de terceros pues ello implicaría una intromisión en la vida privada del trabajador. Asimismo, el derecho al descanso debe ser gozado plenamente al también estar asociado con la dignidad y derecho del trabajador de autodeterminar su vida.
4. El derecho al descanso implica el cese de prestación de servicios por parte del trabajador y no tiene una sola finalidad y objetivo, al ser un tiempo que le corresponde al trabajador este lo puede utilizar para el ocio, familia, estudios, descanso físico y en

general, para cualquier actividad que el trabajador decida realizar, incluyendo no hacer nada. Lo contrario vaciaría de contenido al derecho al descanso, pues se limitaría la libertad del trabajador de decidir qué hacer en su tiempo libre, cuando este tiempo no está sujeto al empleador, ni al Estado y es oponible frente a ellos. Asimismo, al ser un tiempo que no le pertenece al empleador, no se encuentra legitimada su facultad jurídica de dirección salvo caso fortuito o fuerza mayor.

5. A través del disfrute del derecho al descanso se protegen otros derechos constitucionales tales como:
 - El derecho al libre desarrollo de personalidad mediante el cual se protege la esfera de decisión de la persona. A partir de este derecho se busca que exista conciliación del trabajo y vida familiar y social a través del respeto del derecho al descanso, planificación adecuada de horarios de trabajo, limitación de la duración de la jornada de trabajo y realización de horas extras solo en supuestos excepcionales y razonables. De esta forma, se protege los proyectos que decida el trabajador emprender o actividades de índole familiar y social en su tiempo de descanso.
 - El derecho a la seguridad y salud de los trabajadores por el cual se obliga a los empleadores a proteger su seguridad y salud a fin de evitar cualquier accidente de trabajo, enfermedad profesional o consecuencia que afecte la salud del trabajador. El exceso de trabajo y falta de descanso puede provocar depresión, pérdida de memoria, dificultades para dormir, dolores musculares, problemas digestivos, tecnoestrés, síndrome de burn out, etc.
 - El derecho a la intimidad y privacidad del trabajador, a través del cual se protege la esfera privada de la persona, el derecho a la vida privada, el control del flujo de nuestra información y se rechaza la intromisión en la vida íntima o familiar del trabajador por parte de terceros.

6. La normativa laboral peruana precisa que el trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. 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. Asimismo, califica el caso fortuito o fuerza mayor como el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que hace necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. Por ello, sí se

podría admitir la interrupción del derecho al descanso de manera obligatoria en caso fortuito o fuerza mayor y de manera voluntaria ante necesidades empresariales objetivas, para lo cual consideramos se debe realizar un análisis de necesidad, idoneidad y razonabilidad del requerimiento del empleador. Además, somos de la opinión que los límites no solo deben ser cualitativos sino también cuantitativos. Es decir se debe establecer un límite máximo de horas extras tanto diarias como semanales para que exista un real derecho a la jornada máxima y el respeto idóneo y efectivo del derecho al descanso.

7. Las horas extras tienen carácter excepcional, motivo por el cual, la continuidad de realización de horas extras podría implicar una extensión irrazonable de la jornada, lo cual, si no es regulado tanto de manera cualitativa como cuantitativa, podría implicar la contravención al derecho al descanso y vaciar de contenido a este último derecho.
8. Nuestra Constitución ha establecido como jornada máxima ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales lo cual habilita regímenes compensatorios y flexibles como en el caso de la minería. Sin embargo, ello no debe eximir al empleador y trabajador de la necesidad de establecer límites cuantitativos incluso en jornada máxima a efectos que por la naturaleza de las funciones no exista una afectación a la salud del trabajador. Es necesario que se fije de manera adecuada los tiempos de trabajo pues con el horario y jornada de trabajo se determina el tiempo que el trabajador efectuará sus funciones y como consecuencia de ello el trabajador conoce con anticipación sus tiempos de descanso. De esta forma, puede organizar su tiempo libre de manera plena y garantizamos también un derecho de planificación de descanso como garantía efectiva al derecho al descanso.
9. La implantación de una adecuada regulación del tiempo de trabajo garantiza de manera idónea el ejercicio del derecho al descanso y el disfrute del tiempo libre. El derecho a una jornada máxima de trabajo implica que el deber del empleador de proteger el derecho al descanso del trabajador, estableciendo los mecanismos idóneos para que los trabajadores no laboren largas jornadas. Ello también es parte de su deber de buena fe y de protección de los derechos fundamentales del trabajador.
10. Las TICs se han convertido en un elemento fundamental de la vida diaria de las personas y de la sociedad en su conjunto, permiten el acceso a información en cualquier parte del mundo, comunicaciones rápidas y es un espacio de relaciones interpersonales y autodeterminación de las personas. A este contexto actual se le ha

denominado sociedad de la información, resaltándose dos efectos del uso de las TICs: hiperinformación e hiperconectividad. El primero se refiere al almacenamiento y disposición de información de cualquier índole y el segundo es un efecto que puede producir la comunicación directa e inmediata entre las personas.

11. Debido al impacto de las TICs en los derechos de los trabajadores surge el debate respecto a la necesidad de regular nuevas disposiciones a efectos que los empleadores respeten la jornada de trabajo y se garantice el goce efectivo del derecho al descanso. La tendencia en diversos países como España, Francia, Italia y otros ha sido regular el derecho llamado “derecho a la desconexión digital” que implique lo siguiente:

- Que el trabajador luego de terminada su jornada de trabajo tiene derecho a oponerse ante una orden directa brindada por su empleador a través del uso de los medios digitales.
- Que el empleador tiene el deber de no disponer de la prestación de servicios del trabajador fuera de su jornada de trabajo, salvo casos excepcionales.
- A no sancionar al trabajador en caso decida no cumplir las órdenes de su empleador que han sido emitidas fuera de su jornada de trabajo.
- El deber del empleador de regular la utilización de los medios digitales a efectos que se respete el derecho al descanso de los trabajadores.
- Acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

12. En Perú, el 1 de noviembre de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 127–2020 , el cual, a través de su única disposición complementaria modificatoria, modifica el Decreto de Urgencia N° 026–2020, estableciendo como obligaciones del empleador, solo para los trabajadores que realicen sus funciones bajo la modalidad de trabajo remoto, lo siguiente:

- 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.
- 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.
- 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.

Asimismo, a través del decreto Supremo N° 004 -2021 –TR se dispuso lo siguiente:

- El derecho a la desconexión digital implica que el trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios. En consecuencia, el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurren circunstancias de 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.
- 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 tiempo de desconexión digital se extiende entre el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Si durante ese tiempo, el empleador y el trabajador acuerdan que este último realice alguna tarea o coordinación de carácter laboral, o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 854, dicha labor se considera como trabajo en sobretiempo y se paga o compensa con descanso sustitutorio, según lo dispuesto en el referido Decreto Legislativo N° 854.
- También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriado, días de descanso vacacional, días de licencia y demás

periodos de suspensión de la relación laboral. La realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral en los días de descanso semanal o días feriados se considera trabajo efectivo y se paga o compensa conforme al Decreto Legislativo N° 713.

- El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.
- Para efectos de lo señalado en el numeral anterior, se consideran trabajadores de dirección y trabajadores que prestan servicios intermitentes a los señalados en los literales a) y b), respectivamente, del artículo 10 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR; y se consideran trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata de la jornada aquellos que realizan sus labores o parte de ellas sin control del tiempo de trabajo o que distribuyen libremente su jornada de trabajo sin estar sujetos a un horario determinado.

De esta manera, no solo se ha regulado el derecho a la desconexión digital con la finalidad que el trabajador pueda desconectarse del trabajo en el tiempo de descanso, sino también se ha establecido que en el caso de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo el tiempo de desconexión debe ser de al menos doce horas continuas en un período de veinticuatro horas.

Del análisis de si esta regulación resulta necesaria e idónea para garantizar definitivamente el tiempo de descanso, advertimos que esta se ha centrado en establecer el derecho del trabajador de desconectarse más no se establece los siguientes deberes del empleador:

- Límites a las horas extras voluntarias.
- Realizar acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.
- Supuestos específicos de excepción al derecho a la desconexión digital.

- No remitir comunicaciones durante el tiempo de descanso.
- Resaltar el deber de protección por parte del empleador del derecho al descanso.

Al respecto, por el deber de buena fe y protección, el empleador no solo se obliga a respetar el derecho al descanso del trabajador, sino también a asegurarse que este sea efectivo, pues dicho deber obliga al empresario a prevenir cualquier contravención a la dignidad y derechos fundamentales del trabajador, así como a salvaguardar de manera adecuada la salud del trabajador, por lo que debe establecer límites idóneos a la jornada de trabajo.

Por ello, a efectos que exista una real garantía del derecho al descanso es importante las acciones de formación y sensibilización, que se establezcan supuestos específicos de excepción al derecho a la desconexión digital y se prohíba al empleador a remitir comunicaciones pues por la cultura del presentismo y falta de desconexión digital, el trabajador “voluntariamente” si recibe un correo en su tiempo de descanso podría trabajar.

13. El deber de protección y fijación de una adecuada e idónea jornada y horario de trabajo por parte del empleador involucra la compatibilización de los horarios con las necesidades individualizadas del trabajador, evaluación de las necesidades psicofísicas del trabajador, acomodación de los descansos a las características de la función y del puesto de trabajo y planificación y distribución adecuada de la carga de trabajo como garantía también del goce efectivo del derecho al descanso de los trabajadores.
14. El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre además de ser un derecho de reconocimiento constitucional y que se ubica en la categoría de derechos humanos, se encuentra vinculado con el libre desarrollo de la personalidad del trabajador, derecho a la intimidad y vida privada y seguridad y salud en el trabajo. Por ello, la vulneración de este derecho configuraría como un acto de hostilidad que encajaría perfectamente en el inciso g) del artículo 30° de la LCPL, de acuerdo con el cual, son actos de hostilidad equiparables al despido los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. La dignidad del trabajador se ve vulnerada con la trasgresión de algún derecho fundamental que no permita a su vez la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida del trabajador, en este caso, el libre desarrollo de la personalidad del trabajador, derecho a la intimidad y vida privada y la protección de su salud.

Por lo que una injerencia subjetiva en el tiempo de descanso del trabajador y contravención de su derecho fundamental y humano al descanso califica como acto de hostilidad laboral.

15. Como parte del deber de buena fe del empleador y protección de derechos constitucionales, el empleador es garante de la seguridad y salud en el trabajo por lo que debe otorgarle al trabajador un ambiente seguro, saludable y que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y dignidad del trabajador y que a su vez ofrezcan posibilidad reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

De esta forma, como garante de este derecho debe gestionar las medidas de prevención de posibles riesgos laborales que se podrían dar en el ambiente de trabajo como los riesgos psicosociales tales como el tecnoestrés que puede ser derivado del exceso de trabajo y uso desmedido de la tecnología. Para ello, es recomendable seguir el criterio técnico 104/2021, sobre “*actuación de la inspección de trabajo y seguridad social en riesgos psicosociales*” donde clasifica los factores de riesgo psicosociales tomando en cuenta:

- **Contenido y características del trabajo.-** monotonía, tareas sin sentido, fragmentación, falta de variedad, tareas desagradables por las que se siente rechazo.
- **Carga y ritmo de trabajo.-** carga de trabajo excesiva o insuficiente, presión de tiempo, plazos estrictos.
- **Tiempo de trabajo.-** horarios muy largos o impredecibles, conexión continua al trabajo, trabajo a turnos, trabajo nocturno.
- **Participación y control.-** falta de participación en la toma de decisiones, falta de autonomía o control sobre el trabajo (por ejemplo sobre el método o el ritmo de trabajo, los horarios, el entorno).
- **Cultura de organización.-** comunicaciones deficientes, apoyo insuficiente ante problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos.
- **Ambientes y equipo de trabajo.-** puesta a disposición de equipos inadecuados o ausencia de mantenimiento, malas condiciones ambientales tales como falta de espacio, iluminación deficiente o ruido excesivo.

- **Relaciones personales en el trabajo.-** aislamiento, relaciones insuficientes, malas relaciones con compañeros de trabajo, conflictos, conductas inapropiadas (hostigamiento, acoso), relaciones adversas con usuarios o clientes, atraco.
- **Rol en la organización.-** ambigüedad o conflicto de rol, responsabilidad sobre personas.
- **Desarrollo profesional.-** escasa valoración social del trabajo, inseguridad en el trabajo, falta de promoción profesional.
- **Interacción vida personal – trabajo.-** conflicto de demandas o exigencias entre ambas esferas, problemas de conflicto y/o sobrecarga del rol (laboral, personal y familiar).

De esta manera, consideramos que estos factores de riesgo psico social permiten que se adecue correctamente el tiempo de trabajo (a través de la verificación de carga de trabajo, plazos estrictos, horarios inadecuados, etc) y se respete el tiempo de descanso (respetándose la esfera personal y familiar).

16. El derecho a la desconexión digital y el derecho al descanso tienen el mismo objetivo, el primero esta subsumido en el segundo, por lo que la regulación brindada sobre el derecho a la desconexión digital no resulta ser una disposición nueva. En el Perú, advertimos algunos mecanismos que podría utilizar el trabajador en caso considere vulnerado su derecho al descanso.

Por ejemplo, el artículo 25.6 del Decreto Supremo N° 019-2006–TR considera como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales (...) “25.6. *El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, refrigerio, trabajo en sobretiempo, trabajo nocturno, descanso vacacional y otros descansos, licencias, permisos y el tiempo de trabajo en general*”. Al ser una disposición amplia, la contravención al derecho al descanso podría ser calificado como una infracción muy grave. A nivel judicial advertimos que el trabajador podría interponer una demanda en juzgado especializado el cese de actos de hostilidad o en caso exista un daño a la salud derivado de este incumplimiento se interponga una demanda de daños y perjuicios.

Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 004 – 2021 – TR se estableció que 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 esta manera, somos de la opinión que a través de este artículo se exige el establecimiento de políticas que garanticen el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital pues se determina que constituye infracción grave el mantener activos las TICs durante el tiempo de desconexión digital.

Asimismo, a través de esta infracción se evidencia que incluso hasta una mínima coordinación laboral podría implicar una afectación al derecho a la desconexión digital, pues evidentemente como hemos señalado precedentemente el derecho al descanso es continuo no admite interrupciones así sean mínimas, pues ya se estaría interrumpiendo el referido derecho, atentando contra la planificación personal de actividades e intromisión en la vida privada del trabajador.

17. Si bien a los trabajadores de dirección, confianza, y no sujetos a fiscalización inmediata el artículo 2° del Convenio 01 de la OIT los excluye de la duración del trabajo máximo consideramos que esta exclusión no resulta razonable, siendo necesario que se establezcan pisos mínimos para garantizar que los mencionados trabajadores tengan un derecho efectivo de descanso y evitar que esta falta de regulación impacte en el mencionado derecho constitucional. Como parte del deber de protección y deber de buena fe del empleador se debe garantizar sus derechos fundamentales a través del establecimiento de jornadas de trabajo razonables que salvaguarden la salud y derechos del trabajador, así como mecanismos idóneos para que no laboren en exceso. El no establecer pisos mínimos afecta diversos derechos, lo cual no resulta constitucional.

Si bien el Decreto de Urgencia N° 127 -2020 y Decreto Supremo N° 004 – 2021- TR han establecido que en el caso de estos trabajadores el tiempo de desconexión es de al menos doce horas en un período de veinticuatro horas, lo cual, constituye un importante avance para la protección del derecho al descanso del grupo de trabajadores en mención, esta norma solo comprende a los trabajadores que se encuentren realizando trabajo remoto, por lo que consideramos que debería extenderse dicha disposición para trabajadores de confianza, dirección y no sujetos a fiscalización

que también realizan sus funciones de manera presencial o mediante otras modalidades de trabajo a distancia.

18. Si bien el derecho al descanso ya tiene como objetivo la protección del descanso del trabajador y sus alcances implican que el empleador respete este tiempo al no ser parte de la jornada de trabajo, sería importante dictar disposiciones que refuercen el derecho al descanso como un mecanismo de sensibilización para ambas partes de la relación laboral, esto también teniendo como sustento que se protege el derecho a la intimidad y privacidad del trabajador, protección de la seguridad y salud en el trabajo, libertad de decidir qué hacer con su tiempo de descanso como parte del libre desarrollo de la personalidad y salvaguardar y proteger este derecho como parte del principio de buena fe laboral.
19. En el Perú se han dictado disposiciones para reforzar el derecho al descanso. No obstante, consideramos que las mismas no son totalmente idóneas para reforzar el derecho al descanso, pues faltaría establecer lo siguiente:
 - El deber del empleador de realizar acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.
 - Fijar las causales de 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 que justifiquen el trabajo en sobretiempo obligatorio.
 - Regularse de manera general independientemente si el trabajador se encuentra en trabajo remoto.
 - En caso sean horas extras voluntarias también exista una necesidad empresarial razonable y cualquier directriz u orden directa que se realice fuera de la jornada de trabajo a efectos que sea válida resulte idónea, necesaria y proporcional.
 - Establecer límites cuantitativos a las horas extras voluntarias.
 - El deber de los empleadores de distribuir y organizar de manera idónea la carga de trabajo del trabajador a efectos de garantizar el goce efectivo del derecho al descanso y el exceso de trabajo.
 - El deber del empleador que la fijación de horarios y jornadas de trabajo se encuentren conforme a las necesidades psicofísicas del trabajador, compatibilización de los horarios con las necesidades individualizadas del

trabajador y acomodación de descansos conforme a las particularidades del puesto de trabajo y en aras a su seguridad y salud.

20. En los casos de horarios flexibles consideramos que resulta idóneo que tanto el trabajador como el empleador establezcan y acuerden períodos de descanso idóneos y distribución de carga de trabajo adecuada a efectos de que la flexibilidad de estos mismos horarios, no genere que el trabajador este a disposición todo el tiempo y pueda autodeterminar de manera adecuada su tiempo de descanso.
21. Una adecuada planificación y distribución de carga de trabajo e idónea legislación de trabajo en sobretiempo y jornada máxima garantiza también el derecho al descanso y permite que nuestras recomendaciones sean efectivas.
22. La pandemia Covid – 19 ha tenido como consecuencia que la mayoría de personas se encuentren realizando sus funciones de manera remota y en aislamiento domiciliario, lo cual, ha implicado cambios en la forma y modo en la que los trabajadores desempeñan sus funciones. De una fiscalización directa y presencial, se ha pasado a una fiscalización más por resultados y de tareas. Ello ha sido la justificación de muchos países para legislar el derecho a la desconexión digital durante el teletrabajo, trabajo a distancia o trabajo remoto. Sin embargo, consideramos que este derecho es un mecanismo de sensibilización tanto para los trabajadores como empleadores por lo que es necesario que su regulación sea transversal y se aplique a todos los trabajadores sin distinción, al ser también garante de diversos derechos humanos laborales.

Ahora bien, también es importante tomar en cuenta que las TICs independientemente de si el trabajador se encuentra en trabajo remoto o no tienen consecuencia en el ejercicio de funciones del trabajador, pues así sea un trabajador que realice sus funciones de manera presencial al retornar a su domicilio podría ser contactado por el empleador a través de su teléfono móvil, laptop, entre otra herramienta informáticas por lo que consideramos que no debería existir diferenciación pues como hemos visto en el capítulo II, las TICs ya habilitan una comunicación directa e instantánea independientemente donde se encuentren las personas.

BIBLIOGRAFÍA

APLIMEDIA

2020 *15 herramientas digitales para empresas 2020*. Consulta: 5 de diciembre del 2020.

<https://aplimedia.com/herramientas-digitales-para-empresas/>

ARESE, César

2019 “Tiempos modernos: impactos tecnológicos en las relaciones de trabajo”. Consulta: 5 de diciembre del 2020.

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/167697>

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Brian

2018 *Excepciones a la jornada de trabajo: límites y alternativas*. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14140/AVALOS_RODR%c3%8dGUEZ_BRIAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BABACE, Héctor

2002 *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Tendencias de la legislación comparada con especial referencia al derecho uruguayo*. 1ª edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BARCA, Kamila

2020 “27 trabajos con pocas salidas y que podrían desaparecer”. En *Business Insider*. Consulta: 5 de diciembre del 2020.

<https://www.businessinsider.es/10-trabajos-van-desaparecer-proximas-decadas-555013>

BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel

2016 *Tiempo de Trabajo y Tiempo de Descanso*. Tesis Doctoral para optar el grado de doctor por la Universidad de Alicante con mención de

doctor internacional. Alicante: Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, Departamento del Trabajo y de la Seguridad Social.
rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77388/1/tesis_miguel_basterra_hernandez.pdf

BATES ESPEJO, Christian

2021 La falta del goce oportuno del descanso vacacional debe generar el derecho del trabajador a su posterior disfrute. Consulta: 16 de mayo del 2021.

<https://www.galvezmonteagudo.pe/gm-en-derecho-laboral-la-falta-del-goce-oportuno-del-descanso-vacacional-debe-generar-el-derecho-del-trabajador-a-su-posterior-disfrute/>

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2020 “El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías”. En SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en época de cambios*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 557-623.

BOZA PRO, Guillermo

2014. “Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo”. *THĒMIS-Revista De Derecho*. Lima, núm. 65, pp. 13-26.

BUSTILLO PORRO, Vicente

2002 *Integración educativa de las NNTT en la sociedad del conocimiento: influencia del proyecto atenea en la educación obligatoria en Palencia*. Tesis para optar el grado de doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Educación.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE

2018 *Modifica el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo para establecer el derecho a la desconexión digital de trabajadores de los sectores público y privado*. Santiago, 11 de diciembre del 2018.

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=44456&formato=pdf>

CANESSA, Miguel

2009 “Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional”.
Revista de Derecho PUCP. Lima, núm. 63, pp. 349-373.

CANALES PARGA ABOGADOS LABORALES

2019 *Desconexión digital: Cámara de Diputados aprueba idea de legislar sobre la materia*. Consulta: 25 de octubre del 2020.

<file:///C:/Users/Computer/Downloads/Actualidad%20Laboral%20-%20Desconexi%C3%B3n%20Digital.pdf>

CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo

2017 “El Trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Montevideo, núm. 31, pp. 103-123. Consulta: 24 de noviembre del 2020.

http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/452/607

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario. Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés.

2020 “Frustración del cumplimiento por evento extraordinario: una construcción desde el Civil Law”. *Derecho de los Desastres: Covid-19, Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 103-116, 2020.

<https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2020/09/Tomo-I-Per%C3%BA.pdf>

CIUDAD-VALLS, Iván

2020 *La televida: analfabetos digitales tecnoestresados*. Consulta: 16 de mayo del 2021.

www.adeccoinstitute.es/opinion-del-experto/la-televida-analfabetos-digitales-tecnoestresados/

COBO ROMANI, Juan Cristóbal

2009 “El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento”. *Revista de Estudios de Comunicación*. País Vasco, vol. 14, núm. 27, pp. 295-318. Consulta: 16 de noviembre del 2020.

<https://ojs.ehu.es/index.php/Zer/article/view/2636/2184>

COMISIÓN EUROPEA

2017 Comunicación al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Trabajo más seguro y saludable para todos - modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo. Fecha de consulta: 15 de mayo del 2021.

<https://eur-lex.europa.eu/legal>

[content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012)

COSTA ALMADA LIMA, Claudia

2016 *La protección del derecho al trabajo (Digno): entre el garantismo y la flexibilidad*. Tesis para optar al título de Doctora por la Universidad de Barcelona. Barcelona: Universidad de Barcelona. Consulta: 15 de noviembre del 2020.

www.tdx.cat/handle/10803/400085

CRÓNICA GLOBAL

2021 *Inspección de trabajo sanciona a Prosegur por vulnerar la desconexión de sus empleados*. Consulta: 8 de enero del 2021.

https://cronicaglobal.lespanol.com/business/inspeccion-trabajo-sanciona-prosegur-por-vulnerar-desconexion-sus-empleados_390297_102.html

CREMADES CHUECA, Oriol

2021 ¿Un pequeño paso hacia la regulación de la desconexión digital en la Unión Europea? Consulta: 12 de febrero del 2021

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/09/legal/1612904590_958285.html

CRUZ VILLALÓN, Jesús

2017 “La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”. *Temas Laborales*. Sevilla, núm. 138, pp. 13-47. Consulta: 10 de noviembre del 2020.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552388&orden=1&info=link>

CUADROS GARRIDO, María Elisa

2017 *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Tesis para optar el grado de doctora. Murcia: Universidad de Murcia, facultad de derecho.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=155120>

DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA

1997 *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo

2015 *El ius resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*. Tesis para optar el grado de magíster. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4447/DE_LAMA_LAURA_MANUEL_IUS_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DEL REGNO, Leandro

2012 “La importancia del análisis del contexto”. *Petrotecnia*. Buenos Aires, año LIII, pp. 80-85. Consulta: 5 de diciembre del 2020.
<http://www.petrotecnia.com.ar/febrero12/Petro.pdf>

DOLORIER TORRES, Javier y Paola Andrea DEL VILLAR JARA

2011 “Dicotomía entre la facultad directriz y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en la relación laboral”. *Gaceta Constitucional*. Lima, núm. 44, pp. 33-42.

EL MUNDO

2016 *Profesiones que desaparecen y otras que son el futuro pero aún no existen*. Consulta: 5 de diciembre del 2020.
<https://www.elmundo.es/economia/2016/01/30/56aba00222601d457c8b465f.html>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

2006 “Comentario al art. 2 inc. 1 de la Constitución Política del Perú”. En *GACETA JURÍDICA. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 12-41.

FORNO ODRÍA, Hugo.

2020 “Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato”. *Derecho de los Desastres: Covid-19, Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 117-150.
<https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2020/09/Tomo-I-Per%C3%BA.pdf>

GALLARDO GARCÍA, Rosa M.

2016 *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*. Editores Comares: Granada.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio

2013 “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena”. *Estudios Constitucionales*. Año 11, núm. 1, pp. 425-458.
scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso

GIL-MONTE, Pedro R.

2012 “Riesgos psicosociales en el trabajo y salud ocupacional”. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*. Lima, vol. 29, núm. 2, pp. 237-241.
<https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/348>

GONZALEZ NOVOA, Ricardo y Ariel WOLYVOVICS ERGAS

2009 *Análisis crítico del Derecho al Descanso Laboral en Chile. Aspectos doctrinarios, legalidad contingente y experiencia nacional e internacional en la modernización del concepto.* Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago: Departamento de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
repositorio.uchile.cl/handle/2250/106917

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan

2014 “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”. *THEMIS-Revista de Derecho*. Lima, núm. 65, pp. 59-80.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

2014 *Informe de Derechos Humanos para estudiantes.* Santiago de Chile
<https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/informe-estudiantes-ddhh-segunda-edicion.pdf>

IRURETA URIARTE, Pedro

2011 “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”. *Revista Ius Et Praxis*. Santiago de Chile, núm. 2, año 17, pp. 133-188.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art07.pdf>

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony

2006 “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿Avance o retroceso?”. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Barranquilla, núm. 25, pp. 289-307.

LANDA ARROYO, César

2014 “El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora”. En *THEMIS – Revista de Derecho*. Lima, núm. 65, pp. 219-241.

LLAMOSAS TRAPAGA, Aida

2015 *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Una relación fructífera no exenta de dificultades*, 1ª edición. Madrid: Dykinson, S.L.

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo

2003 “La articulación de los descansos laborales en el régimen jurídico del tiempo de trabajo”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*. Núm. 2003, pp. 66-88.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2213891

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo

2004 “Orígenes y formación del derecho al descanso semanal”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*. Núm. 2004, pp. 58-89.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2213913

LP PASIÓN POR EL DERECHO

2020 *Sancionan a empresa porque trabajadores solo gozaron 30 minutos de refrigerio [Resolución 303-2020-Sunafil]*. Consulta: 5 de diciembre del 2020.
<https://lpderecho.pe/sancionan-empresa-trabajadores-gozaron-30-minutos-refrigerio-resolucion-303-2020-sunafil/>

MANGARELLI, Cristina

2009 “El principio de la buena fe y su aplicación en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Santiago de Chile, núm. 12, pp. 37-43.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3339264.pdf>

MARTÍN, Rodrigo

2008 “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y los descansos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. *Persona y Derecho*. Navarra, núm. 59, pp. 295-317.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3077496

OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS Y UNIÓN INTERPARLAMENTARIA

2016 *Manual para Parlamentarios N° 26. Derechos Humanos*. Tignieu-Jameyzieu.
https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

PUNTRIANO ROSAS, César

2019 *Cuarto grupo de criterios normativos de Sunafil*. Consulta: 16 de mayo del 2021.

laley.pe/art/7930/cuarto-grupo-de-criterios-normativos-de-sunafil

MEJÍA MADRID, Renato.

2012 “La regulación del tiempo de trabajo”. *Ius Et Veritas*. Lima, núm. 45, pp. 310-323.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal

2017 “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”. *Temas Laborales*. Sevilla, núm. 138, pp. 249-283.

<file:///C:/Users/Computer/Downloads/Dialnet->

[JornadaLaboralYTecnologiasDeLaInfocomunicacionDesc-6552395.pdf](file:///C:/Users/Computer/Downloads/Dialnet-JornadaLaboralYTecnologiasDeLaInfocomunicacionDesc-6552395.pdf)

MONREAL BRINGSVAERD, Erik y otros

2020 *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de derecho del trabajo)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

2010 *Criterio Técnico N° 85/2010 sobre horas extraordinarias por fuerza mayor*. Madrid

https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_85_2010.pdf

NARANJO COLORADO, Luz Dary

2017 “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral”. *Saber, Ciencia y Libertad*. Cartagena, vol. 12, núm. 2, pp. 49-57.

file:///C:/Users/Computer/Downloads/Dialnet-
VicisitudesDelNuevoDerechoALaDesconexionDigital-6556861.pdf

NEVES MUJICA, Javier

2018 *Introducción al Derecho de Trabajo*, 4ta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT)

2005 *Horas de trabajo. ¿De lo fijo a lo flexible?* Ginebra.
www.ilo.org/global/docs/KD00123ES/lang--es/index.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT)

2018 *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Conferencia Internacional de Trabajo N° 107*. Ginebra.
ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang--es/index.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT)

2019 *Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra.
www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

OSORNO ZARO, Miguel Angel

2001 “El derecho al tiempo libre”. *Revista de Derechos Humanos*. México D.F., núm. 52, pp. 69-72. Consulta: 1 de julio del 2020.
revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/23715/21206

OSTERLING PARODI, Felipe.

2007 *Las Obligaciones*, Octava Edición, Lima: Grijley.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

1993 “Jornada y Descansos remunerados en el Perú”. En: *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*. Coordinador: Néstor de Buen, Editorial Porrúa S.A., Argentina, año 1993, p.415 -449.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

2012 “Los derechos laborales inespecíficos”. En *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago, vol. 3, núm. 5, pp. 13-26.

PÉREZ AMORÓS, Francisco

2020 “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Puebla, vol. 14, núm. 45, pp. 257-275.
revistaius.com/index.php/ius/article/view/636

PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel

2019 “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. Madrid, núm. 52, pp. 101-124.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6883975

PODETTI, Humberto A.

1997 “Capítulo 25. Descansos semanal y anual”. En BUEN LOZANO, Néstor y Emilio VALENZUELA. *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México: Academia Iberoamericana de derecho del trabajo y de la seguridad social. Pp. 433- 443.
biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social

RAFFO LECCA, Eduardo, Luis RÁEZ GUEVARA y Orestes CACHAY BOZA

2013 “Riesgos psicosociales”. *Industrial Data*. Lima, vol. 16, núm. 1, pp. 70-79.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/idata/article/view/6420/5642>

RECHE TELLO, Nuria

2019 “La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad”. *IUS Labor*. Barcelona, núm. 3, pp. 31-54.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7191278

RICCI, Giancarlo

2002 “El tiempo de trabajo en España entre tradición y actualidad”. *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. Catania, núm. 4, pp. 3-39.
aei.pitt.edu/613/1/n4_ricci.pdf

ROSENBAUM, Federico

2019 *Manual de Tiempo de Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

SÁEZ LARA, Carmen

2015 “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”. *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*. Andalucía, núm. 130, pp. 243-270.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5238655

SALAZAR CONCHA, Cristian Eduardo

2019 *El tecnoestrés y su efecto sobre la productividad individual y sobre el estrés de rol en trabajadores chilenos: un estudio psicométrico y predictivo*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, Escuela de Doctorado.

SÁNCHEZ BALBOA, Vanessa

2018 *La desconexión laboral, una cuestión a regular*. Consulta: 16 de mayo del 2021.
bloglaboral.garrigues.com/la-desconexion-laboral-una-cuestion-a-regular

SANCHEZ, Carlos y Humberto RIOS

2011 “La economía del conocimiento como base del crecimiento económico en México”. *Enl@ce. Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*. Zulia, año 8, núm. 2, pp. 43-60.

SÁNCHEZ, Edith

2019 “7 graves efectos del exceso de trabajo”. En *La mente es maravillosa*. Consulta: 11 de julio del 2020.

SÁNCHEZ, Luis Javier

2017 *AXA Seguros, empresa pionera en España al introducir el derecho a la desconexión digital en su convenio colectivo*. Consulta: 8 de enero del 2021.

https://confilegal.com/20170721-axa-seguros-empresa-pionera-en-espana-al-introducir-el-derecho-a-la-desconexion-digital-en-su-convenio-colectivo/?doing_wp_cron=1613158511.3194489479064941406250

SERRANO ARGUESO, Mariola

2019 “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”. *IUS Labor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*. En línea, núm. 2, pp. 8-31.

<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/361269/455987>

SOSA SACIO, Juan Manuel

2018 “Libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, núm. 23, pp. 177-2013.

SUAZNABAR, Claudia y Paulina HERNRIQUEZ

2020 *Transformación digital empresarial ¿Cómo nivelar la cancha?* Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Transformacion-digital-empresarial-Como-nivelar-la-cancha.pdf>

TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne

2019 “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*. País Vasco, núm. 42, pp. 1-32.

www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/21250/192

13

TORRECILLA, Jorge

2020 “Herramientas tecnológicas en la gestión empresarial”. En *Astraps*.
Consulta: 5 de diciembre del 2020.
<https://www.astraps.com/articulo/1610/herramientas-tecnologicas-en-la-gestion-empresarial/>

TRUJILLO PONS, Francisco

2020 La desconexión digital en el ámbito laboral. España, Valencia: Tirant lo blanch

TRUJILLO PONS, Francisco y Daniel TOSCANI GIMÉNEZ

2020 La desconexión digital en el trabajo. España, Madrid: Aranzadi.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

2005 “Puntos críticos sobre las vacaciones en el sistema peruano”. En *Ius Et Veritas*. Lima, núm. 25, pp. 250-267.

ULLOA MILLARES, Daniel

2017 *El tiempo de trabajo en España y Perú. Ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*. Tesis Doctoral. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha.
ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/15052/TEISIS%20Ulloa%20Millares.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VIDAL SALAZAR, Michael

2009. “Los derechos laborales en las constituciones peruanas”. *Foro Jurídico*. Lima, núm. 9, pp. 167-176.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18528>

WORKMETER

2020 *¿Cuáles son las herramientas para el control de empleados?*.
Consulta: 5 de diciembre del 2020.
<https://es.workmeter.com/blog/bid/290027/6-herramientas-concretas-para-el-control-de-empleados>