

La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores:

Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano

Jorge Luis Mayor Sánchez*

"Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en un Estado son permanentes no deben ser unos procesos traumáticos ni ocasionales".

"En el presente artículo el autor realiza un acercamiento al concepto de teletrabajo como modalidad de actividad laboral polivalente, de aparición relativamente reciente en el escenario productivo nacional; y analiza sus implicaciones en el tratamiento normativo de la jornada de trabajo aplicable, así como la problemática de su desregulación en el Derecho Laboral Peruano."

1. El Teletrabajo y su Implicancia en la Ordenación del Tiempo de Trabajo

Uno de los retos y desafíos mas importantes en materia de teletrabajo parece que haya de avocarse en el tema de "la ordenación del tiempo de trabajo"¹ hoy en día. La cuestión fundamental gira concretamente en si cabe la posibilidad de: "ordenar un tiempo de teletrabajo", habida cuenta que este sistema de prestación laboral parece orientado a relativizar el tiempo de trabajo en la medida de lo posible y, por ende, como consecuencia de ello de la propia jornada laboral.

No cabe duda que el teletrabajo invita a pensar que existe una absoluta identidad entre esta modalidad de prestación de trabajo y un elevado grado de autonomía del teletrabajador en la ordenación de su tiempo de trabajo en que pone a disposición su energía laborativa, incluso como si de un presupuesto básico de esta modalidad laboral se tratara.

Sin embargo, creo que la conclusión a la que debemos arribar es radicalmente distinta. Quiero decir que la actividad laboral prestada en el sistema de teletrabajo no afecta tan profundamente como algunos autores y especialistas en el tema piensan a la variable del tiempo de trabajo, debiendo reservarse, por consiguiente, la consideración del "**cenit jurídico del teletrabajo**" atribuida al tiempo de trabajo a otro aspecto del teletrabajo más digno de este merecimiento², como, por ejemplo, su prestación interactiva "**off shore**", que además de constituir a nuestro juicio la expresión más calificada del teletrabajo, incide en los elementos esenciales del mismo.

De toda la novedad de esta problemática en la ordenación del tiempo de trabajo deben tenerse en cuenta, ante todo, dos cuestiones básicas. La primera de ellas la constituye el carácter imperativo de toda la ordenación del tiempo de trabajo en garantía de los

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca – España.
Investigador Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca.
Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca – España.
Diplomado en Dirección Estratégica de Recursos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid.
Diplomado en Relaciones Internacionales, Diplomacia y Medios de Comunicación por la Escuela Diplomática de Madrid y la Universidad Complutense de Madrid.
Diplomado en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Salamanca – España.
Consultor en Creación de Empresas del Programa Galileo del Fondo Social de la Unión Europea.
Email: jorgel.mayors@pucp.edu.pe

1 El Estatuto de los Trabajadores, dirigidos por E. BORRAJO DACRUZ, tomo I, vol. 2º. Madrid, 1994, págs. 7 y ss.

2 ESCUDERO RODRIGUEZ: "Teletrabajo", cit., pág. 821.

derechos de los teletrabajadores sobre los límites de la jornada y la duración de los descansos en beneficio de su salud y la seguridad en el trabajo³. Y la segunda, el grado de autonomía del trabajador en la administración de su propio tiempo de trabajo, como consecuencia de una ordenación más o menos flexible del mismo.

2. El carácter Imperativo de la Ordenación del Tiempo de Trabajo en Garantía de los Derechos de los Trabajadores en materia de Jornada, Horario y Descansos

Respecto a la primera de ellas, adviértase que se trata de un derecho de los trabajadores a unas jornadas limitadas en el tiempo y a unos descansos entre jornadas, semanales y feriados anuales, especialmente protegidos por la Constitución, que en el marco de los principios rectores de la política social y económica, establece en el artículo 40.2 la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario de los trabajadores, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores de España regula la duración de la jornada y el tiempo de trabajo, en los artículos 34 a 38, son "de aplicación a todos los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario", de conformidad con el ámbito subjetivo general de aplicación del artículo 1.1 del ET. Quiere decir que las disposiciones de los artículos estatutarios relativos a la ordenación del tiempo de trabajo son de aplicación a todos los trabajadores que cumplan los presupuestos genéricos sustantivos de la laboralidad, es decir, aquellos que presten sus servicios de forma libre y voluntaria, productiva, dependiente y por cuenta ajena. Y entre ellos, los teletrabajadores, en la medida que cumplan con idénticos presupuestos genéricos sustantivos de la laboralidad.

Solo tres excepciones deben tenerse en cuenta en orden a la sumisión general de todos los trabajadores a las reglas de ordenación del tiempo de trabajo. En primer lugar, la de los grupos de trabajadores, sobre Jornadas Especiales de Trabajo⁴. En segundo lugar, la de los colectivos de trabajadores encuadrados en los diferentes Reales Decretos por los que se regulan las distintas relaciones laborales especiales⁵.

El tercer colectivo excepcionado del sometimiento a la regulación común del tiempo de trabajo lo constituyen los trabajadores a domicilio, lo que resulta del todo trascendente con respecto a la modalidad de teletrabajo a domicilio.

El fundamento legal a esta excepción no se encuentra, sin embargo, ni en los artículos 34 y siguientes del ET, que regulan el régimen común de ordenación del tiempo de trabajo, ni el artículo 13 del mismo texto legal, que regula el régimen jurídico del trabajo a domicilio, pues ni en un caso ni en otro se hace mención expresa ni tácita de la exclusión de este colectivo de las normas comunes de ordenación, ni tampoco de su inclusión. En todo caso, el fenómeno de la exclusión puede encontrarse indiciariamente en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la base de una cuestión de coherencia conceptual, pues la flexibilidad inherente a este tipo de relaciones laborales, derivada de la amplia capacidad de autoorganización de los trabajadores a domicilio, no solo de su tiempo de trabajo, sino en general, del conjunto de circunstancias que caracterizan la prestación del trabajo a domicilio, resulta difícilmente conciliable con los límites legales, convencionales y contractuales establecidos en la determinación de la jornada ordinaria y tiempo de trabajo.

En este mismo sentido, en su momento la representación española en la 82ª Conferencia de la OIT cerró filas entorno a la exigencia de una máxima cautela con respecto a la reglamentación del tiempo de trabajo, de los períodos de descanso y de las licencias, habida cuenta de que una de las características fundamentales del trabajo a domicilio es la flexibilidad⁶.

Debe significarse igualmente que el artículo 13 ET carece de desarrollo reglamentario al que poder atribuir siquiera un posible fundamento reglamentario de la exclusión. Aunque quizás en esa carencia se encuentra el fundamento reglamentario de la exclusión a que nos referimos, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del parcialmente derogado Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, de regulación de jornadas de trabajo, lo que en consecuencia debía de interpretarse de contrario que el trabajo a domicilio se encontraba sometido al régimen común de ordenación del tiempo de trabajo. Exclusión que no ha sido mantenida por el RD 1561/1995, del 21 de setiembre, que vino a sustituir la pérdida de vigencia del RD 2001/1983 a partir de 12 de junio de 1995, de conformidad con la previsión de la disposición transitoria quinta del ET, teniendo especialmente en cuenta las previsiones contenidas en la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁷, lo que invita a interpretar de contrario la exclusión expresa del RD 2001/1983, de sometimiento del trabajo a domicilio al régimen común de ordenación del tiempo de trabajo.

A mayor abundamiento, no faltaron en su momento pronunciamientos judiciales relativos a la no sujeción del contrato de trabajo a domicilio a jornada ni horario

3 Debe tenerse en cuenta que ha sido este el motivo de las primeras leyes europeas de trabajo y de la primera norma internacional de trabajo, el Convenio num. 1 de la OIT de octubre de 1919, por el que se limitan las horas de trabajo de las empresas industriales a ocho diarias y cuarenta semanales, si bien con numerosas excepciones. Dicho Convenio fue ratificado por España el 24 de mayo de 1928, y curiosamente no fue publicado en la Gaceta hasta el 1 de mayo de 1931.

4 BOE num. 230, de 26 de setiembre.

5 Son los Reales Decretos 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar de familia.

6 OIT, Trabajo a domicilio, Conferencia Internacional de Trabajo, 82ª reunión, Informe V (2), 1995.

7 Este RD perdió su vigencia el 13 de junio de 1995 en aplicación de la disposición transitoria quinta del RDLeg 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

8 Cfr: prólogo del RD 1561/1995, de 21 setiembre, párrafos tercero y cuarto.

como característica propia del mismo⁹, así como a la falta de concreción de la jornada por las dificultades de control que el trabajo a domicilio entraña¹⁰.

La segunda particularidad de la regulación estatutaria de la duración de la jornada y el tiempo de trabajo viene dada por los amplios criterios flexibilizadores que la nueva regulación establece por parte del artículo 34 del ET en relación a la regulación de la jornada máxima de trabajo, completada con la inexistencia de un auténtico máximo de jornada semanal.

El artículo 34.1 ET establece que corresponde a las partes determinar la duración de la jornada de trabajo mediante convenio colectivo o contrato de trabajo¹¹, dentro de los márgenes que permite la normativa vigente. El primero de estos márgenes lo constituye la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, establecida en el límite de las cuarenta horas semanales de trabajo efectivamente realizado¹².

“Pero, además, el artículo 34.1 ET especifica que este límite máximo de cuarenta horas de promedio semanal lo es de “trabajo efectivo” (...)”

Este límite máximo lo es de promedio en cómputo anual. Quiere decirse con ello que la Ley prevé la posibilidad del cumplimiento de un tiempo de trabajo semanal superior a la cuarenta horas, siempre y cuando el crédito horario en exceso quede compensado por tiempos de trabajo semanales inferiores a ese límite máximo, hasta respetar las cuarenta horas semanales dentro del promedio anual. Es en este sentido que el artículo 34.2 ET establece que mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo de empresa, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, debiendo respetarse, en todo caso, los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el apartado 3º del mismo artículo –descanso diario– y en el artículo 37.1 del mismo texto legal –descanso semanal–¹³.

Pero, además, el artículo 34.1 ET especifica que este límite máximo de cuarenta horas de promedio semanal lo es de “trabajo efectivo” para la jornada ordinaria, lo que ha de tener su importancia en la ordenación del tiempo de teletrabajo a la hora de pactar la teledisponibilidad, que en tanto no se traduzca en tiempo de trabajo efectivo,

no se deberá tener en cuenta a la hora de fijar el límite de las cuarenta horas semanales.

En tercer lugar, el artículo 34.3 ET establece para todos los trabajadores que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberán mediar, como mínimo, doce horas destinadas a descanso.

Y en último lugar, establece que la jornada diaria no puede superar las nueve horas de trabajo efectivo –ocho horas de trabajo efectivo en el caso de trabajadores menores de edad, incluido el tiempo dedicado a formación y las horas realizadas con otros empresarios, en su caso –, salvo que por convenio colectivo o por pacto de empresa se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso mínimo entre jornadas de doce horas.

Con todo, cabe concluir que en la determinación de la jornada ordinaria de trabajo efectivo, tan solo deberán respetarse dos límites por imperativo legal: el límite de las cuarenta horas de trabajo efectivo máximo a la semana, calculado en promedio de cómputo anual, y el límite de doce horas de descanso entre dos jornadas de trabajo consecutivas, siendo los otros límites de carácter dispositivo.

Por lo que respecta a la determinación del horario de trabajo, es decir, la distribución de las horas de trabajo dentro de cada período diario cierto de trabajo, no existe ninguna referencia legal al respecto. Sin embargo, es del todo evidente que debe existir una hora de inicio y una hora de terminación de la actividad laboral, y entre una y otra, unos períodos de trabajo efectivo alternados con períodos de descanso. Su determinación corresponde al empresario, en tanto que detentador del poder de dirección y de la organización productiva, salvo pacto colectivo, de empresa o individual que lo determine, en cuyo caso no será posible dejar la determinación del horario de trabajo a la decisión posterior de ninguna de las dos partes unilateralmente.

La determinación del horario puede llevarse a cabo mediante el establecimiento de un horario rígido, según el cual los momentos de inicio y final de la actividad laboral diaria se determinan rigidamente mediante su concreción en una hora cierta. Quiere ello decir que el trabajador debe permanecer en su lugar de trabajo desde la hora fijada como inicio hasta la prevista para la terminación de la jornada laboral¹⁴.

Pero la determinación del horario de trabajo puede efectuarse mediante el establecimiento de un sistema

9 Sentencia del TCT de 3 de abril de 1986 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan (RTCT 1986, 2136)).

10 STCT de 17 de febrero de 1987 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcelino Murillo Martín de los Santos (RTCT 1987, 3281)).

11 Debe tenerse en cuenta la limitación que establece en ese sentido el art. 3.1.c) ET, conforme al cual cabe la posibilidad de que la regulación de la jornada resultante de un proceso de negociación colectiva sea mejorada para el trabajador a través de los correspondientes pactos individuales alcanzados en este sentido, pero no cabe esta posibilidad de contrario, es decir, empeorando mediante pacto individual la regulación de la jornada establecida mediante convenio colectivo. En este sentido GACIA NINET en “Ordenación del Tiempo de Trabajo”, cit., pág. 18.

12 La jornada máxima anual se ha concretado en 1,826 horas y 27 minutos de trabajo efectivo, que es el resultado del promedio de 40 horas semanales con descuento de las vacaciones, los descansos semanales y anuales y los festivos, si bien es habitual la concreción de esta jornada máxima anual en convenio en 1780 horas del trabajo efectivo.

13 Este límite conoce, a su vez, dos excepciones: las actividades con jornada especial ampliada –art. 34.7 ET– y los trabajos a turnos –art. 36.3 ET–.

14 Un claro ejemplo de horario rígido lo constituyen los servicios de información y atención al cliente desarrollados en los call centres, sometidos a severos turnos de trabajo y de descanso continuados de una misma jornada de trabajo.

de horario flexible, en el que los momentos de inicio y final de la jornada laboral no se fijan en una hora cierta, sino estableciéndose un margen temporal para que tenga lugar el inicio y el final de la jornada, dentro de determinados márgenes de coincidencia con el resto del personal.

Cabe la posibilidad de establecer una modalidad de horario fijo-variable, consistente en que el trabajador elige un horario de entre varios horarios organizados por la empresa y ofrecidos a los trabajadores, compatibles todos ellos con la jornada industrial a realizar¹⁵, y lo mantiene durante un período temporal considerado – una semana, un mes, etc. –, **como también una modalidad de horario de duración diaria variable, consistente en que la duración normal de la jornada diaria puede ser rebasada o no alcanzada dentro de cada día**, pudiéndose compensar los excesos y los efectos de tiempo efectivamente trabajado dentro del período semanal o mensual, en otro período considerado¹⁶.

Del mismo modo, la jornada de trabajo puede establecerse en horario continuado, de tal forma que las horas de actividad diaria no van a resultar interrumpidas mas que por breves o testimoniales pausas; o de forma partida, con la interrupción prolongada de las horas de actividad material.

Con carácter excepcional se ha admitido la existencia de trabajos sin horarios, en los que es difícil de determinar los momentos de realización, así como los de inicio y de terminación de la jornada. Tales supuestos vienen marcados especialmente por la naturaleza de la propia actividad de trabajo, que permite u obliga a la indeterminación del régimen horario de la jornada laboral¹⁷.

El artículo 34.4 ET, en todo caso, recoge unas pausas mínimas y obligatorias de descanso en la jornada de trabajo, que consisten en que los tiempos de trabajo diario efectivo cuya duración sea superior a seis horas consecutivas deberán interrumpirse con una pausa de al menos quince minutos de duración, de al menos treinta minutos cuando su duración sea superior a cuatro horas y media consecutivas cuando los trabajadores sean menores de edad.

Dicho todo lo cual, se advierte como el Estatuto de los Trabajadores pone a disposición de las partes de la relación laboral un marco flexible considerable para la ordenación del tiempo de trabajo conforme a las necesidades de productividad, competitividad y organización de las empresas, que en pocas dificultades derivadas de la aplicación de las normas legales sobre el tema puede hacer pensar.

3. La Ordenación Flexible del tiempo de trabajo y el grado de Autonomía del Trabajador en la Gestión del Propio Tiempo de Trabajo

La segunda cuestión fundamental en torno a la ordenación del tiempo de trabajo he dicho más arriba resulta del grado de autonomía del trabajador en la gestión de su propio tiempo de trabajo, como consecuencia de una ordenación más o menos flexible del mismo.

En este sentido, debe tratarse de nuevo a colación el fundamento de **“la exclusión del trabajo a domicilio de la regulación común del tiempo de trabajo sobre la base del principio de libertad de autoorganización del trabajador a domicilio, efectuada en el apartado precedente, que liga perfectamente con uno de los elementos sustanciales específicos de la figura, cual es la falta de vigilancia directa e inmediata del empresario, y su extensión por lógica transposición al teletrabajo a domicilio”**. Y de su mano, llegar hasta la modalidad de teletrabajo prestado en un telecentro, en la que la libertad de autoorganización del teletrabajador puede ser incluso inexistente, dado el sometimiento de este tipo de teletrabajador puede ser incluso inexistente, dado el sometimiento de este tipo de teletrabajador a las normas de ordenación común del tiempo de trabajo; y a **la modalidad del teletrabajo móvil o itinerante**, que no obstante su idéntico sometimiento a las normas estatutarias de ordenación del tiempo de trabajo por su condición de trabajador dependiente en régimen de ajenidad, los condicionantes derivadas de la movilidad propios de la modalidad de la teleprestación van a marcar el grado de autonomía en la prestación del servicio.

De la concreta modalidad del teletrabajo va a depender, por tanto, el mayor o menor grado de autoorganización del teletrabajador en el desempeño de su trabajo. O dicho con propiedad, la capacidad de autoorganización en el teletrabajo a domicilio es técnicamente absoluta, en virtud de los elementos sustanciales específicos de este tipo de teletrabajador, cuya circunstancia lo equipara al trabajador de régimen común en toda su extensión y, por ende, también en lo que respecta a su sometimiento a las normas reguladoras del tiempo de trabajo de obligada observancia¹⁸. Eso sí, con el distinto nivel en grado de autonomía que en aras de la calidad y la productividad de los trabajadores permitan los pactos colectivos, de empresa y contractuales en orden a la determinación de la jornada y el horario de trabajo, dentro del muy amplio marco de flexibilidad que propone el Estatuto de los Trabajadores, y el acento puesto en un efectivo sistema de organización y dirección de la empresa¹⁹.

Pero si, además, la modalidad concreta de teleprestación se entrecruza con cualquiera de las modalidades de

15 Por la jornada industrial se entiende el tiempo de la actividad de la empresa, que se distingue claramente del tiempo de trabajo o de la prestación laboral.

16 BORRAJO DA CRUZ, E. “El Horario flexible”, en la obra de autores dirigida por el mismo titulada Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, págs. 226 y 227.

17 STS, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuertes López (RJ 1994, 4214)) con relación al horario de trabajo de un visitador médico. Por las características propias del modo como se desarrolla la prestación de trabajo, esta fórmula excepcional de no distribución horaria de tiempo de trabajo nos acerca a la modalidad del teletrabajo móvil o itinerante.

18 Téngase en cuenta en este sentido la correlación existente entre los arts. 1.1 y 20 ET en toda su extensión.

19 GARCIA NINET: “Ordenación...”, cit., pág. 8.

teleprestación clasificadas en función del tipo de conexión empleado, la determinación de la ordenación del tiempo de teletrabajo multiplica el horizonte de sus posibilidades. En este sentido, con independencia de las condiciones de lugar, si el teletrabajo se realiza de modo interactivo, la variable tiempo de trabajo se hace bastante objetivable, mientras que cuando el teletrabajo se desarrolla en conexión unidireccional, la ordenación del tiempo de trabajo es más maleable²⁰.

Por otra parte, no resulta difícil de comprender que al empresario puede resultarle cómodo adoptar en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y control, diversas medidas para verificar el cumplimiento por el teletrabajador destacado en un centro de teletrabajo de sus obligaciones y deberes laborales, pudiendo estar dirigidas dichas facultades tanto a controlar el tiempo de trabajo como la realización efectiva del mismo por el teletrabajador.

La normatividad vigente nada dispone respecto de los sistemas concretos de control. Tan solo se establece como límite legal a las facultades empresariales, que se guarde la consideración debida a la dignidad humana y se tenga en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso²¹. De ahí que el empresario podrá adoptar las medidas de control que considere más oportunas, salvo pacto en convenio colectivo.

De lo que se deduce que cabe la adopción de una pluralidad de sistemas. Entre ellos, perfectamente factibles en el caso del teletrabajo desarrollado en telecentros, los de puro control horario, para determinar su cumplimiento por parte de los trabajadores, como la cumplimentación de partes de asistencia, o de trabajo, a fin de medir el rendimiento de los trabajadores, o la obligación de fichar, accionando para ello un dispositivo de telepresencia, que no solo puede facilitar la información sobre la hora de entrada y de salida al centro de trabajo, sino que, además, puede condicionar el propio acceso del teletrabajador a su puesto de trabajo según que se produzca o no dentro de su propio horario de trabajo, bastando para ello que el lector de la banda magnética de la tarjeta de fichado interprete en ella esta información vinculada a la identificación magnética del teletrabajador.

Pero además, las nuevas tecnologías permiten la programación de fórmulas de control de la actividad que se traducen, en definitiva, en fórmulas de medición temporal de la prestación y, por consiguiente, de ordenación y control del tiempo de teletrabajo. Así, en el teletrabajo interactivo el teletrabajador se encuentra sometido a la vigilancia directa e inmediata del empresario en tiempo real, mientras que en las modalidades de conexión unilateral, aunque no lo sea en tiempo real, sí puede serlo en tiempo diferido, por la

utilización de determinados programas –accounting– capaces de registrar la hora de inicio y de terminación del trabajo, e incluso las pausas y los tiempos de descanso.

4. El Objeto de la Teleprestación en la Ordenación del Tiempo de Trabajo

La sujeción de la relación de teletrabajo a las disposiciones legales en materia de ordenación del tiempo de trabajo va a depender en última instancia de un factor tan determinante como los anteriores, que, así como las modalidades de teletrabajo según cual sea la fórmula de localización y la fórmula de comunicación empleadas deben ser interpretadas desde su más estricta interrelación, a esta interpretación debe añadirse un tercer factor de la misma importancia que los anteriores. Me refiero al objeto mismo de la prestación, es decir, a qué debe hacerse o en qué consiste el trabajo debido.

5. El Teletrabajo y la Ordenación del Tiempo de Trabajo, entre la Optimización de la Jornada y el Horario de Trabajo en el Derecho Laboral Peruano

5.1. El Teletrabajo y su necesaria Inclusión en el Derecho Laboral Peruano

Es, recién a principios de la década de los noventa, que el teletrabajo tibia y temerosamente ha ido conociendo su mejor momento, ya que, hasta esa década fue tratado como la cenicienta en el mundo de las relaciones laborales peruanas dada su inexistencia o su desconocimiento legal. El vertiginoso avance tecnológico sufrido por el desarrollo de la informática y el mundo de las telecomunicaciones en la década pasada y la incorporación masiva de estos elementos en los procesos de producción, así como las adaptabilidades que las necesidades laborales de las empresas brindaban y otorgaban frente a otras formas de trabajo más flexibles y la incorporación en sus departamentos y diferentes esferas productivas de las nuevas tecnologías de la informática y de la comunicación, han llevado en la realidad a trabajar desde un lugar distinto o una zona geográfica diferente al centro de labores primigenio, son algunos de estos factores que a nuestro modo de ver, han estimulado que las empresas en el Perú poco a poco hayan estado implementando el uso del teletrabajo dentro de sus estructuras productivas. Es así como el teletrabajo, al contrario de lo que ocurrió años atrás, cuando su uso era precario, pasó de ser una forma de empleo desconocida a constituir parte de las estrategias organizativas de los Departamentos de Recursos Humanos de las principales empresas en el Perú. De ahí que, el teletrabajo sea en la actualidad, como lo indican los ratios estadísticos de los datos

20 Recuerdes que el primer capítulo no he reconocido a la modalidad de teletrabajo *off line* ni tan siquiera la categoría de teletrabajo, dada la ruptura que del elemento sustancial específico de la modalidad –la utilización intensiva de las tecnologías de la información y la comunicación –significa la falta de conexión telemática.

21 Art. 20.e ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

22 LO FARO, citado por THIBAUT ARANDA, Javier, op. cit. pág. 261.

econométricos de las empresas peruanas, uno de los fenómenos, en materia de relaciones laborales y de empleo, que mayor inquietud está suscitando.

El Perú y su irrupción en el escenario económico y productivo mundial no pueden concebir al teletrabajo como un fenómeno local. Cuando los avances tecnológicos son mayores y el fenómeno de la globalización se hace cada vez más fuerte y latente y los “acuerdos de cooperación económica y tratados de libre comercio” inundan e inciden en los procesos económico-productivos, su empleo posibilita la exportación de trabajo calificado y no calificado sin necesidad de que el teletrabajador renuncie a su hogar de residencia. Y es que, el teletrabajo como lo ha propuesto Lo Faro²², por su propia naturaleza, es “transregional”, “transnacional”, “transcontinental” y “transfronterizo”, unido ello a una gran movilidad funcional y geográfica de los trabajadores peruanos y a la libre circulación de personas en una economía mundial globalizada.

Traspasadas las fronteras geográficas, cada vez más un grupo numeroso de trabajadores profesionales –dependientes e independientes– se están viendo beneficiados con esta nueva forma de trabajar, sino las mismas empresas, las cuales gracias a su uso y su empleo como instrumento de trabajo, están obteniendo grandes ventajas económicas, reduciendo cada vez más sus costos laborales de los cuales tanto se quejan, dados los distintos marcos de desarrollo productivo, sus ventajas económicas y las diferencias previsionales que existen actualmente entre los países como en el caso peruano en donde las empresas transnacionales se encuentran establecidas focalizadamente y aquellos lugares donde radica el teletrabajador. A ello hay que añadir el poco desarrollo que hay en el Perú del Derecho Laboral Internacional y Transnacional, su desconocimiento por parte de los abogados especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, porque para nadie es una reserva el alto grado del desarrollo de la descentralización productiva que las empresas transnacionales y los grupos de empresas están implementando en todo el orbe, como también **el alto grado de precariedad de este nuevo tipo de trabajador en estos procesos productivos y esquemas descentralistas** en los cuales no habría que perder de vista las dificultades para un trabajador peruano atrapado en estas nuevas condiciones de trabajo que pretenda hacer valer sus derechos laborales, cuando él tiene fijada su residencia laboral y productiva en el Perú y su empleador se encuentra ubicado exclusivamente fuera de nuestras fronteras nacionales, unido ello a la dificultad de encontrar a algún abogado peruano especialista en derecho del trabajo y/o de seguridad social para poder patrocinar su caso y representarlo directamente en materia de Derecho Laboral Transfronterizo en ámbitos como “Deslocalización Laboral, Descuelgue Salarial, Isonomía Salarial, Movilidad Geográfica virtual, Libre Circulación Laboral de Trabajadores, Teledependencia Funcional, Responsabilidad y Telesubordinación, etc, etc”; aún no tratados específicamente en el caso del derecho laboral peruano por carecer de un marco normativo adecuado sobre: El Teletrabajo.

Puedo atreverme ante este vacío legal arriesgarme a dar mi propia definición de Teletrabajo para el caso peruano, el cual sería el siguiente:

“El Teletrabajo es toda actividad laboral prestada por una persona (empleado, trabajador independiente, trabajador a domicilio), desde un lugar distinto al centro de trabajo o una unidad económica productiva de la empresa o una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado prevalentemente a distancia y geográficamente fuera de la empresa, principalmente en una parte importante del tiempo real y/o virtual, en un lugar o lugares distintos al tradicional centro de trabajo del empresario o empleador o cliente y mediante el uso intensivo de la informática y de las tecnologías de la información y, en su momento, de las telecomunicaciones con el empleo de un videoterminal informático conectado telemáticamente en red o wireless con la estación central informática de la empresa o con su estación satelital perteneciente a la misma empresa, si fuera el caso”.

5.2. El Teletrabajo y el Trabajo a Domicilio en el Perú

La posibilidad de que el teletrabajo en sus diferentes variantes se desarrolle en el domicilio habitual del trabajador, ha estado ocasionando que el teletrabajo haya pretendido ser considerado en muchas ocasiones en el Perú como “trabajo a domicilio”, debido a su falta de regulación legal por parte del legislador peruano y su nula contemplación en el Proyecto o en el Texto de la Ley General del Trabajo, que ni siquiera le dedica artículo alguno para su tratamiento o calificación legal.

Debemos empezar por admitir que el teletrabajo no es una clase o especie de trabajo a domicilio, y para desterrar esta nociva confusión conceptual, ya que, conforme extraemos de nuestra propia legislación nacional, el trabajo a domicilio no es únicamente aquel que se lleva a cabo en el domicilio del trabajador. El artículo 87 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone que: “el trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de una o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador”. Del texto legal de la normativa nacional peruana extraemos que como trabajo a domicilio no pueden enmarcarse todas las modalidades de teletrabajo como tal vez algunos laboralistas peruanos quisieran. **Por lo que, como Investigador en relaciones laborales en mi opinión respecta, aunque conceptualmente “el teletrabajo” no sea necesariamente trabajo a domicilio, llegamos a concluir que tal como se desempeñan el marco normativo de las relaciones laborales el teletrabajo en el Perú no será en todos casos trabajo a domicilio.**

El artículo 87 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala taxativamente:

“**Trabajo a domicilio:** El Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitualmente o temporalmente, de forma

continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario”.

Por tanto, al encontrarnos frente a un supuesto de teletrabajo subordinado, deberá procederse a la celebración de un contrato de trabajo a domicilio con todas las formalidades que exige y reviste la normativa legal y laboral peruana que es lo que habitualmente se hace en el Perú tratando de adecuar al “teletrabajo” en la definición del “trabajo a domicilio” por no haberse regulado aún este hasta la fecha.

“El teletrabajo es toda actividad prestada por una persona (...) desde un lugar distinto al centro de trabajo (...)”

5.3. La Necesidad de una Regulación Legal del Teletrabajo en la Legislación Laboral Peruana

El avance y el desarrollo de las tecnologías de la información y el desarrollo de las tecnologías de la comunicación han ido propiciando la generación de nuevas modalidades contractuales laborales y nuevas formas de trabajar en el mundo que están siendo adoptadas e incorporadas paulatinamente en las estructuras del proceso productivo como neotransformaciones del Derecho del Trabajo en las diferentes empresas nacionales e internacionales afincadas en el Perú a fin de tecnificar su producción haciéndola más eficiente, más rentable y reduciendo a través del uso del teletrabajo sus costos operativos y reduciendo significativamente la carga en planilla, unido ello a una mejor disponibilidad geográfica y horaria de los teletrabajadores con la empresa en la sede central o principal. La forma incipiente de su aparición ha propiciado que esta modalidad laboral pueda encuadrarse en contratos de trabajo como el de locación de servicios, siempre y cuando sea el teletrabajador quien proporcione los medios de producción y trabaje autónomamente administrando independientemente su tiempo, horario, jornada y lugar de teleubicación o teleprestación de su energía laborativa o realización de trabajo; por el contrario, si es la empresa quien provee los instrumentos productivos, entonces estamos ante un teletrabajador subordinado y dependiente, por lo que, concluimos rigurosamente en la necesidad legal de establecer en nuestro país de una “regulación legal y especial” acerca del **“teletrabajo”**, para evitar así la continua confusión y distorsión de este tipo de

trabajo con relación directa al trabajo a domicilio, con la finalidad de evitar confusiones. Debemos por lo tanto tener presente:

a) Que una de las principales características del teletrabajo es la línea tenue que gira en torno a su manifestación como forma de trabajo para determinar si nos encontramos frente a una relación autónoma, independiente o subordinada. Es la naturaleza especial de esta forma de trabajo la que nos conduce a una necesaria definición de contenido y alcance de su contenido y ya que ella va ligada a la adecuada ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores y la forma que tienen de administrar adecuadamente su tiempo y horario de trabajo y que gracias al uso de las tecnologías de la telecomunicaciones el trabajo a realizar es cada vez sujeto a una menor dirección o fiscalización por parte del empleador, trayendo consigo la relativización de una de las características que identifican la existencia de una relación laboral como es “la subordinación” y que conducen a una flexibilización laboral de la misma.

b) El avance del desarrollo tecnológico hace posible la evolución del “teletrabajo” en el mundo de las relaciones laborales peruanas y hace que sea propicia la necesidad de crear un marco legal típico y distinto para evitar su confusión con otras modalidades de trabajo como el “trabajo a domicilio”, el cual ha desbordado y en el cual ya no puede encasillarse por ser prácticamente distinto. Ello unido a que el teletrabajo en sí atraviesa la localización geográfica desbordando las relaciones de trabajo transfronterizas, ya que los servicios pueden ser contratados y prestados en lugares y en países completamente distintos del lugar habitual de residencia del trabajador y del empleador y de donde se encuentra el empleador que lo contrata, originando con ello un desborde legal que obliga a recurrir al uso y empleo del derecho laboral internacional como marco legal tuitivo que garantice el normal desarrollo de dichas actividades, que en muchos casos están a cargo de empresas transnacionales o de un conglomerado de grupos de empresas y que prevean en su momento la posibilidad de que surga alguna desavenencia producto de la relación laboral en el caso de incumplimiento del contrato de trabajo y que dado el momento no se pueda contar con una regulación actual que como tal regule esta novísima forma de trabajo en otros países del mundo. Por último, se hace imprescindible que en el Perú se establezca una legislación que responda a estas inquietudes de orden laboral que están desbordando los requerimientos normales, típicos o tradicionales del derecho del trabajo peruano en cuanto a administración de tiempo, horario, jornada y lugar de trabajo día a día, lo que necesariamente hace pensar en la necesidad de incluir en un artículo propio al teletrabajo en futura Ley General del Trabajo antes de que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico legal a fin de evitar futuros fraudes o elusiones a las leyes laborales o el uso impropio de otros tipos de modalidades laborales que no necesariamente pueden cobijar al teletrabajo como nueva modalidad laboral en todo su contenido y su expresión 