

LA IRRUPCIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN Y ROBOTIZACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: NUEVAS FORMAS DE MATERIALIZACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN Y UNA NECESARIA DELIMITACIÓN

MARIA GRAZZIA ESPINOZA SUÁREZ*

Asociada del área Procesal en Vinatea & Toyama. Abogada y Maestra
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia
Universidad Católica del Perú

* Asociada del área Procesal en Vinatea & Toyama. Abogada y Maestra en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Correo: mgespinoza@pucp.pe Celular: 969-055-401.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías están impactando las relaciones laborales, cuyos principales dos efectos son la tercerización de las economías más avanzadas, con la consecuente aparición de nuevas fórmulas de empleo (trabajo a tiempo parcial, teletrabajo, entre otros) y la externalización de los procesos productivos, que ha traído como consecuencia el resurgimiento de la subcontratación o la generalización del trabajo autónomo a través del empleo de plataformas digitales (Narvaez Turci, 2022, pág. 31).

Esta nueva era digital, cuyos avances y cambios tecnológicos, seguidas de transformaciones sociales han graficado escenarios sin precedentes han sentado las bases para que se hable ya de una “cuarta revolución industrial”. Es a que ahora, a diferencia de sus predecesoras, *“las tecnologías de la información constituyen pues, el eje del nuevo paradigma tecnológico, que ha venido pivoteando sobre tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones”* (Cabero Almenara, 1998).

Al respecto, la doctrina autorizada ha afirmado que las innovaciones tecnológicas surgidas con la aparición de internet se agrupan en dos categorías, a saber: (i) los recursos informáticos, aquellos que posibilitan el tratamiento y procesamiento de la información; y, (ii) los recursos telemáticos, aquellos dirigidos a la comunicación (Castells, 1995). Precisamente, los principales atributos de las tecnologías de la información son las siguientes (Cabero Almenara, 2001):

- a. La interactividad: gracias a su capacidad de interacción se puede intercambiar información entre el ordenador y el usuario, lo que facilita la adaptación de los recursos empleados a las necesidades individuales.
- b. La inmaterialidad de la información: una vez creada, procesada y comunicada gracias a las tecnologías de la información es posible su difusión a cualquier lugar y en cualquier momento.

- c. La instantaneidad de la información: posible gracias a la integración de la informática con redes de comunicación y la integración de la informática con las redes de comunicación.
- d. La interconectividad de las tecnologías de la información: mientras más interconexión exista entre dos o más tecnologías, mayor será la posibilidad de que se originen nuevos recursos tecnológicos.
- e. La digitalización de las tecnologías: la codificación digital de los archivos permite sus tratamientos sin fragmentarlos ni dañarlos, lo que permite su transmisión con altos parámetros de calidad.

En buena cuenta, el nuevo paradigma tecnológico está a disposición de cualquier persona que tenga un dispositivo habilitado para procesar datos y comunicarse. Hemos llegado a un punto que, *“el volumen de datos disponibles es tan inmenso que han surgido plataformas que ofrecen a las empresas servicios de big data¹ para que puedan gestionar con mayor eficacia y Competitividad los datos almacenados de forma remota”* (Narvaez Turci, 2022, pág. 35).

Sumado a que la globalización está propiciando una progresiva digitalización y robotización de los procesos productivos, de las relaciones laborales y de las relaciones sociales, tales como la cada vez más desarrolladas fórmulas de prestación de servicios a través de plataformas digitales y el uso también de creciente de robots dotados de inteligencia artificial diseñados para realizar cualquier tarea. Cabe preguntarnos: ¿las relaciones laborales, como las conocemos, se mantendrán incólumes?

Todo parece apuntar a que no. Esta *Revolución Industrial 4.0* se está extendiendo —a diferencia de las tres primeras— *“de manera universal, irrumpiendo sobre todas economías —sean más o menos desarrolladas—, sobre todos los sectores productivos —sean de cualquier tipo de producción de bienes o de toda clase de prestación de servicios—, ya sea en sectores económicos emergentes o en sectores de los denominados como “maduros”*” (Cruz Villalón, 2017, pág. 16).

La influencia de esta nueva economía digital y automatizada en las relaciones laborales es tan significativa que podría transformar el mundo del trabajo tal como lo conocemos hoy, impactando directamente en su regulación legal.

¹ Entendida como aquella tecnología destinada para *“descubrir patrones de comportamiento de las personas (clientes), predecir tendencias económicas o descubrir relaciones antes desconocidas entre variables que puedan abrir las puertas a la innovación”*. (Gil Gonzáles, 2016).

Por ello, es necesario ampliar las garantías del derecho social al trabajo en plataformas digitales y fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la llamada “empresa panóptica”.

II. LA EMPRESA PANÓPTICA Y NUEVAS FÓRMULAS DE TRABAJO

La necesaria adaptación del ordenamiento laboral a la *Cuarta Revolución Industrial* ha justificado una amplia serie de propuestas de modificación de esta disciplina. Impulsados, principalmente, por la influencia de la elevación de la competencia y cualificación, la aceleración del progreso técnico. Siendo inevitable, naturalmente, el surgimiento e implementación de nuevos modelos de organización del trabajo (Casas Baamonde, 1999, págs. 35-36).

La desintegración de la empresa vertical lleva más de cuatro décadas produciéndose. Las empresas, desde los años setenta, se embarcaron en una profunda modificación de su estructura interna a través de procesos de externalización productiva (redes empresariales, contratas, franquicias...) que han reducido su tamaño y el número de actividades que realizan internamente. A causa de la presión de los mercados de capital por reducir costes, riesgos y mejorar la adaptabilidad de la empresa a las circunstancias del mercado han reducido su estructura al mínimo posible (Todolí Signes, 2023, pág. 68).

En efecto, la explosión en potencia de computación, velocidad y memoria de los ordenadores, así como la creación de tecnología como los códigos de barras, los GPS, los sensores electrónicos, es lo que ha permitido el imparable proceso de la externalización de servicios (Weil, 2014).

Así pues, la principal función de los algoritmos en el trabajo es permitir la automatización de la dirección de las personas trabajadoras, entendida como el proceso de selección, evaluación, vigilancia y control, uso del poder disciplinario, fijación de horarios, distribución salarial y cualquier otra función inherente al poder empresarial dentro del contrato de trabajo. Ahora bien, esta función no tiene por qué quedar limitada al ámbito interno de la empresa (dirección de las propias personas trabajadoras solamente), sino que servirá también para que una empresa pueda automatizar la dirección y control de la fuerza de trabajo de otras empresas de su red (personas trabajadoras autónomas, contratistas, franquicias, etc.) (Todolí Signes, 2023).

De modo tal que las formas tradicionales de control empresarial, propias del modelo taylorista, ya no resulten eficaces para tal propósito y, por tanto, se

han agregado nuevas formas de control, que lejos de aminorar la jerarquía empresarial, la han acrecentado exponencialmente. Es ahí donde nace la necesidad de implementar un nuevo sistema de control apoyado en una vigilancia cuasi permanente sobre su fuerza laboral, por lo que se les atribuye la denominación de *empresas panópticas* que se caracterizan por el uso de tecnología para el acceso a las instalaciones por medio de datos biométricos, dispositivos de monitoreo o incluso programas de análisis de datos y control del tiempo efectivo de trabajo, entre otros.

Estas nuevas formas de control empresarial “*recuerdan al sistema organizativo del Panóptico, entendido como la vista ideal y perfecta, porque todo se ve, no visto y cuyo origen se encuentra en el ámbito penitenciario*²; *ideal distópico al que algunos centros de trabajo se van a acercar, para implementar las medidas que han estado proclamando, porque el control sobre los movimientos, actividades, conversaciones, etc., de cada empleado, en cada lugar, en todo momento, va a ser reflejado y registrado por el sistema implementado por su empleador*” (de Castro Mejuto, 2022, págs. 8-9).

III. NUEVOS MECANISMOS DE CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LA FUERZA DE TRABAJO

En las últimas décadas, a esa forma tradicional de poder y control sobre los trabajadores, se han agregado nuevas formas de control, que lejos de aminorar la jerarquía empresarial, la han acrecentado exponencialmente. ¿En qué consisten estas nuevas tecnologías de poder empresarial? Por una parte, abarcan el control tecnológico-digital de la relación laboral, derivado del auge de las tecnologías de la información. Por otra parte, se encuentra el control emocional, reforzado por el ascenso de la “cultura de los valores empresariales” (Warde, 2007, pág. 47).

2 Jeremy Bentham, descontento con el sistema de prisión inglés, ideó uno nuevo. Sus ideas están plasmadas en uno de sus más famosos tratados, *El Panóptico*, el cual llegó a definir como “*un molino en el que triturar (metafóricamente) a los pícaros hasta hacerlos honestos*”. Ese punto central es la verdadera clave de todo el conjunto, ya que en ella se colocaría una sala o torre desde la que una persona o grupo de ellas pudiera controlar todo el perímetro. Había un detalle más en este novedoso diseño, y era que el vigilante de la torre podría ver a todos los reclusos, pero estos no podrían verlo a él. ¿Cuál es la razón de esto? Según el inglés, de esa manera, además de ahorrarse personal, se lograría generar en los presos una sensación de intensa paranoia, al no saber si sus movimientos estaban siendo controlados o no. Esto les obligaría a comportarse de la mejor manera posible, al no estar seguros de si su actitud podía costarles un severo castigo. Para mayor referencia: <https://filco.es/utilitarismo-filosofia-de-bentham/>

1. Las nuevas formas de control empresarial:

Los sistemas de control utilizados por las empresas para supervisar a sus empleados buscan medir el rendimiento laboral con el fin de planificar el trabajo de manera más eficiente para obtener beneficios o, en su caso, aplicar sanciones por incumplimiento del contrato laboral.

El avance de las nuevas tecnologías y los extraordinarios progresos en videovigilancia en las últimas décadas han hecho que los mecanismos de control empresarial sean cada vez más sofisticados, lo que puede llevar a una posible invasión de la privacidad de los trabajadores, representando un verdadero retroceso en sus derechos y libertades fundamentales. Otro aspecto importante por considerar es que la vigilancia mediante medios digitales ha provocado un aumento significativo en los niveles de estrés laboral de los empleados, generando insatisfacción en el trabajo e incluso un considerable incremento en el número de renunciadas³.

Surge así un conocido dilema respecto a cómo equilibrar la salvaguarda del derecho fundamental a la intimidad y privacidad de los trabajadores y el poder de dirección, legalmente reconocido. Si tuviésemos que preguntarnos cómo es que nace esta necesidad de parte de los empleadores, pues pareciese que la respuesta está en disuadir a quienes pretendan cometer prácticas que atenten contra la buena fe laboral. A continuación, citaremos las más habituales (Narvaez Turci, 2022, págs. 152-165):

- a. **Rastreo en los historiales de búsquedas realizadas en internet:** con el objetivo de poner límites a una posible pérdida de productividad, las empresas restringen el acceso a determinadas páginas web y estudian los historiales de navegación para comprobar si las búsquedas son las realmente necesarias según sus puestos de trabajo.
- b. **La colocación de un dispositivo de localización por vía satélite en los vehículos de la empresa:** con los actuales medios de geolocaliza-

3 El informe llevado a cabo por el *National Work Right Institute* nos ha dado preocupantes cifras. Las estadísticas arrojan que, 2 de cada 3 trabajadores son controlados con métodos electrónicos de vigilancia; situación que ha conllevado a un aumento considerable de los niveles de estrés (Institute, 2004, pág. 2).

Tan es así que, en otro estudio llevado a cabo por *Bell Canada*, se afirma que el 55% de los teleoperadores sufrieron un aumento de sus niveles de estrés como consecuencia de las técnicas de monitoreo impartidas por sus empleadores, lo que les provocó problemas físicos (DiTecco, Cwittco, Arsenault, & André, 1992).

ción digital, los empleadores pueden conocer en cualquier momento la localización geográfica del vehículo y, por tanto, del trabajador que lo conduce. Herramienta que le permitirá conocer al empleador si la ruta empleada es la más adecuada o no; además de identificar a aquellos trabajadores que incumplan con sus roles⁴.

En España, es posible su implementación siempre que se ajuste en base a dos principios: limitación de la finalidad y minimización de datos. En efecto, los Tribunales españoles avalan este sistema localización por GPS en vehículos siempre y cuando el trabajador está informado de su finalidad, así como la utilización que hará el empleador con los datos obtenidos⁵.

- c. **Control sobre el correo electrónico:** para ello se suele incluir en el contrato de trabajo cláusulas en las que el trabajador autoriza a la empresa a controlar y supervisar cuando crea conveniente los correos electrónicos enviados y recibidos desde los equipos proporcionados por su empleador.

Siendo que, en estos casos, pueda quedar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido a favor de toda persona, el Tribunal Constitucional español ha dejado por sentado que en determinadas circunstancias no puede considerar como vulneradora del derecho una intervención que ajuste su actuación a un *“suficiente canon de razonabilidad”*⁶ y cuando exista una *“expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico”*⁷.

- d. **Acceso a las redes sociales de los trabajadores:** durante los procesos de selección, se ha tornado una práctica común que las empresas lleven a cabo búsquedas de perfiles en redes sociales para saber si son aptos para determinados puestos de trabajo o, si durante la relación laboral, sus trabajadores vienen expresando algún tipo de comentario en contra de la empresa (Mitjans Perelló, 2009, pág. 125).

4 A modo de ejemplo, tenemos que la empresa Amazon ha instalado pulseras localizadoras vía GPS a sus repartidoras (Vidal López, 2018).

5 En dicho sentido se han pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 260/2014 del 21 de marzo de 2014, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1937/2017.

6 Sentencia 241/2012 de fecha 17 de diciembre de 2012.

7 Sentencia 170/2013 del 7 de octubre de 2013 del Tribunal Constitucional español.

Como se ha advertido, la materialización en las redes sociales del derecho a la libertad de expresión por parte de los trabajadores podría entrar en conflicto con la libertad de empresa o con el derecho al honor de los representantes de ésta. Por ende, en España, se ha legitimado la potestad del empleador de supervisar las redes sociales de sus trabajadores y también se ha avalado la adopción de severas medidas disciplinarias, imponiéndose como parámetro la aplicación del principio de proporcionalidad para el análisis y sanción de dichos casos⁸.

- e. **El registro de las conversaciones telefónicas:** al amparo del cual, los empleadores, para proteger sus intereses —y en algunos casos de sus clientes— guardan un registro de las llamadas realizadas por sus trabajadores efectuadas por los terminales de propiedad de la empresa. Aunque con el surgimiento de los *smartphones* ya no solo les es posible grabar las conversaciones, sino que además serán titulares de cualquier información que se almacene en la memoria del teléfono móvil.

Al respecto, en la experiencia española, se analizó el caso donde un casino instaló micrófonos que permitieron grabar las conversaciones de sus trabajadores con sus clientes, en el cual se determinó que la celebración de un contrato de trabajo “*no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos [derecho a la intimidad y dignidad humana] para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas*”, concluyendo que la captación de comentarios privados, tanto de los clientes como de sus trabajadores, eran por completo ajenos al interés del empleador e irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales⁹.

- f. **La monitorización de las pulsaciones efectuadas por el trabajador (también llamado *keylogging*):** la revisión de las pulsaciones de las teclas permite al empleador conocer si se cubren las expectativas

8 A modo de referencia invocamos la Sentencia 1736-2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 8 de junio de 2017; así como la Sentencia 187/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura del 23 de marzo de 2017.

9 Sentencia 98/2000 del Tribunal Constitucional de España del 10 de abril de 2000. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4082>
Similar interpretación se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo 5215/2014 del 20 de noviembre de 2014.

del puesto de trabajo o, en su defecto, si el trabajador ha permanecido mucho tiempo sin cumplir con sus labores por las que fue contratado. Llegando incluso a saberse, con exactitud, qué es lo que se está escribiendo, lo que podría incluir contraseñas y hasta información personal.

A la fecha, pese a tratarse de un controversial recurso, su empleo ha sido de utilidad como medio probatorio en un proceso disciplinario (Tascón López, 2007).

- g. La instalación de cámaras de videovigilancia:** con la instalación de un sistema de grabación en tiempo real y que perdure en un repositorio, el empleador puede controlar el desarrollo de las labores de sus trabajadores.

Pareciera que esta herramienta de control atentaría contra la protección de datos y la intimidad personal de los trabajadores. Al respecto, efectivamente, se atentará contra el derecho a la protección de datos personales siempre que la utilización de videovigilancia no sea consentida ni previamente informada para determinado propósito por parte de los trabajadores¹⁰.

Posteriormente, fue matizada en el hecho de ser admisible la grabación cuando únicamente tenga por objeto probar ilícitos y siempre que no se capten imágenes de forma fija sino de forma puntual, concluyéndose así que no cabría una lesión contra el derecho a la intimidad personal¹¹.

- h. La instalación de sistemas de control biométrico:** como ocurre, por ejemplo, con los controles de asistencia con huella dactilar, siendo sumamente eficiente para determinar el absentismo laboral.

Su implementación estará permitida siempre que el trabajador brinde su consentimiento explícito y el tratamiento de los datos personales (biométricos) obtenidos sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de los derechos específicos del responsable del tratamiento.

10 Sentencia 29/2013 del Tribunal Constitucional español del 11 de febrero de 2013. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2712

11 Sentencia 39/2016 del Tribunal Constitucional español del 3 de marzo de 2016. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-3405

2. Actualización de los límites al poder de dirección:

Para lograr esto, es imprescindible contar con un marco normativo y ético adecuado, el cual ya ha sido definido con la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales de fecha 15 de diciembre de 2022, cuyo eje central es: “(...) *promover una vía para la transformación digital, poniendo a las personas al centro, (...) reafirmando los derechos humanos universales y beneficiando a todas las personas, empresas y la sociedad en su conjunto*”. Como mecanismos inmediatos, tenemos los siguientes:

a. El derecho fundamental a la intimidad personal como límite al poder digital de vigilancia y control:

Conforme lo venimos sosteniendo, con la implementación de estos nuevos medios de control digitales, el empleador no solo puede fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, sino que puede llegar a “*monitorizar milimétricamente el rendimiento de las personas trabajadoras, vigilar su comportamiento fuera del horario de trabajo y obtener pruebas gráficas de las posibles faltas laborales sobre las que fundamentar, en el ejercicio de su poder de disciplinario, las medidas sancionadoras, incluyendo el despido, que estime necesario imponer a sus empleados*” (Narvaez Turci, 2022, pág. 166).

Pues bien, como cualquier otro poder jurídico, el poder de dirección presenta limitaciones, entre estas, el no atentar contra la dignidad humana que goza todo trabajador, sin excepción. Por ende, procederemos con listar las principales limitaciones a esta facultad del empleador, las mismas que sirven como salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores:

i. Respetto a la intimidad personal y familiar: derecho consagrado en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolló este importante concepto de “vida social privada” en el caso *Bărbulescu versus Rumania* del 5 de septiembre de 2017¹², en el que se reconocería, precisamente, la vulneración

12 Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Barbulescu%20c.%20Ruman%C3%ADa.pdf>

del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los trabajadores de la empresa debido al hecho de haber monitorizado sus comunicaciones de correo electrónico.

En esta importante sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fijó unos estándares mínimos que habrán de ser tenidos en cuenta tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales para que la vigilancia de los correos electrónicos y el control mediante videovigilancia sean legítimos. Estas fueron:

- La obligación de informar previamente a los trabajadores sobre las medidas de vigilancia de las comunicaciones electrónicas adoptadas por el empleador.
- La necesidad de que esa información sea clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión.
- El deber de justificar adecuadamente la necesidad de las medidas de seguimiento adoptadas por el empleador, ponderando si la finalidad pudiese ser alcanzada con otros medios menos intrusivos.
- La obligación de limitar el alcance de las medidas de control, tanto en lo que respecta a la duración del control y al número de personas que tendrán acceso a los resultados de la vigilancia efectuada.
- La necesidad de hacer un examen de proporcionalidad para limitar las injerencias al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que pondere sobre las consecuencias de la supervisión para el trabajador con relación a los intereses de la empresa.

ii. Razonabilidad y proporcionalidad en la medida:

En torno al último punto citado, conviene traer a colación otro importante caso donde, casualmente, se puso a prueba el criterio antes comentado, este fue el caso *López Ribalda y otros versus España*.

En dicho caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia de fecha 9 de enero de 2018 resolvió un caso donde se había implementado una cámara oculta para investigar

unos robos que venían ocurriendo en un supermercado. Vetando el despliegue del empleador debido a que no se apreciaba una razonabilidad ni proporcionalidad en la medida de videovigilancia, vulnerándose así el derecho a la intimidad personal de las cajas despedidas.

No obstante, dicho criterio no quedó estático en el tiempo, pues el 17 de octubre de 2019 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicando que, apelando a los principios recogidos en el caso *Bărbulescu*, estableció que: *“estos deben aplicarse teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de las nuevas tecnologías, que pueden permitir la adopción de medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de los empleados”*¹³.

De lo expuesto, se puede extraer que, siempre que exista una “sospecha razonable” de que se está cometiendo una falta grave y las pérdidas identificadas sean de considerable magnitud, resultará viable recurrir a la videovigilancia, tanto de cámaras visibles como ocultas.

b. La desconexión digital como medida de salvaguarda del derecho fundamental a la salud:

La progresiva digitalización del sistema productivo no solo ha puesto en manos del empleador unas poderosas herramientas de vigilancia y control que pueden llegar a suponer una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino que también ha posibilitado una permanente conectividad los trabajadores que, de no adoptarse medidas correctoras, podría implicar una vulneración del derecho humano a la salud (Narvaez Turci, 2022, pág. 173).

En efecto, una de las más significativas características de la sociedad digital es la sustancial difuminación de los límites entre el trabajo remunerado y la vida privada que está provocando, especialmente, en las plataformas de trabajo *online* (Messenger, 2018, pág. 24).

Por consiguiente, la desconexión digital aparece, como una medida indispensable para atenuar los efectos nocivos que puede ocasionar esta *hiperconectividad laboral*, caracterizada por la prolongación excesiva de

13 Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20L%C3%B3pez%20Ribalda%20c.%20Espa%C3%B1a.pdf>

las jornadas de trabajo y la falta de descanso, entre los que conviene destacar: enfermedades cardiovasculares, infecciones crónicas, trastornos gastrointestinales, problemas musculoesqueléticos, ansiedad, depresión, mayor propensión a la accidentalidad laboral y unas mayores tasas de mortalidad (Lozano Lares, 2020, págs. 313-314).

La desconexión digital permitirá garantizar el descanso de las personas trabajadoras una vez concluida la jornada laboral, además de posibilitar la conciliación de la vida personal y el trabajo; sin disminuir su tiempo de ocio e incluso respetar su derecho a la intimidad puesto que también se inmiscuye en la vida privada de sus trabajadores si el empleador continúa comunicándose con estos fuera de su jornada laboral (Narvaez Turci, 2022, pág. 175).

De lo expuesto, se puede concluir que, como en otras oportunidades, se tratará de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación tradicional, las cuales son: (i) la función integradora; (ii) el equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empleador por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado por otro; y, (iii) el empleo del aparato institucional y las soluciones normativas de las que se sirve el ordenamiento laboral para la realización de la racionalización en el marco de las limitaciones y contrapesos (Palomeque López, 2011, págs. 46-47).

IV. MEJORA EN LAS GARANTÍAS EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES PARA LA DELIMITACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN

Si bien la Constitución Política del Perú ha fijado las bases para la delimitación del poder de dirección del empleador, resulta necesario hacer una actualización a la regulación contemplada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR¹⁴, donde se desarrolle adecuadamente el derecho a la desconexión digital, así como fijar los límites del empleador y las garantías de los trabajadores cuando vean afectados este derecho en las múltiples manifestaciones que hemos desarrollado previamente.

¹⁴ Postulamos lo anterior pues consideramos que esta protección no debe agotarse en los teletrabajadores, sino a los trabajadores de la actividad privada en general pues, en su gran mayoría, emplean herramientas que les permiten estar conectados con sus responsabilidades laborales, sean o no otorgadas por su empleador.

De igual forma, es imprescindible que la Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personal refuerce su regulación y protección frente a la irrupción de las nuevas tecnologías. Principalmente porque hemos demostrado que, la presencia de la digitalización acompañada del empleo de herramientas desmedidas de control empresarial atenta contra el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú.

Por su parte, la Ley 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “LSST”) es una normativa enfocada en prevenir los riesgos laborales y actualmente es bastante sólida. Sin embargo, su correcta implementación requiere una evaluación y mejora continua mediante revisiones periódicas.

De lo expuesto, consideramos que la existencia de esta normativa preventiva por sí sola no garantiza el cumplimiento estricto ni el adecuado desarrollo del derecho a la desconexión digital, ni salud de los trabajadores afectada por la *hiperconectividad laboral*. Para que sea efectiva, es necesario complementarla con otros mecanismos que promuevan su aplicación en el entorno laboral, tal como se detalla a continuación:

1. **Fiscalización laboral repotenciada:** es necesario reforzar la capacidad de la actuación inspectora para adaptar su contenido a la complejidad asociada a las nuevas formas de trabajo y el uso de las tecnologías, como son la inteligencia artificial o la gestión algorítmica en procesos de selección y gestión del capital humano, así como los abusos que pudieran originarse en el desempeño y rendimiento de las personas trabajadoras, en particular en ámbitos como los call centers, almacenes, trabajo en oficinas o en industrias de producción, y los sesgos de género presentes en ellos.

Sin duda, lo deseable sería que el Estado concrete la dotación de herramientas y recursos humanos y financieros hasta alcanzar la ratio de un inspector por cada diez mil personas (recomendada por parte de la OIT)¹⁵. En nuestro país, contamos con menos de mil inspectores a nivel nacional¹⁶.

15 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas, apoyando la transición hacia la formalidad. Ginebra: OIT, 2013. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Fundamentals of labour administration. Ginebra: OIT, 2010.

16 Información obtenida del Informe Anual 2021 de la SUNAFIL, en la cual se detalla que, se cuen-

Un buen acercamiento sobre este punto es el ejercicio del poder sancionador no económico de este organismo, a través de iniciativas tales como dar publicidad a las sanciones por infracciones graves y muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, o la creación de un registro de empresas sancionadas.

2. **Negociación Colectiva:** permitirá la inclusión de cláusulas tipo en los convenios colectivos. Estas cláusulas pueden ser ajustadas para adaptarse a la realidad específica de cada empresa o sector, así como a los cambios en las condiciones de trabajo o en el entorno laboral.

Si bien nuestro derecho sindical aun es incipiente, principalmente, por su predominante atomización (entiéndase, negociación colectiva a nivel empresarial e infra empresarial), estimamos propicio comentar los siguientes ejemplos:

- a. **Convenio Colectivo entre la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) y los sindicatos CC.OO. de Construcción y Servicios y UGT-FICA:** aprobado por Resolución del 21 de septiembre de 2017: se reconoció la *“necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral”*; de modo tal que, salvo opere fuerza mayor o algún suceso excepcional, AXA autoriza a sus trabajadores a *“no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*¹⁷.
- b. **XVI Convenio Colectivo de la ONCE:** celebrado el 8 de enero de 2018, por medio del cual se incorporó un Plan de Igualdad en el que las partes valoran *“la denominada “desconexión digital” aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles”*¹⁸.
- c. **VII Convenio Colectivo de Repsol:** firmado el 17 de julio de 2018 contempló, igualmente, la implementación de unos *“principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo”*, en

ta con un total de 761 personas como personal inspectivo, entiéndase: supervisores inspectores, inspectores de trabajo e inspectores auxiliares. Consultado en: <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/informes-publicaciones/4580895-informe-anual-de-inspeccion-del-trabajo-2021>

17 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-10951>

18 Disponible en: <https://club.once.es/afiliados/noticias/instrumental-documentos-de-apoyo-imagenes-documentos-y-sonido/archivo-de-documentos/xvi-convenio-colectivo-de-la-once-y-su-personal/view>

el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional¹⁹.

3. **Administración Pública:** exigir a las empresas que deseen contratar con el Estado el cumplimiento de ciertos requisitos, establecidos en las cláusulas sociales sobre prevención de riesgos laborales. Además, existen mecanismos para excluir a empresas y empleadores que hayan cometido infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales de los procesos de licitación, contratación y concesión de ayudas públicas.
4. **Servicios Públicos:** la mejora de aquellos dedicados a la prevención de riesgos laborales en las regiones mediante una inversión continua en recursos humanos y financieros públicos, con el objetivo de promover la mejora de las condiciones de trabajo y elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.
5. **Sistemas de incentivos:** inspirado en el sistema “*bonus-bonus*” y “*bonus-malus*” implementado en Francia, Alemania y España, los cuales se caracterizan por (Luque Parra & Ginès i Fabrellas, 2015):
 - a. Sistema de cotización por contingencias laborales basado en los índices de siniestralidad laboral de la empresa individualmente considerada (modelo francés);
 - b. Sistema a de devolución de una parte de las cotizaciones a la Seguridad Social de aquellas empresas con índices bajos de siniestralidad laboral (modelo español);
 - c. Sistema de bonus-malus se encuentra determinada por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Aseguradoras para el Sector Público, que cuentan con la capacidad para autorregular dicho sistema a través de sus estatutos (modelo alemán).

Bajo un esquema u otro, lo relevante es que todos prevén un sistema de cotización a la Seguridad Social basado en el índice de siniestralidad laboral empresarial. Rescatándose que, en Francia se han fijado hasta tres modos para fijar el tipo/tarifa en función a la planilla total de la empresa²⁰; mientras que,

19 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10049

20 De esta forma: (i) las empresas con menos de 20 trabajadores disponen de un sistema de tarificación “colectiva” —en atención al número de accidentes acaecidos en el sector de actividad—, (ii) las empresas entre 20 y 149 trabajadores disponen de un sistema de tarificación “mixto” y (iii) las em-

en España, el número de trabajadores resulta relevante para establecer los requerimientos para beneficiarse del sistema de incentivos por reducidos niveles de siniestralidad laboral.

Entre los principales atractivos del sistema de incentivos comentado cabría destacar que las empresas (privadas y públicas) beneficiarias serían aquellas que²¹:

- i. Acrediten haber realizado inversiones en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos que contribuyan a la mitigación o supresión de riesgos;
- ii. Haber cotizado a la Seguridad Social un volumen de cuotas por contingencias profesionales superior a un valor económico que resulte proporcional y razonable en función al número de trabajadores y al tipo de actividad (riesgosa o no riesgosa).
- iii. No superar los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema establecidos en una norma especial.
- iv. No presentar deudas en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones de cotización de la Seguridad Social, incluso si presenta baja siniestralidad.
- v. No haber sido sancionada con resolución firme en vía administrativa por la comisión de faltas graves o muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo y/o de seguridad social.
- vi. Acreditar el cumplimiento de los requisitos básicos en prevención de riesgos laborales, la cual debe encausarse mediante una declaración jurada sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención.
- vii. Demostrar el desarrollo o la realización de, al menos, dos de las siguientes acciones: incorporar a la planilla de recursos preventivos propios o internos o ampliación de los recursos propios existentes; realizar auditorías externas del sistema preventivo; implementar planes de movilidad vial para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes in itinere; evidenciar la disminución del porcentaje de trabajadores expuestos a riesgo de enfermedad profesional; y,

presas de 150 o más trabajadores de un sistema de tarificación individual –calculado íntegramente sobre la base del valor del riesgo propio de cada centro de trabajo.

21 Inspirado en el Real Decreto 404/2010, desarrollado por la Orden TIN/1448/2010.

contar con un certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por empresa u organismo con acreditación internacional o validado por el Estado.

De lo expuesto, queda manifiesto que, con su implementación, las empresas tienen incentivos a invertir en prevención de riesgos laborales, reducir la siniestralidad y, así, recuperar parte de las cotizaciones por contingencias laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esto significa un beneficio directo e inmediato para el empleador que favorecerá, igualmente, a los trabajadores (Luque Parra, La reformulación del sistema “Bonus-Bonus” vs. “Bonus-Malus”. Estudio comparado sobre un sistema de incentivación de la prevención de riesgos laborales., 2015).

V. CONCLUSIONES

1. La legislación laboral peruana necesita adaptarse a la cuarta revolución digital y sus implicaciones en las relaciones laborales, superando su visión clásica fordista.
2. Asimismo, y en tanto se supere dicha ausencia de regulación, los jueces laborales jugarán un papel protagónico para la solución de controversias en torno a la revolución digital y su irrupción en las relaciones laborales.
3. La constante evolución de los medios de control empresarial plantea desafíos significativos para los derechos y libertades de los trabajadores, acercándose a un modelo organizativo Panóptico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cabero Almenara, J. (1998). Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. En M. Lorenzo Delgado, J. A. Ortega Carrillo, & T. Sola Martínez, *Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales: actas de las II Jornadas Andaluza sobre Organización y Dirección de Centros Educativos* (págs. 197-206).
- Cabero Almenara, J. (2001). *Tecnología Educativa. Diseño y educación de medios en la enseñanza*. Barcelona: Paidós.
- Casas Baamonde, M. E. (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Castells, M. (1995). *La ciudad informacional: tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cruz Villalón, J. (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas Laborales. Revista anadaluz de trabajo y bienestar social*(138), 13-47.
- de Castro Mejuto, L. F. (2022). Technology in labour relations and the employer's power. *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2(31), 1-10. Obtenido de <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7798/12682>
- DíTecco, D., Cwitco, G., Arsenault, A., & André, M. (1992). Operator stress and monitoring practices. En *Applied Ergonomics* (Issue 1 ed., Vol. Volume 23, págs. 29-34). Obtenido de [https://doi.org/10.1016/0003-6870\(92\)90007-I](https://doi.org/10.1016/0003-6870(92)90007-I)
- Gil Gonzáles, E. (2016). *Big Data, privacidad y protección de datos*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).
- Institute, N. W. (2004). *National Workrights Institute*. Obtenido de https://www.workrights.org/images/issue_PDFs/NWI_EM_Report.pdf
- Lozano Lares, F. (2020). Tiempo de trabajo y derechos digitales. En S. (. Gonzáles Ortega, *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (págs. 1-437). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Obtenido de <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcarylcarlportalportlets/documentos?nombre=942a6257-9c56-4ba2-aa31-19cb60dafac1.pdf>
- Luque Parra, M. (2015). *La reformulación del sistema “Bonus-Bonus” vs. “Bonus-Malus”. Estudio comparado sobre un sistema de incentivación de la prevención de riesgos laborales*. Barcelona: Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
- Luque Parra, M., & Ginès i Fabrellas, A. (2015). Social Security Incentives and Prevention of Occupational Hazards: Bonus-Bonus and Bonus-Malus Scheme Conclusions. *IUSLabor*, 3, 1-15.
- Messenger, J. (2018). *Working time and the future of work*. Geneva: International Labour Organization. Obtenido de <https://www.ilo.org/publications/working-time-and-future-work>
- Mitjans Perelló, E. (2009). Impacto de las redes sociales en el derecho a la protección de datos personales. En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Vol. 2, págs. 107-129). Alcalá: Universidad de Alcalá.
- Narvaez Turci, G. (2022). *El impacto social de la robotización y diigitalización del mercado de trabajo*. Málaga: Laborum Ediciones.
- Palomeque López, M. C. (2011). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Tecnos.

- Tascón López, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Arazandi Social*.
- Todolí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi.
- Todolí Signes, A. (2023). La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*(476), 65-91. Obtenido de <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/19235/18867>
- Vidal López, P. (2018). *Legal Today. Por y para profesionales del Derecho*. Obtenido de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/black-mirror-ya-esta-aqui-o-nuevas-formas-de-control-laboral-2018-03-23/>
- Warde, I. (2007). Estados Unidos y la religión del trabajo. *Le Monde Diplomatique*, 3(32).
- Weil, D. (2014). The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It. *Harvard University Press*, 89(3). Obtenido de <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/683098>.