

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 2, n.º 2, julio-diciembre, 2020

ISSN: 2708-9274 (*online*)

DOI: <https://doi.org/10.47308/rdpt.v2i2.3>

ASPECTOS PROCESALES A PARTIR DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

ON THE PROCEDURAL ASPECTS OF THE VIOLATION OF THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION

CARLOS JIMÉNEZ SILVA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: cjimenezs@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8338-8068>

RESUMEN

A través del presente artículo, se pretende demostrar que el derecho a la desconexión digital se aplica sin ninguna distinción a toda categoría de trabajadores, inclusive a los que las normas infraconstitucionales consideran fuera de la jornada máxima. Asimismo, se busca responder a las siguientes preguntas: ¿cuál sería la demanda a presentar frente a la violación al derecho a la desconexión digital? y ¿a quién correspondería la carga de la prueba dentro del proceso? Concluiremos que, al haber vacíos normativos, es necesario hacer precisiones respectivas.

Palabras clave: desconexión digital, jornada laboral, carga de la prueba, normas infraconstitucionales, fiscalización, acto de hostilidad.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate that the right to digital disconnection must be applied without any distinction to all categories of workers, including those considered outside the maximum working hours by infra-constitutional regulations. Likewise, it seeks to answer the following questions: what would be the lawsuit to file against the violation of the right to digital disconnection? And who would bear the burden of proof within the process? We will conclude that, as there are regulatory gaps, it is necessary to make respective clarifications.

Key words: digital disconnection, working hours, burden of proof, infra-constitutional rules, control, act of hostility.

Recibido: 18/10/2020 Aceptado: 30/10/2020

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo desarrollar el tema del derecho a la desconexión digital, tanto de los trabajadores sujetos a jornada máxima de trabajo como de los que no lo están, así como de aquellos que están bajo la institución del trabajo ágil o bajo resultados. Asimismo, se busca contestar las siguientes interrogantes: ¿bajo qué tipo de acción judicial se debe iniciar el reclamo por violación al derecho a la desconexión digital? y ¿a quién corresponde la carga de probar dicha violación?

Resulta aparentemente contradictorio que se señale en la Constitución peruana que el trabajador tiene una jornada máxima de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, y que a nivel infraconstitucional se establezcan determinadas categorías de trabajadores que están excluidas de dicho derecho constitucional. Estos trabajadores

supuestamente se encuentran fuera del derecho a la desconexión digital; y en cualquier momento del día estarían teledisponibles. A ello hay que añadir que, de acuerdo a la Constitución y a las normas de la OIT ratificadas por el Perú, el trabajador tiene derecho al descanso semanal obligatorio, que no podría materializarse si el trabajador está teledisponible todos los días de la semana¹.

El tema resulta relevante debido a que, como consecuencia de la pandemia que estamos viviendo (producto del coronavirus SARS-CoV-2), se plantean diversos trabajos a distancia, utilizando las tecnologías de la información con conexión o sin conexión digital. Es por ello que se deben establecer límites a la facultad organizativa y de dirección del empleador, la cual deriva de la libertad de empresa, regulada en el artículo 59 de la Constitución y, a nivel infraconstitucional, en el artículo 9 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El método a utilizar aquí será el inductivo; así, partiremos de la realidad socioeconómica representada por la descentralización del trabajo, utilizando como herramienta para transmitir los frutos del trabajo, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, para a partir de esta forma de trabajo desarrollar la institución de la desconexión digital y el desarrollo de sus aspectos procesales.

2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y LA BASE CONSTITUCIONAL

Podemos definir el derecho a la desconexión digital a partir del trabajo realizado fuera de las instalaciones de la empresa utilizando las

1 Al respecto, véanse el artículo 25 de la Constitución, y el artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 106, ratificado por el Perú el 11 de julio de 1988, con lo que forma parte del derecho nacional, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución.

tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), mediante herramientas como *tablets*, *laptops*, computadoras y aplicativos de celular. En el ámbito laboral, el derecho a la desconexión estará en función al tipo de trabajo que realiza la persona que se vincula.

Este derecho puede vincularse con las transformaciones que las nuevas tecnologías de las comunicaciones están introduciendo en las relaciones laborales, de tal forma que los conceptos «lugar» y «tiempo», con relación al trabajo, se van difuminando, y se configuran nuevas formas de empleo centradas en el cumplimiento de objetivos, resultados o proyectos, y basados en la autonomía del trabajador (Cervilla, 2017, p. 434).

El problema central a solucionar es que actualmente el trabajador que presta las labores fuera de las instalaciones a través de las TIC puede estar disponible en cualquier momento, gracias a la teledisponibilidad. Esta situación genera consecuencias en la salud física y mental del trabajador (como el tecnoestrés y la obesidad digital), y pueden terminar desapareciendo las fronteras temporales-espaciales entre el trabajo y el espacio individual y familiar. Por ello, es importante regular límites en cuanto a un horario diario máximo de teledisponibilidad y, como consecuencia de ello, ejercer el derecho a la desconexión digital, así como el respeto al día libre de descanso.

El artículo 25 de la Constitución establece límites a la jornada de trabajo, señalando que esta será de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, sin hacer ninguna excepción. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Entonces, ¿cómo es posible que determinadas categorías de trabajadores estén excluidas de una jornada máxima de trabajo, y como consecuencia de ello no deban marcar ingreso y salida? Se trata de trabajadores de dirección, intermitentes,

y no sujetos a fiscalización inmediata. Ciertamente, estas normas terminan estableciendo excepciones no señaladas por la Constitución².

3. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y CATEGORÍAS DE TRABAJADORES EXCLUIDAS POR NORMAS INFRACONSTITUCIONALES. EL TRABAJO ÁGIL (LAVORO AGILE)

El derecho al ejercicio de la desconexión digital es materia de preocupación en tanto están de por medio las fronteras del tiempo de trabajo y tiempo de descanso del trabajador. Por lo tanto, termina siendo un derecho y, a su vez, un deber que debe ser abordado en primera instancia a través de la negociación colectiva, que tiende a ser una fuente de solución de conflictos al interior de la empresa, sobre la base del principio de autonomía colectiva, manifestación colectiva del principio de autonomía de la voluntad. De este modo, las partes deben ser las que regulen el contenido de la negociación colectiva que se celebre a un nivel determinado.

El hecho de que la negociación colectiva sea autónoma está de acuerdo con el Convenio 98 de la OIT, ratificado por el Perú mediante Resolución n.º 14712 del 18 de noviembre de 1963, y con lo cual forma parte del derecho nacional de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución. En tal sentido, a través del convenio se debe estimular y fomentar, entre empleadores y trabajadores, el pleno uso y desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de regular mediante contratos colectivos las condiciones de empleo.

2 Ver artículo 5 del Decreto Supremo n.º 007-2002-TR, que aprueba el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. Asimismo, el artículo 10 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2002-TR, y el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 004-2006-TR, que aprueba disposiciones sobre el registro de control de asistencia y salida en el régimen laboral de la actividad privada.

Así, debe haber libertad de los interlocutores sociales en una negociación colectiva para establecer el contenido negocial que crean pertinente en una convención colectiva, en la que se deba incluir, por ejemplo, temas como el derecho a la desconexión digital. Solo a falta de acuerdo será de aplicación lo señalado en el artículo 25 de la Constitución en cuanto a la jornada máxima y el descanso semanal obligatorio.

Los contenidos aptos a ser materia del convenio colectivo de trabajo y el derecho a la desconexión digital (teniendo en cuenta el fomento a la negociación colectiva, garantizada en el artículo 28, inciso 2, de la Constitución, como forma de solución de conflictos) pueden ser los siguientes:

- Que el trabajador conteste mensajes fuera del horario laboral, dejando a voluntad del trabajador contestar los mensajes fuera de las horas de trabajo; es decir, él decide si respeta o no su tiempo de descanso.
- Que se prohíba que los trabajadores envíen correos electrónicos fuera del horario de trabajo. Para garantizar ello, se pueden implementar medidas técnicas como la instalación de *softwares*.
- Que se suprima el aviso sonoro de llegada de mensajes o correos. Esto puede ir de la mano con el bloqueo técnico de las aplicaciones relacionadas con el trabajo que estén instaladas en el celular o en cualquier otro instrumento electrónico.
- Que, opcionalmente, se instale un procedimiento de seguimiento para asegurar que el trabajador cumpla con sus obligaciones en relación con los tiempos de descanso.
- Que se establezcan prohibiciones para evitar el ejercicio desproporcionado del poder de dirección del empleador, tales como la prohibición de mandar mensajes durante el tiempo de descanso o de vacaciones. Esto va de la mano con realizar entrevistas al trabajador para vigilar el cumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud en el trabajo. En este punto, tomando en cuenta la legislación

vigente en el Perú, podría haber una excepción de obligar a prestar servicios más allá de la jornada de trabajo, en los casos justificados en los que la labor resulte indispensable como consecuencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva³.

- Que se puedan adoptar medidas como el establecimiento de un tiempo al mes sin correo electrónico o sin mensajes como medio para el fomento de la comunicación personal directa (2017, p. 442).

El problema de implementar estas medidas en relación con la desconexión digital radica en que determinadas categorías de trabajadores están excluidas de la jornada máxima de trabajo, por la naturaleza de los servicios que prestan. Tal es el caso del personal de dirección, del personal que realiza labores intermitentes y del que realiza servicios no fiscalizados. Estos trabajadores no tienen jornada máxima de acuerdo a las normas que regulan tanto la jornada, horario y trabajo en sobretiempo, como las que están vinculadas al registro de ingreso y salida en el trabajo.

Sobre el particular, se debe garantizar también la seguridad y salud en el trabajo de aquellas personas que están fuera de las instalaciones de la empresa, o de aquellas que no tengan una jornada efectiva sino intermitente. Es por ello que se debe considerar que, al tener la obligación de tener conectado el celular para poder ser localizado (la tecnodisponibilidad), se pueden originar enfermedades profesionales vinculadas al trabajo a distancia mediante las tecnologías de la información.

Frente a ello, es importante tener en cuenta el principio de jerarquía, que se manifiesta cuando el operador del derecho aplica la norma a una situación determinada. El magistrado o la persona que realiza un

3 Artículo 9 del Decreto Supremo n.º 007-2002-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo.

arbitraje de derecho, en tales supuestos, debe aplicar el artículo 25 de la Constitución, en aplicación del artículo 51 de la Constitución. En este supuesto prima lo señalado por la Constitución frente a las normas infraconstitucionales, en tanto el artículo 25 de la norma constitucional no excluye a ninguna categoría de trabajadores de la jornada máxima legal ni del descanso semanal obligatorio⁴.

En tal supuesto, la premisa para determinar el derecho a la desconexión digital del personal sin jornada máxima laboral debe estar enmarcado por el horario del trabajo de la empresa, y ello supone que, fuera del horario de trabajo de la compañía, el personal no sujeto a jornada máxima no debería tener la obligación de contestar llamadas, correos, ni mensajes de WhatsApp. Lo mismo debe suceder en el día de descanso semanal obligatorio, garantizado constitucionalmente.

Recientemente, se ha emitido una norma que regula por primera vez en forma expresa el derecho a la desconexión digital del trabajador, por la 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 períodos de suspensión de la relación laboral⁵; aunque la norma hace referencia al trabajo remoto y no al teletrabajo, a pesar de que ambos presentan diversas diferencias.

4 El Convenio 106 de la OIT, ratificado por el Perú, señala el derecho al descanso vacacional, el cual forma parte del derecho nacional, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución.

5 Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia n.º 026-2020, realizada por medio del Decreto de Urgencia n.º 127-2020, publicado el 1 de noviembre de 2020.

Diferencias entre el trabajo remoto y el teletrabajo

| TIPO DE DIFERENCIAS | TRABAJO REMOTO | TELETRABAJO |
|--|--|---|
| LUGAR | En el territorio nacional o extranjero, en el lugar de aislamiento domiciliario. | Dentro del territorio nacional, en el lugar que decida el trabajador con su empleador: puede ser en un centro piloto, en forma itinerante o en el domicilio del trabajador. |
| CONTENIDO | Medios tecnológicos u otros. | Solo medios tecnológicos. |
| FORMA | Unilateral. | Acuerdo de partes. |
| TIEMPO | Hasta el 31 de julio de 2021. | Por el tiempo que acuerden las partes, con presencia esporádica en el centro de trabajo o en forma mixta dentro y fuera del mismo. |
| ENTREGA DE LOS MATERIALES PARA REALIZAR EL TRABAJO | El trabajador. | El empleador o el trabajador. |

En relación con el trabajo remoto realizado en el sector privado, hay una remisión a las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente. En tal sentido, el empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital.

En relación con los 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 período de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral.

Tratándose del sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) podrá emitir disposiciones complementarias sobre la presente materia.

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL PARA EL PERSONAL CON FISCALIZACIÓN INMEDIATA

De acuerdo con lo señalado en el numeral anterior, es claro que el personal en general debe tener derecho a la desconexión digital fuera de su jornada de trabajo. La diferencia respecto al personal sin jornada máxima de trabajo es que en esta categoría de trabajadores será necesario establecer, como mecanismo para que opere el derecho a la desconexión digital, el horario de trabajo dispuesto en la empresa o compañía; aunque el tema se ha regulado recientemente, estableciendo que el derecho a la desconexión sea de al menos doce horas continuas en un período de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral. Sin embargo, estas disposiciones son para el personal que realiza labores de trabajo remoto, y no se hace referencia al teletrabajo, institución distinta en el derecho laboral. Al respecto, cabe señalar que hay necesidad de disposiciones que hagan referencia al teletrabajo, porque el empleador debe garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores; y es que al no haber límites a la jornada, se podrían dar enfermedades asociadas con el trabajo en exceso a través de las TIC.

En relación con los supuestos de excepción a la jornada máxima (consistentes en poder obligar a trabajar, fuera de la jornada máxima u horario de trabajo de la empresa), aquellos que ocurren por caso fortuito o por motivos de fuerza mayor, aquí se deben garantizar otros derechos constitucionales, como el derecho a la salud y la propiedad; en tal sentido, tienen que ser materia de ponderación a través del principio de proporcionalidad.

Este principio permite apreciar la constitucionalidad de la medida restrictiva de un derecho fundamental siempre que resulte adecuada al fin perseguido; a su vez, la decisión acerca de si el derecho fundamental debe adoptarse comprobando si supera o no un triple test consistente en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, siendo la conclusión

que, siempre que el poder directivo de la empresa se mueva dentro de las coordenadas de este triple test, se podrá restringir el alcance de los derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa (Sempere et al., 2011, pp. 25-26).

5. ¿QUÉ TIPO DE ACCIÓN JUDICIAL SE PUEDE INICIAR PARA RECLAMAR LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL?

El derecho a exigir el cumplimiento de obligaciones sociolaborales, como el respeto a la jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso semanal, no está regulado en forma expresa dentro de la competencia de magistrados. Sin embargo, se puede establecer que este derecho es propio de los Juzgados Especializados de Trabajo, en tanto se trata de una pretensión no cuantificable relativa a la protección de un derecho individual a la jornada máxima de trabajo y al descanso semanal obligatorio, entre otro tipo de licencias y descansos, que se vulnerarían de no existir la posibilidad de exigir al empleador que cumpla con el derecho a la desconexión digital del trabajador, fuera de la jornada de trabajo, y en el día de descanso semanal obligatorio⁶.

También podría estar dentro del supuesto de cese de actos de hostilidad o de indemnización por despido indirecto como competencia de los Juzgados Especializados de Trabajo, si consideramos que la violación del derecho a la desconexión digital está comprendido como un acto de hostilidad, referido a una inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o

6 El II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, realizado el 8 y 9 de mayo de 2014, en su Acuerdo n.º 5, reconoció la competencia del Juzgado Especializado de Trabajo para conocer demandas no cuantificables, en tanto los Juzgados de Paz no son competentes. Aquí señalemos que si bien es cierto que los Plenos Jurisdiccionales Supremos Laborales no son vinculantes, sí son relativamente vinculantes o referenciales en tanto sirven para concordar la jurisprudencia dispersa. De acuerdo con lo señalado por el artículo 40 de la Ley Procesal del Trabajo, solo son vinculantes en materia laboral los plenos casatorios.

salud del trabajador, de acuerdo con la teoría que se desarrolla en el siguiente punto. Esto sería aplicable si el tema no estuviera regulado convencionalmente; porque, de estarlo, se podría demandar por el incumplimiento de convenios colectivos de trabajo o contratos de trabajo.

Aquí cabe señalar nuevamente que, de forma reciente, se ha regulado el derecho a la desconexión; pero que, al mencionar al teletrabajo, se hacen referencias al trabajo remoto, sin importar que ambos sean conceptos que, como ya se ha señalado, presentan entre sí marcadas diferencias.

6. ¿PUEDE SER CONSIDERADA LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO UN ACTO DE HOSTILIDAD DEL EMPLEADOR EQUIPARABLE AL DESPIDO?

Por el principio de legalidad, nadie puede ser procesado ni sancionado si el incumplimiento no está previsto en la ley⁷. Este principio está vinculado con el principio de tipicidad, que supone que la conducta de la persona tiene que estar dentro del supuesto establecido en la norma. En el caso específico de los actos de hostilidad, solo se regulan aquellos equiparables al despido, dentro de los cuales no está contemplado en forma expresa el derecho a la desconexión digital.

Entonces, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Se puede interpretar que el derecho a la desconexión digital está comprendido en algún supuesto de los actos de hostilidad equiparables al despido?⁸

Al respecto, se pueden plantear dos teorías. La primera implica una interpretación amplia, que entiende que el derecho a la desconexión digital estaría incluido dentro del supuesto de la inobservancia de

7 Según el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, que regula el principio de legalidad.

8 Artículo 30 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

medidas de higiene y seguridad que puedan afectar o poner en riesgo la vida o salud del trabajador; de este modo, se toma en cuenta que la violación del derecho a la desconexión digital del trabajador puede originar enfermedades como el tecnoestrés, la tecnoansiedad, la obesidad digital y otras, vinculadas a las TIC y a las largas jornadas. Aquí, frente al principio protector y considerando el artículo 26, inciso 3, de la Constitución, en caso de duda insalvable, debe interpretarse la norma en el sentido que beneficie más al trabajador.

La segunda teoría adopta más bien una forma restrictiva. Parte del supuesto de que, al no estar regulado en forma expresa, el derecho a la desconexión digital no puede ser un acto de hostilidad equiparable al despido. Además, debido a que los actos de hostilidad restringen el derecho al ejercicio del poder de dirección del empleador (pues se trata de proteger derechos superiores al mismo), el derecho a la desconexión digital no se puede aplicar por analogía, de acuerdo con el artículo 139, inciso 9, de la Constitución.

7. ¿A QUIÉN CORRESPONDE PROBAR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DENTRO DE UN PROCESO JUDICIAL?

Para determinar quién tiene la carga de la prueba en un proceso donde se demanda el cumplimiento del derecho a la desconexión digital, frente al establecimiento de límites a la jornada de trabajo y al descanso semanal obligatorio, es importante determinar frente a qué proceso judicial estamos. De este modo, hay que precisar si se trata de una demanda por incumplimiento de disposiciones constitucionales que señalan el establecimiento de una jornada máxima de trabajo y el descanso semanal obligatorio (las cuales se actuarán a falta de regulación, mediante un acuerdo), o si se trata de una demanda de cese de actos de hostilidad o de indemnización por despido indirecto.

Si estamos dentro del primer supuesto, el trabajador tiene la carga de la prueba en relación con la prestación de servicios, fuera de la jornada

de trabajo, por intermedio de las tecnologías de la comunicación. Para este fin, el colaborador tendrá que presentar como evidencia correos electrónicos enviados por la empresa, llamadas de WhatsApp, entre otros. Asimismo, dentro de un proceso judicial, el colaborador tiene la opción de pedirle al empleador la exhibición de documentos (como, por ejemplo, el registro de asistencia). Este último tiene la obligación de contar con dichos documentos, por medios digitales; en el caso de que no los exhiba, el juez puede aplicar una presunción legal en contra de los intereses de la empresa, en aplicación de lo señalado en el artículo 29 de la Ley Procesal del Trabajo, atendiendo la conducta asumida por la empresa dentro del proceso, declarando en consecuencia fundada la demanda⁹.

En el caso del segundo supuesto, la Ley Procesal del Trabajo establece que es el trabajador el que debe probar el acto de hostilidad padecido, o el hecho del despido de acuerdo a la norma que regula las relaciones individuales de trabajo¹⁰.

Es por ello que es trascendente definir cuál es la vía adecuada frente a la violación del derecho a la desconexión digital. Finalmente, si la desconexión digital está regulada convencionalmente, el trabajador tendrá la obligación de probar la existencia de la fuente convencional que regule el derecho cuyo cumplimiento se exige¹¹.

9 Puede verse la Casación Laboral n.º 17885-2017-DEL SANTA del 18 de diciembre de 2019, y el Acuerdo n.º 5 del II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral y Procesal Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, realizado el 9 de octubre de 2020.

10 Según el artículo 23, numeral 23.3, literal b), de la Ley Procesal del Trabajo, en relación con el acto de hostilidad padecida, el trabajador tiene la carga de la prueba. En relación con el hecho del despido indirecto, el trabajador también tiene la carga de la prueba, no solo por la norma antes invocada, sino por el artículo 37 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

11 Artículo 23, inciso 23.3, literal a), de la Ley Procesal del Trabajo.

8. CONCLUSIONES

1. Partiendo del derecho constitucional a la jornada máxima y al descanso semanal obligatorio, no se puede excluir a ningún trabajador, en tanto no es posible hacer distinciones cuando la Constitución no los hace.
2. El derecho a la desconexión digital es aplicable tanto a los trabajadores que están obligados a marcar ingreso y salida como a los que no lo están; por otra parte, el derecho constitucional a la jornada máxima y al descanso semanal obligatorio es aplicable a todos los trabajadores, sin excepciones. Si bien es cierto que se ha regulado recientemente el derecho a la desconexión digital de los trabajadores no sujetos a jornada máxima, las normas a las que se hace referencia están vinculadas al trabajo remoto y no al teletrabajo, a pesar de que ambos conceptos tienen marcadas diferencias.
3. Se puede demandar al empleador por el incumplimiento del derecho a la desconexión digital ante el Juzgado de Trabajo, por el incumplimiento a la normativa sociolaboral en relación con la jornada máxima y al descanso semanal remunerado, o por el cese de actos de hostilidad debidos a la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que puedan poner en riesgo la vida y salud del trabajador. Esto último se debe a que, si no hay límites en la jornada y en el descanso semanal, se pueden dar enfermedades vinculadas a la no desconexión digital (como el tecnoestrés o la obesidad digital).
4. También es posible (en el supuesto de que se asuma que es un acto de hostilidad equiparable al despido del trabajador) demandar una indemnización por despido arbitrario, derivada de un despido indirecto originado por un acto de hostilidad consistente en la inobservancia de las medidas de higiene y seguridad que puedan afectar la vida y seguridad del trabajador.

5. De estar regulado convencionalmente el derecho a la desconexión digital, se puede demandar por incumplimiento del acuerdo, considerando que el trabajador tiene la carga de la prueba de la existencia del mismo.
6. El trabajador tiene la carga de la prueba en relación con la prestación de servicios fuera de la jornada de trabajo, a través de las tecnologías de la comunicación, para lo cual el colaborador tendrá que presentar como evidencia correos electrónicos enviados por la empresa, llamadas de WhatsApp, entre otros. La excepción ocurre en el caso de que, dentro de un proceso judicial, el colaborador le pida al empleador la exhibición de documentos, y este último no los exhiba. En dicho supuesto, el juez puede aplicar la presunción legal en contra de los intereses de la empresa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 29 de la Ley Procesal del Trabajo, atendiendo la conducta asumida por la empresa dentro del proceso, declarando en consecuencia fundada la demanda.
7. De hacerse la demanda por la violación al derecho a la desconexión digital como un acto de hostilidad vinculado a la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que puedan afectar o poner en riesgo la vida y salud del trabajador, se debe probar el acto de hostilidad padecido, o el hecho del despido de darse por desvinculado en forma indirecta.

9. RECOMENDACIONES

1. Se debe determinar, a partir de una modificación legislativa, qué magistrado es competente para conocer los procesos judiciales por desconexión digital.
2. Que se modifique o precise si la violación al derecho a la desconexión digital constituye un acto de hostilidad; de ser así, la competencia es de los Juzgados de Trabajo.

3. Es importante que se modifique a nivel infraconstitucional el derecho a la desconexión digital, señalando que es aplicable a los trabajadores no obligados a marcar ingreso y salida, en el caso específico del teletrabajo, y no solo a los vinculados mediante forma remota. La modificación debe consistir en que los trabajadores solo podrán estar teledisponibles durante el horario de trabajo de la empresa, y por los días en que se trabaje en la misma, respetando el día de descanso semanal obligatorio, y los días en que se encuentre en licencia el trabajador, en concordancia con el derecho constitucional a la jornada máxima y al descanso semanal obligatorio. Este derecho se activará, a falta de acuerdo entre los trabajadores, mediante herramientas como la convención colectiva, teniendo en consideración que el Estado garantiza la negociación colectiva como un medio de solución de conflictos.

REFERENCIAS

- Cervilla Garzón, M. J. (2017). Avances en Italia y España hacia la regulación del derecho a la desconexión tecnológica y el nuevo «lavoro agile». En Mella Méndez, L. (dir.) y Serrani, L. (coord.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)* (pp. 433-463). Bern: Peter Lang.
- Congreso de la República (1963). Resolución Legislativa n.º 14712. Lima: 18 de noviembre de 1963.
- _____ (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- _____ (1996). Ley n.º 26636, Ley Procesal del Trabajo. Lima: 14 de junio de 1996.
- Organización Internacional del Trabajo (1949). *C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm.*

98). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243

_____ (1957). *C106 - Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106

Poder Judicial (2014). II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral. Lima: 8 y 9 de mayo de 2014.

_____ (2019). Casación Laboral n.º 17885-2017-Del Santa. Áncash: 18 de diciembre de 2019.

_____ (2020). II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral y Procesal Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Lima: 9 de octubre de 2020.

Presidencia de la República (1997). Decreto Supremo n.º 003-97-TR. Lima: 27 de marzo de 1997.

_____ (2002a). Decreto Supremo n.º 007-2002-TR. Lima: 4 de julio de 2002.

_____ (2002b). Decreto Supremo n.º 008-2002-TR. Lima: 4 de julio de 2002.

_____ (2006). Decreto Supremo n.º 004-2006-TR. Lima: 5 de abril de 2006.

_____ (2020). Decreto de Urgencia n.º 127-2020. Lima: 1 de noviembre de 2020.

Sempere Navarro, A. et al. (2011). El alcance de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales. En San Martín Mazzucconi, C. y Sempere Navarro, A. (dirs.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva* (pp. 21-28). Madrid: Aranzadi.