

El Teletrabajo en el Perú: Comentarios al Nuevo Marco Normativo

Eddy Hills Ramirez Punchin*
Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón**

Resumen:

El presente artículo analiza el marco normativo del teletrabajo. En ese sentido, abordamos diversas definiciones en esa materia hasta establecer la definición y formalidades exigidas en base a nuestra legislación. Reflexionaremos respecto a la problemática que el teletrabajo pretende solucionar y así establecer si contamos con normas mínimas que permitan una utilización conforme a nuestros derechos laborales o si estamos ante una regulación deficiente en lo relacionado a la seguridad y salud en el trabajo y la inspección laboral, motivo por el cual proponemos algunas alternativas de solución frente a las deficiencias comentadas.

Palabras clave:

Teletrabajo – Teletrabajador – Ley – Reglamento – Trabajador – Trabajo – Condiciones de trabajo – Empleador – Centro de trabajo – Distancia

Abstract:

This article analyzes the regulatory framework of teleworking. In that sense, we approach different definitions to finally establish the definition and formalities required according to our legislation. We will reflect about the problems that telework pretends to solve, so we can establish then if we have the minimum standards that allows the use according to our labor rights or whether there is a poor regulation in relation to safety and health at work and labor inspections, for that reason we propose some alternatives solutions for above mentioned deficiencies.

Keywords:

Telework – Teleworker – Law – Regulation – Employee – Work - Working conditions – Employer – Place of work – Distance

Sumario:

1. Introducción – 2. El teletrabajo – 3. La Regulación del teletrabajo en el Perú – 4. Vacíos legales dejado en la regulación del teletrabajo – 5. Conclusiones.

* Responsable del Área Laboral de Vargas Pareja Abogados & Consultores con Posgrado en Derecho de Trabajo por la Universidad de Sevilla-España. Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Legal en el Área de Human Capital Services en EY Perú (Ernst & Young).

1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo analizar el teletrabajo como forma de prestación de servicios subordinada y su regulación en la realidad peruana conforme la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo (en adelante, la “Ley”) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-TR (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, podemos observar que el Teletrabajo ya es una realidad en nuestro país al promover un equilibrio entre las actividades realizadas en los ámbitos, personal, familiar y laboral de los trabajadores o servidores civiles, sin embargo, queda preguntarnos si el mercado laboral peruano -lo que desde nuestro punto de vista incluye tanto empleadores, trabajadores y el Estado- es lo suficientemente maduro o dicho de otro modo está preparado para utilizar adecuadamente este método de trabajo, sin que se convierta en un mecanismo que permita el incumplimiento de normas laborales.

Asimismo en las siguientes líneas analizaremos el marco normativo del teletrabajo y de esa forma reflexionar si contamos con normas mínimas que permitan una utilización acorde a nuestros derechos laborales o si estamos ante una regulación deficiente en lo relacionado a la seguridad y salud en el teletrabajo y al de la inspección laboral frente a esta modalidad de contratación, las cuales consideramos que son dos aspectos en los cuales podríamos tener ciertas limitaciones en su ejecución.

2. El teletrabajo

Antes de iniciar con el desarrollo del presente artículo creemos importante realizar la siguiente pregunta: ¿tenemos claro cuál es el concepto cuando nos referimos al teletrabajo?, una primera referencia podría ser lo establecido en el Diccionario de la Real Academia Española donde se lo define como el “[t]rabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas”¹. En otras palabras, en base a una consideración práctica, el teletrabajo puede ser definido como la actividad que es realizada por un trabajador desde un espacio físico distinto a los de propiedad de la empresa o distinto a la sede central de la empresa, como podría ser nuestra casa habitación.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica la definición no debe quedar en este primer nivel de análisis, sino que debemos especificar si esta prestación de servicios tiene presente el elemento de subordinación, ya que recordemos que ciertos indicios de laboralidad como asistencia al centro de trabajo y/o marcado de asistencia de la forma tradicional, no estarán presentes en una relación de teletrabajo.

En el mismo sentido, Puntriano mantiene la preocupación de que el teletrabajo es una “forma organizativa de las relaciones laborales inscritas en el marco de la “descentralización productiva” y “exteriorización de la fuerza de trabajo”², cuyo rasgo diferenciador radica básicamente en el empleo de las nuevas tecnologías de la información.

Por su parte, las normas que regulan el teletrabajo en el Perú, han incluido en su definición que el teletrabajo implica el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de labores.

2.1 Concepto

Para el profesor Saco Barrios el “[t]eletrabajo es el trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones, por una persona y bajo subordinación”³, por su parte Puntriano señala que el “teletrabajo es un fenómeno caracterizado porque el teletrabajador presta sus servicios a distancia del centro de trabajo tradicional, lo cual supone un cambio en la organización de la unidad empresarial, utilizando de manera esencial medios telemáticos sin los cuales no nos encontraríamos ante el teletrabajo”⁴, Para Sanguinetti “es un tipo singular de trabajo a distancia en el que la dirección y el control directo sobre el trabajador son sustituidos por la comunicación con este a través de medios informáticos o audiovisuales. El trabajador desarrolla así su prestación fuera de la empresa, en su domicilio u otro lugar normalmente elegido por él, sin estar necesariamente sujeto a horario o jornada, sirviéndose de tales medios para enviar y recibir encargos”⁵.

De las definiciones, antes comentadas se puede apreciar que existen dos elementos distintivos, por un lado (i) la prestación de servicios se realiza a distancia y (ii) la comunicación entre las partes que conforman la relación se da mediante tecnología

1 Real Academia Española. Vigésimotercera edición del Diccionario de la lengua española, publicada en octubre de 2014 Véase <<http://dle.rae.es/?id=ZNp5nuE>>.

2 PUNTRIANO, Cesar. El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores. En: *Ius et Veritas* N°29, año 2004. p. 158.

3 SACO Barrios, Raúl. El teletrabajo. En *Revista DERECHO PUCP*, año 2007. p. 331.

4 PUNTRIANO, Cesar. El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores. En: *Ius et Veritas* N°29, año 2004. p. 157.

5 SANGUINETI Raymond, Wilfredo. El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. *Revista Foro Jurídico* N° 7, año 2007. pp. 151.

de la información como puede ser teléfonos celulares, internet (lo que incluye videollamadas, chats corporativos, mensajería instantánea, correo electrónico, entre otros).

Queremos resaltar que el teletrabajo podría interpretarse como la prestación de servicios realizada con “independencia aparente”, nos referimos al hecho que el teletrabajador puede encontrarse en un lugar físico distinto a la idea tradicional de centro de trabajo, que incluso puede ser su propia casa. Es posible interpretar esta situación y vincular ese estado al de un servicio independiente, por el hecho de no tener que asistir de forma regular al centro de trabajo, no marcar asistencia de manera regular, no coordinar de forma personal con sus superiores, entre otros. Sin embargo, lo indicado sería una forma equivocada de analizar esta modalidad especial de prestación de servicios, porque en base al acceso de nuevas tecnologías de la información un teletrabajador podría estar tan o más subordinado que un trabajador ordinario (que asiste al centro de trabajo), no vamos a negar que en ocasiones por el propio hecho de encontrarse en su domicilio el teletrabajador podría tener ciertas comodidades y/o facilidades que algunos trabajadores ordinarios no las tienen; sin embargo, ello no debería atentar contra la concepción de que estamos ante una relación laboral y no frente a una relación civil, si es que están supervisados mediante las nuevas tecnologías de la información antes comentadas.

Al respecto Sanguinetti señala que “el concepto de subordinación es lo suficientemente elástico y flexible como para solventar las dudas planteadas; para ello es necesario solo una recomposición del sistema de indicios a utilizar para determinar su presencia en los nuevos trabajos [refiriéndose a los escenarios del teletrabajo]. La técnica del haz de indicios, que sirvió en etapas pasadas para extender la aplicación del derecho del trabajo a las profesiones que por su naturaleza requieren cierta independencia, pueden servir ahora para mantener dentro de sus fronteras a estos nuevos trabajadores asalariados atrapados por el postfordismo y la externalización”⁶.

Por su parte, conforme lo establece el artículo 2° de la Ley, el Teletrabajo es definido como “el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores”, por su parte según el literal h), del

artículo III, del Título Preliminar del Reglamento complementa el concepto de teletrabajo al indicar que “consiste en la prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores”, es importante advertir que la Ley establece que el teletrabajo implica la existencia de subordinación para ello señala en su propio cuerpo normativo indicios de subordinación en el escenario de una relación de teletrabajo, lo que sin duda es acertado, ya que es justamente esta distancia física en la que se encuentra el teletrabajador respecto a su empleador, lo que podría dificultar la probanza de subordinación dentro de la relación laboral. Esta preocupación es señalada también por Sanguinetti cuando establece que “la emergencia de estos fenómenos [refiriéndose al teletrabajo] pone en cuestión [...] el sistema de indicios utilizados hasta el momento para determinar la presencia de la subordinación (asistencia al centro de trabajo, cumplimiento de horarios, control directo constante) pero no necesariamente la idoneidad misma de esta para imperar como elemento calificador”⁷

En consecuencia, posiblemente teniendo en cuenta lo antes comentado, la Ley ha establecido que “[s]on elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros;”, como puede advertirse de la redacción estos indicios de subordinación en realidad constituyen una lista abierta, lo cual es correcto porque sería imposible regular, en nuestra realidad jurídica, la totalidad de supuestos que puedan darse en una modalidad nueva.

Si bien, en este punto no queremos profundizar en un análisis detallado del marco jurídico aplicable al teletrabajo (Ley y Reglamento), sí consideramos importante señalar que el artículo 2 del Reglamento de la Ley permite dos formas de teletrabajo, el de “forma completa” y el de “forma mixta”, el primero hace referencia a aquella prestación de servicio que se realiza fuera de las instalaciones del empleador acudiendo a esta solo para realizar coordinaciones, mientras que el segundo hace referencia a que el teletrabajador realiza la prestación de servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo del empleador.

Lo primero que nos llama la atención es que la denominada “forma completa”, no es tal porque

6 SANGUINETI Raymond, Wilfredo. El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. Revista Foro Jurídico N° 7, año 2007. pp. 152. Haciendo referencia autores como Pérez de los Cobos y Supiot.

7 SANGUINETI Raymond, Wilfredo. El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. Revista Foro Jurídico N° 7, año 2007. pp. 151-152.

el teletrabajador terminará asistiendo al centro de trabajo, si bien la norma indica que a realizar coordinaciones, estas finalmente serán incluidas dentro de la prestación de servicios y además en la práctica puede darse el caso que dichas coordinaciones impliquen la realización de una parte del trabajo efectivo en las instalaciones del empleador; entonces desde nuestra opinión la nomenclatura utilizada no es la más idónea pero la idea es que la gran mayoría de la jornada laboral del teletrabajador no se realice efectivamente dentro de las instalaciones de su empleador. Por su parte la denominada "forma mixta" si bien describe la situación donde el teletrabajador labora tanto a distancia como en las instalaciones del empleador, no precisa ni establece un número de días mínimos para poder definir con claridad cuando estamos ante una u otra modalidad. Nos explicamos mejor con un ejemplo, un teletrabajador que labora 20 días al mes y solo acude 5 de esos días a la empresa a realizar coordinaciones ¿estará ante la modalidad de "forma completa" o es que 5 días de coordinación ya configuran demasiado tiempo y permitiría catalogarlo como teletrabajador de "forma mixta"? Por otro lado, en el escenario de que un teletrabajador labore 20 días al mes pero necesita acudir a las oficinas de su empleador por un día a utilizar programas especiales que le permitan concluir con su labor, ¿generaría que esta labor efectiva así haya sido solo por un día se convierta en un teletrabajador de "forma mixta" o es que dado que solo fue por un día al centro de trabajo podríamos entender que estamos ante una modalidad de "forma completa"?

Al respecto consideramos que la norma no debió hacer distinción entre (i) coordinaciones y (ii) prestación del servicio, ya que el primero puede estar incluido dentro del segundo. Con lo cual si se quería hacer una división del teletrabajo entre "forma completa" y "forma mixta" se debió consignar un número de días máximos en los que el teletrabajador pueda acudir a la empresa a realizar coordinaciones o prestación de servicio (distinción hecha en la norma) sin que ello afecte la forma de teletrabajo en la que ha sido contratado (completa o mixta), de lo contrario podríamos encontrarnos en casos donde se genere confusión para determinar ante qué clase de teletrabajador nos encontramos.

Precisamos que es importante la distinción entre "forma completa" y "forma mixta", ya que, estos últimos no solo deberán cumplir con las formalidades establecidas en la Ley y Reglamento, sino que deberán cumplir con las formalidades establecidas para los trabajadores ordinarios, como por ejemplo que el mercado tradicional este habilitado también para el teletrabajador de "forma mixta".

2.2 Qué problemática intenta solucionar

Partimos de la idea de que cada institución jurídica

es respuesta a una problemática en la realidad, así por ejemplo, si en un determinado momento se flexibilizó la contratación laboral en el Perú es porque se partió de la premisa, erróneamente desde nuestro punto de vista, que evitando sobre costos laborales se generaría mayor inversión. Es así que la modalidad del teletrabajo es respuesta a una problemática o necesidad que el Estado debe atender.

La problemática más difundida que intenta solucionar el teletrabajo es que mediante esta modalidad laboral las personas podrían armonizar la vida personal y/o familiar con la vida laboral, es así que el literal d), del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento ha establecido como principio la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, un ejemplo de ello sería un padre que necesita pasar tiempo con su hija recién nacida, podría ver en el teletrabajo una salida a sus necesidades paternas y sus aspiraciones profesionales.

Vale aclarar que no se trata de que el padre realizará la prestación de servicios y a la vez estará a cargo del cuidado de su hija recién nacida, proponer algo así pecaría de absurdo; sin embargo, esta modalidad va a permitir que el teletrabajador del ejemplo planteado pueda desenvolverse en una relación laboral desde su domicilio, lo que facilitaría, por ejemplo, supervisar a la persona encargada del cuidado de la menor o ahorrar el tiempo de traslados (domicilio – centro de trabajo y viceversa) y dedicárselos a su hija.

Sin embargo, existe otra problemática que el teletrabajo pretende dar solución y es que el teletrabajo es una herramienta de descentralización productiva lo que finalmente significa economizar gastos para la empresa empleadora, por ejemplo significa que un empleador no necesitara arrendar o construir un local para 30 trabajadores, sino que utilizando el teletrabajo podrá arrendar o construir una oficina más pequeña y por ende más económica únicamente para 15 personas.

En nuestra opinión ambos puntos son igual de válidos uno favorece al trabajador y el otro al empleador, esto evidentemente debe venir acompañado con un esquema de control para que ninguna de las partes saque ventajas ilegales de la modalidad de teletrabajo, es decir ni el trabajador baje su productividad por distracciones, ni el empleador vea en esta modalidad la forma de incumplir obligaciones laborales como (el tema de ergonomía en seguridad y salud en el trabajo o peor aún que el teletrabajador sea un trabajador informal). Lo primero está asegurado gracias a las nuevas tecnologías de la información de esa forma el empleador si lo quiere puede pedir información y controlar el desempeño del teletrabajador, avances, horarios y hasta comunicarse con él a tiempo real. Por otro lado, la garantía que tienen

los teletrabajadores de que sus derechos laborales sean respetados pasa por la eficacia de la inspección laboral, que como veremos tendrá varios obstáculos que sortear para lograr la eficacia requerida.

3. La regulación del teletrabajo en el Perú

Ya establecida la definición de teletrabajo, consideramos oportuno entrar al análisis de los puntos más relevantes establecidos en la Ley y Reglamento que regula el teletrabajo y exponer nuestra posición respecto a ello.

3.1 Principios del Teletrabajo

El Reglamento, ha reconocido cuatro principios que orientan la aplicación de la modalidad de teletrabajo: la voluntariedad, la reversibilidad, la igualdad de trato y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral.

- Respecto el principio de voluntariedad, hace referencia a que se requiere el consentimiento del trabajador para modificar la modalidad laboral a teletrabajo.
- Por su parte el principio de reversibilidad permite que un trabajador bajo modalidad de teletrabajo pueda regresar a la modalidad ordinaria si se acredita que no se cumplieron con los objetivos pensados bajo la modalidad del teletrabajo.
- El principio de igualdad de trato, señala que el empleador debe realizar esfuerzos para mantener la igualdad de trato en cuanto a las condiciones de trabajo de los teletrabajadores y quienes laboran presencialmente.
- Finalmente el principio de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, busca promover mediante la utilización del teletrabajo un balance idóneo entre las actividades realizadas en los ámbitos antes señalados.

En nuestra opinión creemos que se debió agregar un principio de colaboración del teletrabajador con la autoridad inspectiva, que permita y facilite la labor inspectiva, ya que como hemos mencionado en ella reside la posibilidad de que el teletrabajador no vea vulnerado sus derechos laborales.

3.2 Principales derechos reconocidos

Entre los principales derechos que se regulan en el Reglamento, nos llama la atención que se reconozca como derecho del teletrabajador a ser capacitado en los medios informáticos, de

telecomunicaciones y análogos, dicha capacitación se deberá realizar antes del inicio de labores. Respecto este punto coincidimos plenamente con lo establecido en los cuerpos normativos, ya que es lógico que el teletrabajador tenga conocimientos de las tecnologías de información otorgadas por el empleador, caso contrario las coordinaciones y/o fiscalización podrían complicarse, lo que volvería inviable la relación laboral a distancia.

Otro derecho reconocido es el de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador, ello es evidente porque los derechos de primera generación no pueden ser restringidos por encontrarnos dentro de una relación laboral⁸.

Nuestra crítica va en los dos últimos derechos expresamente reconocidos en el Reglamento, nos referimos al tema de seguridad y salud en el trabajo, ya que se regula que los teletrabajadores tendrán derecho en lo que fuera aplicable, esto sin duda es una regulación deficiente, al dejar abierta la posibilidad de interpretación de las obligaciones que deberá cumplir el empleador con el teletrabajador, por ejemplo la ergonomía laboral podría ser el principal problema que abordar, sin embargo no hay mención de ello en el Reglamento, nosotros, por un tema de orden, reservamos nuestros comentarios al capítulo correspondiente.

Por otro lado, si bien se reconoce el derecho a la libertad sindical, en la práctica un teletrabajador puede no tener los mismo intereses que un trabajador ordinario, por lo que si bien el derecho esta formalmente reconocido existirán pocos incentivos para que un teletrabajador desee mejores condiciones de trabajo vinculadas al centro de trabajo principal.

3.3 Aspectos formales del teletrabajo

Por el lado de las formalidades que se deben cumplir para acceder al teletrabajo de forma legal encontramos las siguientes consideraciones.

Los contratos, prorrogas, designaciones y cualquier documento donde se establezca que la prestación de servicios se realizará mediante el teletrabajo deberá ser celebrado por escrito en dos copias para el archivo de cada una de las partes.

En este extremo pasaremos a citar textualmente lo establecido en el Reglamento como información obligatoria que se debe consignar el contrato o documento donde se designe el teletrabajo y en cada una de ellas aprovecharemos en realizar nuestros comentarios:

8 Para mayor información al respecto véase: BLANCAS, Carlos. Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2009. 280 pp.

Información a consignar en el contrato o documento de designación a la modalidad de teletrabajo	Comentarios
a) Los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos a emplearse para la prestación del servicio, así como la parte del contrato responsable de proveerlos.	Es de vital importancia consignar a detalle las condiciones de trabajo que se le entregan al trabajador, en el supuesto que sean entregadas por el empleador, ya que permite constatar que el teletrabajador contó con las herramientas necesarias para desenvolverse adecuadamente bajo la modalidad de teletrabajo y se evita cualquier inconveniente al solicitar su devolución por término de la modalidad de teletrabajo. En el mismo sentido, también es importante especificar si el trabajador es el propietario (de una laptop por ejemplo) o titular (de una conexión a internet por ejemplo) de las herramientas que utiliza para cumplir con el teletrabajo y así se cumpla con su derecho a la compensación.
b) En caso los medios sean proporcionados por el empleador o entidad pública, debe indicarse las condiciones de utilización, las responsabilidades del teletrabajador sobre los mismos y el procedimiento de devolución al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo, de corresponder.	Nuevamente se busca tutelar las condiciones de trabajo otorgadas por el empleador, especificando como deben ser utilizadas, lo que va de la mano con el derecho a capacitación que tiene todo teletrabajador. Asimismo, se pueden determinar las responsabilidades del teletrabajador en caso no utilizar adecuadamente las condiciones de trabajo entregadas, desde nuestro punto de vista dichas responsabilidades serán válidas únicamente cuando se haya cumplido con capacitar al teletrabajador en el uso adecuado.
c) En caso los medios sean proporcionados por el teletrabajador, debe indicarse el monto de la compensación que deberá efectuar el empleador; en caso de entidades públicas, dicho pago se realizará conforme al marco legal vigente.	En caso las herramientas sean proporcionadas por el propio teletrabajador se deberá indicar el monto de compensación que deberá efectuar el empleador, teniendo en cuenta lo regulado en el artículo 10 del Reglamento que señala que en el caso del sector privado se hará por acuerdo entre las partes, caso contrario se determinará en función al valor de los bienes en el mercado, lo cual sin duda es una fórmula abierta que podría permitir algunos abusos por parte del empleador. Por otro lado, en el caso del sector público se utiliza la vieja fórmula que el derecho de compensación estará supeditado al tema presupuestal de cada institución; en otras palabras, puede que no se respete este derecho.
d) Las medidas sobre la gestión y seguridad de la información derivadas del uso de los medios con que se preste el servicio bajo la modalidad de teletrabajo.	Evidentemente, tanto el teletrabajador como el empleador deben tener la seguridad de que la información que se comparta entre las partes no puede ser filtrada a terceros (como empresas competidoras por ejemplo), en ese escenario se deberá proveer no solo una laptop sino que deberá tener un antivirus activo o si se otorga un equipo celular cuenta con línea para poder comunicarse, ya que de lo contrario de nada serviría otorgar las condiciones de trabajo antes comentadas.
e) La jornada que se asigne al teletrabajador, de acuerdo con los límites previstos en las normas que resulten aplicables.	Si bien es importante especificar la jornada de trabajo que deberá cumplir el teletrabajador, creemos más importante hacer mención al horario específico que cumplirá el teletrabajador, ya que si no se respeta su horario se estaría atentando contra el principio de armonía con la vida personal y familiar.
f) El mecanismo de supervisión o de reporte a implementarse para facilitar el control y supervisión de las labores, de ser el caso.	Consideramos que este mecanismo puede ser tan complejo como obligar al teletrabajador a mantener actualizado un sistema de llenado de actividades o tan simple como que envíe un correo detallando las labores realizadas y los temas pendientes a su cargo, sin embargo la real importancia de este punto es que mediante el mecanismo consignado se estará evidenciando la subordinación del teletrabajador, no queremos decir que es el único en el que recae dicha responsabilidad pero sin duda es el más importante.
Cuando se trate de un cambio de la modalidad convencional a la modalidad de teletrabajo, el empleador o entidad pública debe indicar la justificación del cambio así como los objetivos que persigue con aquella variación.	Desde nuestra perspectiva la justificación no solo debe estar especificada en el documento sino que debe ser comprobable y los objetivos que se persiguen deben ir de la mano con dicha justificación. Por ejemplo en el escenario de un trabajador que ha sido recientemente padre y por ello pasará a la modalidad del teletrabajo, podemos concluir que la justificación es el nacimiento de una nueva hija, lo cual es demostrable con la partida de nacimiento o DNI de la menor y los objetivos que se persiguen serían: (i) armonizar la vida familiar con la vida laboral y (ii) que el ahora teletrabajador mantenga su mismo rendimiento.

Habiendo explicado las formalidades reguladas en el marco normativo del teletrabajo, queremos expresar a manera de resumen que lo único que se regula es lo que se debe consignar en el contrato o documento de designación a la modalidad de teletrabajo, sin dar importancia a que se cumpla con lo plasmado en dichos documentos, ya que la norma no obliga al empleador a realizar un registro de dicho documento ante la autoridad

administrativa de trabajo (como en el caso de los contratos sujetos a modalidad), sino basta con que se registre en la Planilla Electrónica la condición de teletrabajador. Esto desde nuestro punto de vista es incorrecto ya que incentiva a implementar la modalidad de teletrabajo sin cumplir condiciones mínimas para su ejecución, pues no existe una aprobación previa de la autoridad administrativa de trabajo.

4. Limitaciones que se podrían enfrentar en la regulación del teletrabajo

4.1 Análisis de la seguridad y salud en el trabajo

Nuestra legislación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido establecida bajo la concepción de que el empleador previene, fiscaliza y garantiza la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. Es decir, el empleador mantiene un control total de lo que sucede dentro de sus instalaciones e inclusive asume responsabilidad frente a cualquier contingencia que se genere en esta materia por causa de su negligencia.

Sin embargo, la pregunta que nos surge a razón de lo señalado es ¿Cómo se va cumplir con lo antes indicado en el caso del teletrabajo? Es decir, el teletrabajador puede que realice sus labores desde su domicilio pero frente a ello ¿cómo el empleador podría garantizar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo?

Un caso recurrente que podríamos plantear es lo relacionado al tiempo de exposición que debe tener un trabajador en labores frente a una computadora. La norma en particular establece que el tiempo efectivo de la entrada de datos en computadoras no debe exceder el plazo máximo de cinco (5) horas y que éstas actividades tendrán como mínimo una pausa de diez (10) minutos de descanso por cada cincuenta (50) minutos de trabajo. Otro aspecto que tendríamos que considerar son las posturas que debe aplicar el trabajador en labores que debe realizar sentado, la norma en particular señala que el plano de trabajo debe situarse teniendo en cuenta las características de la tarea y las medida antropométricas de las personas, debe tener las dimensiones adecuadas que permitan el posicionamiento y el libre movimiento de los segmentos corporales y así evitar restricciones de espacio y colocar objetos que impidan el libre movimiento de los miembros inferiores.

Es decir, si en el centro de trabajo del empleador ya resulta complicado poder fiscalizar estos aspectos citados ¿Cómo se podría garantizar estos derechos fuera del centro de trabajo del empleador en el caso en particular del Teletrabajo? Más aún, que si a la fecha ya muchas empresas les ha resultado oneroso la implementación del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo, el hecho de trasladar estos aspectos a la modalidad de Teletrabajo, pues definitivamente implicaría una inversión considerable, más aun al tener que diferenciar entre el espacio que se designe para prestar la labor dentro del domicilio del trabajador versus el espacio que el trabajador tenga establecido para realizar el uso de su casa-habitación.

Definitivamente, no pretendemos ser negativos en lo referente a estos aspectos, pero si consideramos

que hay mucho por realizar en esta materia, partiendo bajo la modalidad del Teletrabajo. Es así, que consideramos importante enfatizar algunos aspectos que nuestros legisladores deberían considerar para garantizar la seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores.

4.1.1 Deber de capacitación al Teletrabajador

Consideramos importante que de la misma forma como se capacita a los trabajadores que realizan su labor a diario en las instalaciones del empleador, pues de la misma forma se establezca capacitación al teletrabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo con el objetivo que el teletrabajador cuente con los conocimientos necesarios para poder prevenir cualquier contingencia en esta materia, más aun teniendo en cuenta que la labor que se realice será fuera de las instalaciones de la empresa y en muchos casos desde el propio domicilio del teletrabajador.

Hemos podido apreciar de la redacción del literal d) del artículo 6° del Reglamento, que ésta solo se limita a mencionar que entre los derechos que se garantiza tenemos lo relacionado a la Seguridad y Salud en el Trabajo, sin embargo deja abierta la posibilidad de aplicar *lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo*. Esto podría llevar a la interpretación por parte de un grupo de empleadores que no sería necesario cumplir con el requisito de realizar cuatro capacitaciones mínimas al año obligatorias en seguridad y salud en el trabajo, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 35° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, bajo el argumento que como el trabajador no se encuentra expuesto a los peligros dentro de las instalaciones del empleador, pues por ende no sería necesario otorgar capacitación en materia de seguridad y salud en el trabajo al teletrabajador.

Ante ello, consideramos que con mayor razón debido a que el teletrabajador no realizará sus actividades en las instalaciones del empleador, es necesario establecer mayores mecanismos que coadyuven a evitar que el teletrabajador se vea expuesto a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sobre esto último no debemos olvidarnos la exposición a los riesgos psicosociales, lo que se produce cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de patologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, musculoesqueléticas, mentales, entre otras.

En consecuencia, será importante que el teletrabajador tenga identificado que si bien su actividad va ser prestada fuera de las instalaciones del empleador, pues se debe respetar las obligaciones en materia de seguridad y salud, más aun cuando en la gran mayoría de casos se van utilizar elementos tecnológicos para el

desarrollo de sus labores, pues nos referimos específicamente a actividades que implican estar expuestos frente a computadoras por tiempos prolongados, lo que conlleva respetar las posturas adecuadas para el desarrollo de sus labores y tener un espacio acorde que favorezca la realización de las mismas, al margen de ser todo un reto para el teletrabajador evitar las distracciones que se podrían generar en su propio domicilio.

4.1.2 Programas de vigilancia respecto a la salud y seguridad de los teletrabajadores

Consideramos importante que las empresas implementen este tipo de documentación dentro de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo en particular al grupo de teletrabajadores, ya que al no encontrarse dentro de las instalaciones del empleador, son más propensos a verse perjudicados en temas de salud y seguridad dentro de las labores que realicen.

Por ejemplo, podría suceder que un teletrabajador debido a que se encuentra prestando sus servicios desde la comodidad de su domicilio, tenga un descontrol referente a la ingesta de alimentos al tener acceso sin limitaciones a su zona de cocina o también puede darse el caso que el teletrabajador en lugar de realizar sus labores en el espacio asignado por su empleador y acondicionada para ello, decida ir a otra zona de su domicilio para realizar sus labores con mayor "comodidad", ejemplo, en lugar de preferir una silla ergonómica, realiza su labor desde su sofá.

Para evitar este tipo de casos, va ser muy importante que el empleador implemente un adecuado programa de vigilancia de la seguridad y salud en el trabajo de sus teletrabajadores con el objetivo de realizar un adecuado seguimiento al respecto, el cual debe estar a cargo de profesionales especializados en las materias a vigilar; y así, el teletrabajador cuente con el soporte suficiente para consultar y por su lado el empleador de poder prevenir cualquier contingencia que se pueda desarrollar relacionada a la seguridad y salud de sus teletrabajadores.

En consecuencia, consideramos que en el caso del Teletrabajador se debió realizar un mayor desarrollo en lo referente a la Seguridad y Salud en el Trabajo, ya que establecer espacios para el discernimiento entre lo que se debe considerar aplicable o no, podría generar que se vulneren los derechos en esta materia sobre este grupo de trabajadores y así, tener un retroceso a lo que se viene avanzando con sus propias limitaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en nuestro país.

4.2 Análisis del rol inspectivo en el teletrabajo

Un tema importante para el caso de la modalidad laboral del teletrabajo es determinar la forma en la que se realizará la inspección de trabajo, ya que el centro de trabajo en muchas oportunidades será a la vez un domicilio; al respecto, recordemos que nuestra constitución en el artículo 2, inciso 9, reconoce el derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio⁹, con lo cual a simple vista parecería que las inspecciones de trabajo encuentran un primer problema; algún lector perspicaz podrá entender que el problema que mencionamos es mínimo, ya que en muchas ocasiones es el propio trabajador quien solicita una visita inspectiva o es el interesado en que los inspectores de trabajo cumplan su función adecuadamente y siendo el titular del domicilio no pondrá trabas a la visita inspectiva.

Si bien un razonamiento como el anterior es cierto, ya que si un trabajador solicita una inspección es claro que colaborará con los inspectores de trabajo; sin embargo, consideramos que no engloba todos los casos, ya que ante inspecciones de oficio el trabajador no tiene el mismo interés de colaboración porque puede ver esta visita inspectiva como innecesaria y no atenderla, en consecuencia pese a que el empleador cumpla con todas las formalidades requeridas para la contratación de un teletrabajador, al no poder constatarlas in situ el inspector podría sancionar a la empresa con alguna multa de incumplimiento de obligaciones laborales y/o por no colaborar con la actuación inspectiva.

Entonces de nada le podría servir al empleador, contar con el contrato escrito y firmado del teletrabajador con las cláusulas obligatorias, registrarlo en el T-Registro como teletrabajador, contar con constancia de entrega de tecnología de la información (laptops, celulares u otros) y contar con certificados de capacitaciones realizadas, si es que el inspector no puede corroborar la formalidad del documento con la realidad del trabajador, es decir con lo que realmente le ha sido otorgado o simplemente poder recoger su versión de los hechos. Evidentemente la solución no es que el inspector se quede únicamente con la versión y documentos entregados por la empresa sin realizar la visita al lugar donde el teletrabajador presta sus servicios. Asimismo, tampoco sería justo que un empleador que cumpliendo con todas las formalidades exigidas por las normas del teletrabajo y demás aplicables se le imponga una multa administrativa porque el inspector no puede corroborar los documentos con los hechos dentro del domicilio del teletrabajador.

9 Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 9) A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

A continuación analizaremos brevemente el derecho a la inviolabilidad de domicilio con la intención de determinar si existe alguna excepción al mencionado derecho que permita la ejecución de inspecciones de trabajo.

4.2.1 Inviolabilidad de domicilio

Doctrina especializada entiende que el derecho de inviolabilidad de domicilio es manifestación del derecho a la intimidad, señalando que “parece más acertado sustentar la libertad domiciliaria en la vida privada y en el **derecho a la intimidad**, por indiscutible conexión entre ambos valores. [...] Se protege el domicilio, entre otras cosas, porque es en él donde puede desarrollarse la vida privada del individuo”¹⁰, en el mismo sentido De Alfonso, señala que “la formulación del derecho constitucional de inviolabilidad del artículo 18.2 [numeral donde la Constitución Española hace referencia a la inviolabilidad de domicilio] debe ser contrastada y complementada con la protección del derecho a la intimidad personal, que viene a ser la vertiente incorpórea o de imagen de ese mismo principio de respeto a la privacidad del individuo o familia que se concreta en la protección al espacio físico del domicilio”¹¹, de lo anterior debemos tener en cuenta que la inviolabilidad de domicilio es solo una manifestación del derecho a la intimidad, con lo cual es posible que haya excepciones, ya de por sí nuestra constitución establece algunas excepciones cuando hay autorización del titular, autorización judicial, flagrante delito y por temas de salubridad; si bien es cierto no señala el caso de inspecciones de trabajo, consideramos que a partir de una interpretación sistemática de la constitución se podría ampliar las excepciones en tanto entre en conflicto con otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho al trabajo.

Por su parte, las inspecciones de trabajo busca proteger otro derecho fundamental, el derecho al trabajo, así tenemos que en el artículo 23¹² de la constitución que plasma la obligación del Estado en promover políticas de fomento del empleo productivo; además, establece que en ninguna relación laboral debe limitar, desconocerse o rebajar los Derechos Fundamentales (en adelante DDFF).

De lo dicho en los párrafos precedentes, podemos percatarnos que hay dos DDFF en juego el derecho

a la intimidad reflejado en la inviolabilidad de domicilio y el derecho al trabajo, reflejado en la obligación del Estado en promover un empleo digno (inspecciones). Con lo cual podemos ver que el derecho a la intimidad si podría dar paso a las inspecciones de trabajo, ya que nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en múltiples sentencias “que los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹³, de la misma forma el tribunal constitucional español refiriéndose al derecho a la intimidad ha establecido lo siguiente:

Pues bien, hemos dicho con reiteración que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos (por todas STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8), por lo que pueden ser sometidos a restricciones. Llevando esta afirmación al derecho a la intimidad, y como ya afirmamos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, aunque la Constitución, en su artículo 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de tal derecho (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones proclamados en los arts. 18.2 y 3 CE), ello no significa que sea un derecho absoluto (FJ 2). Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).¹⁴

Entonces, el derecho a la inviolabilidad de domicilio puede permitir la realización de inspecciones de trabajo, en la medida que estas son manifestaciones del derecho al trabajo digno, además de que son la única forma posible en la que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, SUNAFIL) pueda corroborar el adecuado cumplimiento de las formalidades exigidas por las normas que regulan el teletrabajo, tema de interés público para el Estado.

10 BALLESTER Cardell María. La intimidad como fundamento de la inviolabilidad de domicilio. Palma: Assaigs Jurídics, 5. 1998. p. 100. Resaltado nuestro.

11 DE ALFONSO Bozzo Alfonso. Sobre la inviolabilidad de domicilio. En: Revista Jurídica de Catalunya, numero 2. 1985. p. 456

12 Artículo 23. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

13 STC N.º 02700-2006-HC/TC (f. 18)

14 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sala Primera. Sentencia 70/2009, de 23 de marzo de 2009. Véase: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6489> >

4.2.2 Problema geográfico: diversificación de los centros de labores de los teletrabajadores

Otro problema relevante es el hecho de cómo realizar una inspección de trabajo idónea, si es que actualmente la SUNAFIL no se da abasto para inspeccionar a trabajadores de modalidades ordinarias; entonces, como podemos esperar que se inspeccione a trabajadores bajo la modalidad del teletrabajo, que justamente por tener ciertas peculiaridades dificulta la labor inspectiva como el tema de inviolabilidad de domicilio que vimos líneas arriba o la cantidad de domicilios que podrán convertirse en centros de labores del teletrabajador, a donde los inspectores deberán acudir para constatar en la realidad los hechos y documentación que puedan recabar en las oficinas del empleador, este es un problema que desarrollaremos a continuación.

Entonces el problema que detectamos es que un inspector podría invertir una gran cantidad de tiempo realizando las investigaciones correspondientes a la modalidad del teletrabajo, imaginemos el siguiente escenario un inspector fiscaliza a una empresa en temas de teletrabajo, esta le informa y demuestra que tiene 10 teletrabajadores contratados y se le facilita información que demuestra cumplimiento de obligaciones formales al inspector (entrega de equipos de tecnología de la información por ejemplo), evidentemente el inspector no podría corroborar esos documentos con la realidad sin visitar los domicilios de los teletrabajadores, entonces el inspector deberá acudir a cada uno de los domicilios, es decir realizar por lo menos 10 visitas inspectivas adicionales dentro del mismo caso. Ello, desde nuestro punto de vista, podría generar un incentivo perverso de que el inspector opte por no realizar visitas a los domicilios de los trabajadores, dando por cierto la versión y documentación presentada por el empleador.

Nosotros consideramos que una solución podría ser intercalar visitas físicas al domicilio de los teletrabajadores y otras visitas virtuales cuando sea posible, aprovechando que el teletrabajador tendrá acceso a las tecnologías de información (laptop con webcam e internet) para poder hacer un recorrido virtual por las instalaciones donde labora el teletrabajador. Lamentablemente ello implica que los inspectores de trabajo cuenten con la tecnología y capacitación necesarias para realizar este tipo de actividades. En otras palabras, para ser viable una solución como la planteada se requiere que la SUNAFIL, como institución del Estado, cuente con un mayor presupuesto que le permita cumplir sus funciones a cabalidad, ya que, resulta irónico que se creen e incluyan nuevas modalidades laborales y no se repotencien las capacidades fiscalizadoras de la mencionada institución.

5. Conclusiones

No ha sido intención del presente trabajo dar por concluidos los puntos desarrollados; sin embargo consideramos importante resaltar la importancia de las siguientes ideas:

- El teletrabajo es una modalidad laboral, indetectable por dos elementos: (i) elemento de distancia, debido a que el teletrabajador presta servicio en un lugar distinto al centro de trabajo de su empleador y (ii) la comunicación entre las partes que conforman la relación se da mediante teléfonos celulares, internet (lo que incluye videollamadas, chats corporativos, mensajería instantánea, correo electrónico entre otros).
- Si bien el teletrabajo podría generar una aparente independencia en la prestación del servicio, ello no impide que estemos ante una modalidad laboral, es decir que estemos ante una prestación de servicios dependiente que este bajo la tutela del derecho del trabajo.
- Gracias a las nuevas tecnologías de la información un teletrabajador pese a encontrarse en su domicilio puede tener el mismo nivel de control y fiscalización que tiene un trabajador ordinario.
- Defendemos la idea de que el teletrabajo, busca generar dos beneficios por un lado respecto al trabajador le permite armonizar su vida familiar y/o personal con su vida laboral, por parte del empleador, el teletrabajo al ser una forma de descentralización productiva le permite ahorrar gastos en los que tendría que acceder si el trabajador realizará la prestación de servicio en sus instalaciones (oficinas, talleres, fabricas, etc), ya que tendría que equipar adecuadamente un espacio para el trabajador.
- Respecto la regulación en el Perú del teletrabajo creemos que tiene aspectos positivos, siendo el más importante de ellos, el consignar mediante una lista enunciativa indicios de subordinación específicos para el caso de la modalidad de teletrabajo, esto permitirá determinar claramente cuando estamos ante un caso de teletrabajo subordinado. Sin embargo, creemos que también ha habido problemas de vacíos legales como el tema de la inspección laboral y temas de seguridad y salud en el trabajo.
- Lamentablemente, consideramos que el marco normativo del teletrabajo no se agotará en la ley y reglamento comentados en el presente trabajo sino que serán necesarios la publicación de resoluciones ministeriales y/o protocolos que permitan suplir las deficiencias dejadas por el actual marco legal. 📌