
FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Año 20, Número 21 (2023)

DERECHO DEL TRABAJO: RELACIONES LABORALES POST-PANDEMIA

Carlos Cornejo

César Abanto

Manuel De Lama

Betty Egúsqiza Palacín

Miguel Canessa

Karla Canova

Javier H. Espinoza Escobar

Fernando Segundo Félix Córdova

Cecilia Calderón

Karla Zuta

Carlos Quispe Montesinos

Renato Estremadoyro Amaya

Leonardo Ambesi 

Irene Duarte Villalobos 

Almudena Batista Jimenez 

Lucas Peiro de la Rocha 

FORO JURÍDICO N° 21

Revista de Derecho

Leonardo Ambesi | Almudena Batista /Lucas Peiro | Irene Duarte
Betty Egúsqizai / Fernando Félix | Carlos Cornejo | Cecilia Calderón | César Aban-
to Javier Espinoza / Renato Estremadoyro | Karla Zuta | Manuel De Lama
Miguel Canessa | Carlos Quispe | Karla Canova

FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Año 20, Número 21 (2023)

DERECHO DEL TRABAJO: RELACIONES LABORALES POST PANDEMIA

Leonardo Ambesi | Almudena Batista /Lucas Peiro | Irene Duarte |
Betty Egúsqiza /Fernando Félix | Carlos Cornejo | Cecilia Calderón |
César Abanto | Javier Espinoza / Renato Estremadoyro | Karla Zuta |
Manuel De Lama | Miguel Canessa | Carlos Quispe | Karla Canova



**FORO
ACADÉMICO**
Asociación Civil

Revista Foro Jurídico

Año XX - N° 21 –Abril 2023

Primera edición, Lima, Abril 2023

Revista editada en: Lima - Perú

Copyright © 2022. Asociación Civil Foro Académico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2004-1267

ISSN: 2414-1720 (impreso)

ISSN: 2520-9922 (en línea)

Diagramación hecha por: Aleph Impresiones

Revista elaborada y editada por la Asociación Civil Foro Académico

Oficina: Av. Universitaria No 1801 San Miguel - Segundo Piso de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

Teléfono: 626-2000, Anexo 5666

forojuridico@pucp.edu.pe

<https://www.foroacademico.pe> | <https://www.parthenon.pe>

Editor General

David Enrique Cox Cruz

Editores

Angie Xiomara Padilla Seban, Valeria Ysela Viñas Moya, Mónica Lizet Espinoza Granizo, Piero Giancarlo Curi García, Rosa Irene Garavito Ruiz, Richard Alejandro Castellón García, Abigail Ana Quispe Rojas, Diana Sol Alcalá Espinoza, Medalit Stefanny Damian Yupanqui, Rosa Victoria Arteaga Pajares, Andrea Sotelo Molero, Jean Pool Neyra Chumpitaz y Miguel Ángel Carpio Negrón.

Diseño de Portada: Claudia Lissette Rivera Linares

Revista impresa en abril de 2023

Aleph Impresiones SRL Jirón Risco 580 Lince (Lima)

ibd@alepimpresiones.net

Tiraje: 50 ejemplares

Dirección Postal: Para el envío de artículos, solicitudes de suscripciones, canjes, informes, entre otros, escribir a: forojuridicopucp@gmail.com

El contenido de los artículos publicados en la revista Foro Jurídico, así como las opiniones y posturas plasmadas en ellos, son de responsabilidad única y exclusiva de los autores.



Foro Jurídico es una Revista de Derecho de periodicidad anual, editada y publicada, tanto en formato impreso y electrónico, por parte de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Foro Académico se fundó en 2001 y cuenta con más de veinte (20) años difundiendo periódicamente el conocimiento jurídico de las distintas ramas del Derecho.

El contenido de la revista Foro Jurídico es pluritemático abordando diversas áreas del Derecho en general. Sin embargo, en nuestras últimas ediciones, se han desarrollado temas y conceptos enfocados en un mismo eje temático, el cual varía con cada publicación anual.

Foro Jurídico es una revista dirigida a investigadores de la rama, abogados profesionales, estudiantes de Derecho y público académico en general. A través de sus artículos, escritos por reconocidos profesores y abogados nacionales e internacionales, permite ampliar los conocimientos y difundir estudios, realizados en áreas poco abordadas, con la finalidad de generar mayor interés en la investigación.

La revista se encuentra disponible y se puede consultar en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



FORO
ACADÉMICO
ASOCIACIÓN CIVIL

EQUIPO EDITORIAL

Coordinador

Jorge Toyama Miyagusuku

Autores

Leonardo J. Ambesi

Almudena Batista Jimenez

Lucas Peiro de la Rocha

Irene Duarte Villalobos

Carlos Cornejo Vargas

Miguel Canessa Montejo

Betty Egúsqüiza Palacín

Fernando Félix Córdova

Carlos Quispe Montesinos

Cecilia Calderón Paredes

César Abanto Revilla

Javier Espinoza Escobar

Renato Estremadoyro Amaya

Karla Canova Talledo

Karla Zuta Palacios

Manuel De Lama Laura

Árbitros

Guillermo Boza Pró

Luis Santa Cruz

José Balta Varillas

Jorge Toyama Miyagusuku

Silvia Rebaza Santa Cruz

Armando Gutiérrez Gonzales

Diego Castillo Fuentes

Dante Botton Girón

Willy Monzón Zevallos

Alberto Varillas Cueto

Anna Vilela Espinosa

Bismarck Seminario Morante

Marilú Merzthal Shigyo

Rebeca Aparicio Aldana

Martín Fajardo Mori

Mauricio Matos Zegarra

María Teresa Cuba Fernández

Eulogio Peña Giner

Martin Ruggiero Garzón

Ivan Parédez Neyra

Fressia Sanchez Tuñoque

Carlos Cadillo Ángeles

Comisión de Publicaciones

David Enrique Cox Cruz

Angie Xiomara Padilla Seban

Valeria Ysela Viñas Moya

Mónica Lizet Espinoza Granizo

Piero Giancarlo Curi García

Richard Alejandro Castellón Garcia

Abigail Ana Quispe Rojas

Miguel Ángel Carpio Negrón

Rosa Irene Garavito Ruiz

Diana Sol Alcalá Espinoza

Medalit Stefanny Damian Yupanqui

Rosa Victoria Arteaga Pajares

Andrea Sotelo Molero

Jean Pool Neyra Chumpitaz

CONSEJO DIRECTIVO 2022

Consejo Directivo 2022-1:

Presidenta del Consejo Directivo: Nadia Elizeth Ibarra Laurente

Director de Publicaciones: David Enrique Cox Cruz

Directora de Administración y Control: María Stephanie Perales Ocampo

Directora de Imagen Institucional: Eliane Cecilia Andía Espinoza

Directora de Actualidad Jurídica: Marisol Caroline Tolentino Zelarayan

Directora de Eventos: Winy Marilyn Espinoza Flores

Directora de Investigación Académica: Maria Josefina Cortez Medina

Directora de Economía: Gianela Ivette Roque Valladares

Directora de Responsabilidad Social Universitaria: Wendy Allison Vásquez Rodríguez

Consejo Directivo 2022-2:

Presidenta del Consejo Directivo: Andrea Tovar Vera

Director de Publicaciones: David Enrique Cox Cruz

Directora de Administración y Control: Simón González Astupiñan

Directora de Imagen Institucional: Nilton Néstor Mitsuo Vásquez Cadillo

Directora de Actualidad Jurídica: Juana Guadalupe Núñez Samaniego

Directora de Eventos: María de los Ángeles Velazque Leiva

Directora de Investigación Académica: Maria Josefina Cortez Medina

Directora de Economía: Mayra Susana Huiwin Villarreal

Directora de Responsabilidad Social: Kely Perez Naupay

COMISIONES 2022

Comisión de Publicaciones

David Enrique Cox Cruz
Angie Xiomara Padilla Seban
Valeria Ysela Viñas Moya
Mónica Lizet Espinoza Granizo
Richard Alejandro Castellón García
Abigail Ana Quispe Rojas
Miguel Ángel Carpio Negrón
Rosa Irene Garavito Ruiz
Diana Sol Alcalá Espinoza
Medalit Stefanny Damian Yupanqui
Rosa Victoria Arteaga Pajares
Andrea Sotelo Molero
Piero Giancarlo Curi García
Jean Pool Neyra Chumpitaz

Comisión de Administración y Control

Enzo Rodrigo Gómez Rojas
Silvana Esperanza Oriundo Melgar
Karla Ximena Poma Arrieta
Simón Gonzales Astupiñan
Katherine Ramos Suaña
Marco Antonio Solís
María Stephanie Perales Ocampo

Comisión de Imagen Institucional

Lizeth Sheyla Carpio Pantani
Sofía Frida Bernabé Orihuela
Marcia Alessandra Gonia Farfán
Nilton Nestor Mitsuo Vasquez Cadillo
Vania Vasquez Ninanya
Claudia Lisette Rivera Linares
Nicole La Madrid Castañeda
Fiorella Yvonne Arana Huarancca
Elba Yasire Villanueva Tello
Eliane Cecilia Andía Espinoza

Comisión de Actualidad Jurídica

Fiorella Yvonne Arana Huarancca
Danitza Hemilsen Castillo Napán
Carolina Emperatriz Díaz Jurado
Del Piero Giovanni Loayza Sandoval
Henry Gabriel Macedo Rosario
Juana Guadalupe Núñez Samaniego
María de los Angeles Ramos Valverde
Indira Janet Salcedo Ramos
Gladys Ximena Torres Ventura
Alexandra Rocio Urbano Espejo
Isavo Irina Vargas López
Juana Guadalupe Núñez Samaniego
Marisol Caroline Tolentino Zelarayan

Comisión de Eventos

Juan Antonio Velapatiño Herrera
María de los Ángeles Velazque Leiva
Thalía Jackelin Maquera Platero
José Manuel Espinoza Rocha
Anggie Nicolle Arellano Vela
Luis Arturo Castillo Rengifo
Guadalupe del Pilar Chucos Apumayta
Diego Larico Vargas
Jhonatan Ronald Romo Limas
Andrea Tovar Vera
Winy Marilyn Espinoza Flores

Comisión de Investigación Académica

Karina Belén Cárdenas Pomalaza
Juan Rubén Quijano Calderón
Julio Cesar Vargas Llanos
Percy Paolo Rios Villegas
Bárbara Stephanie López Cieza
Javier Alfonso Contreras Miranda
Ricardo Antonio Solís Torres
María Josefina Cortez Medina

Comisión de Economía

Rosario Lorena Flores Coria
Mauricio Rafael Copaja Chambilla
Adriana Alexandra Alvarado De La Cruz
Zonia Aurelia Tutaya Romero
Mayra Susana Huiwin Villarreal
Mónica Sánchez Acuña
Tania Estephanie Bravo Ayala
Michelle Sara Girón Evangelista
Gianela Ivette Roque Valladares

Responsabilidad Social Universitaria

Emilin Anais Quispe Paucar
Victoria Alejandra Salinas Nuñez
Kely Pérez Naupay
Alexandra Elianne Choque Mendoza
Diego Fernando Santillán Chávez
Andrea Fernanda Recalde Manrique
Mariza Alessandra Zapata More
Marioernesto Gerardo Soria Pacori
Wendy Allison Vásquez Rodríguez

ÍNDICE

La reconfiguración de las instituciones laborales en la postpandemia: los riesgos de un Derecho del Trabajo inestable	
Leonardo J. Ambesi	17
El teletrabajo postpandemia: beneficios y retos	
Almudena Batista Jiménez y Lucas Peiro de la Rocha	35
Las relaciones laborales durante y después de una pandemia: Retos de las empresas en Colombia	
Irene Duarte Villalobos	59
El nuevo acuerdo de libre comercio de Norteamérica: el Capítulo Laboral 23 del USMCA	
Miguel F. Canessa Montejo	71
Consecuencias del distanciamiento social a causa de la Covid-19 en el empleo y el mercado laboral peruano: Estadísticas y retos jurídico-normativos	
Betty Egúsqüiza Palacín y Fernando Segundo Félix Córdoba	107
Trabajo presencial o trabajo a distancia: entre lo necesario y lo complementario	
Carlos Cornejo Vargas	135
El proceso laboral post pandemia y las reformas normativas pendientes	
Carlos Alberto Quispe Montesinos	157
La ejecución a distancia de las relaciones laborales: desafíos organizacionales en su implementación	
Cecilia Calderón Paredes	181

El impacto y la evolución de la virtualidad en los procesos judiciales laborales	
César Abanto Revilla	203
Legislar para prevenir: Seguridad y salud en el teletrabajo post Covid-19	
Javier H. Espinoza Escobar y Renato Estremadoyro Amaya	221
Cambio climático y su impacto en la salud de los trabajadores. Políticas públicas en el Perú	
Karla Canova Talledo	253
Uso de las tecnologías de la comunicación en las relaciones de trabajo y su impacto durante y después pandemia	
Karla Zuta Palacios	271
Algunas consideraciones con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano	
Manuel Gonzalo De Lama Laura	285

EDITORIAL

El presente número se enfoca en el Derecho del Trabajo, en el marco de las relaciones laborales en el mundo post pandemia. Es indudable que la pandemia del Covid-19 cambió drásticamente diversos ámbitos de nuestras vidas, siendo uno de ellos el ámbito laboral. Las cuarentenas, que se establecieron a inicios de la pandemia, forzaron el incremento exponencial de formas de trabajo a través de medios virtuales, dejando de lado la tradicional presencialidad. A medida que la pandemia se iba superando, la tendencia del mercado laboral fue regresando paulatinamente a la presencialidad. Sin embargo, el impacto que generó en las formas de trabajo no desaparecerá con la superación de la pandemia. Este proyecto académico busca ser un espacio para la discusión académica en dicho contexto.

Este número no habría sido posible sin la colaboración de cada uno de los autores (nacionales y extranjeros) y árbitros. Asimismo, agradecer al profesor Jorge Toyama, coordinador del presente número, por su guía, consejos y tiempo brindado. Por último, agradecer a cada uno de los miembros de la Comisión de Publicaciones, que se encargaron de editar la presente revista.

Director de Publicaciones

David Enrique Cox Cruz

Comisión de Publicaciones

Angie Xiomara Padilla Seban, Valeria Ysela Viñas Moya, Mónica Lizet Espinoza Granizo, Piero Giancarlo Curi García, Rosa Irene Garavito Ruiz, Richard Alejandro Castellón Garcia, Abigail Ana Quispe Rojas, Diana Sol Alcalá Espinoza, Medalit Stefanny Damian Yupanqui, Rosa Victoria Arteaga Pajares, Andrea Sotelo Molero, Jean Pool Neyra Chumpitaz y Miguel Ángel Carpio Negrón.

La reconfiguración de las instituciones laborales en la postpandemia: los riesgos de un Derecho del Trabajo inestable¹

The reconfiguration of labor institutions in post pandemic: the risks of an unstable Labor Law

Leonardo J. Ambesi²

Resumen. Este artículo analiza la crisis de adaptación que ya enfrentaban dos instituciones esenciales del Derecho del Trabajo, el contrato y la subordinación, previo a la aparición del Covid-19 y profundizada luego de la pandemia. Ante la pretensión de remodelación constante del sistema jurídico laboral, el propósito de la reflexión es advertir sobre los peligros que de ello se deriva para la identidad de la disciplina, reivindicándose, por el contrario, su capacidad funcional para dar respuesta a los recientes desafíos que se le presentan.

Abstract. This article analyzes the crisis of adaptation already faced by two essential institutions of Labor Law, the contract and subordination, prior to the appearance of Covid-19 and deepened after the pandemic. In view of the pretension of labor law system's constant remodeling, the purpose of the reflection is to warn about the dangers for the identity of the discipline, claiming, on the contrary, its functional capacity to respond to the recent challenges.

Palabras claves. Covid-19 / Derecho del Trabajo / Instituciones / Estabilidad

Keywords. Covid-19 / Labor Law / Institutions / Stability

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 20 de junio de 2022.

2 El autor es doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina), donde se desempeña como director académico del Departamento de Derecho del Trabajo. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Correo electrónico: lambesi@austral.edu.ar.

1. Introducción

Como fenómeno histórico de la existencia humana, la reciente pandemia desatada por la aparición y despliegue en el mundo del virus Covid-19 trastornó la totalidad de los vínculos, incluyendo por supuesto los del trabajo. En un escenario global signado por la urgencia y la incertidumbre, los estados nacionales debieron adaptar sus recursos materiales y capacidades productivas, con reasignación de las prioridades y modulación de los derechos y garantías de los particulares. Se estableció así un verdadero orden de emergencia, de carácter social y económico, justificado en la preservación de la vida.

En la esfera laboral, mientras se reacomodaban los servicios de salud, seguridad, transporte y educación, los gobiernos dedicaron sus esfuerzos a sostener la estructura básica del sistema de empleos, ya fuera mediante el otorgamiento de asistencias a empresas y/o trabajadores, o a través de la imposición de restricciones a la fase de salida de la propia empleabilidad, desalentando los despidos. Al mismo tiempo, la creciente innovación tecnológica que venía en desarrollo, especialmente en el sector servicios, dio un paso incremental al potenciarse el trabajo remoto como solución a los problemas de la no presencialidad prestacional. Dicho tránsito, a su vez, se conjugó con el aumento de una logística de cercanía para la provisión de bienes.

Superada la fase crítica de este acontecimiento mundial, se observa que muchas de estas transformaciones han superado la inmediatez del evento para instalarse de manera perdurable. Esto provoca nuevos retos para la tradicional mirada que ha conferido el Derecho del Trabajo a las conductas que llevan a cabo los sujetos de la relación y, en especial, ahonda una crisis evolutiva que ya sufría la especialidad, poniendo en entredicho la consistencia de su fórmula de protección en el trabajo por cuenta ajena.

El presente análisis, por lo tanto, se centra en la revisión que impone la postpandemia respecto de dos elementos *iustlaborales* de primer orden, como son los conceptos de contrato de trabajo y de subordinación o dependencia, que hoy se exhiben debilitados ante distintas interacciones fácticas que escapan de tales definiciones y dejan en entredicho los intentos esbozados para obtener una adecuación jurídica eficaz. Junto a estos temas se ubica una tensión más profunda, sobre la propia estabilidad del Derecho del Trabajo, que en la actualidad se

encuentra en juego. Su posición dentro de la gran familia jurídica resulta una interrogante, que adquiere relevancia con el nuevo protagonismo asumido por la organización estatal en la gestión dinámica de las relaciones laborales.

La metodología utilizada para avanzar en el estudio propuesto es de tipo histórico–analítica, de matriz jurídica con enlaces pluridisciplinarios. El marco de este proceso está dado por la idea de institución, alumbrada a principios del siglo XX, y cuya importancia para el Derecho del Trabajo resulta innegable. Por lo tanto, cuando aquí se habla de instituciones, el vocablo comprende tanto a las que personifican cuerpos constituidos (Estado, empresas, sindicatos), llamadas “instituciones-personas”, como a las reglas de derecho que existen en el medio social del trabajo, dentro de las cuales se ubican el contrato y el criterio de subordinación o dependencia y que bien pueden ser denominadas como “instituciones-cosas” (Hauriou, 2020, pp. 41-42).

2. El contrato de trabajo y la noción de dependencia en versiones extenuadas

Es sabido que la adecuación del contrato civil de servicios a la realidad del trabajo fungió como uno de los elementos determinantes para el desarrollo de la disciplina *iustlaboral*. A partir de allí, configurado por una autonomía privada limitada en pos de tutelar al obrero como sujeto más débil de la ecuación, el contrato de trabajo se erigió en el acontecimiento jurídico protagónico de la nascente rama. Basta recordar la definición que en la materia se brinda al respecto: “el contrato de trabajo es la figura central y la razón de ser del Derecho del Trabajo” (Montoya Melga, 1997, p. 30).

También adquiere similar importancia la idea de la subordinación, concepto matriz “(...) que tiñe todos los sistemas jurídicos europeos a la hora de configurar la regulación del trabajo de la sociedad industrial que se ‘contractualiza’ (...)” (Álvarez de la Rosa, 2014, p.138).

En este punto, entonces, se aprecia la interrelación que el contexto fáctico emanado del trabajo mantiene con su tipología de vinculación, operando la dependencia como una frontera para el ámbito de aplicación de las normas laborales. En esta singularidad del vínculo, libre pero de sujeción, será dirimente la

prestación de servicios a la hora de presumir la existencia de un negocio jurídico laboral³.

Este es el modo en que se asentaron ambos elementos como pilares estructurales del Derecho del Trabajo. Pero la conexión interna y recíproca forjada entre ambos se quebró a partir de los años ochenta, cuando la descentralización productiva, que comenzó por el lugar y las tareas, luego alcanzó el ámbito subjetivo, al incrementarse las actividades realizadas por parte de quienes se insertaron de manera intermediada y autónoma en los diferentes procesos productivos.

El instrumento contractual, otrora elogiado, pasó a convertirse en el centro de las críticas, muchas de las cuales se encontraban fundadas en la conveniencia y necesidad de que las partes pudieran ejercer una verdadera libertad de negociación, desmereciendo las conquistas obtenidas en materia de derechos con esta figura. Por ello, es que, reconocida la existencia de un contexto negativo para el contrato laboral (que parece “excluir” a quienes están afuera y “sofocar” a los que permanecen dentro), no dejó de advertirse sobre la “falta de memoria” que acusan aquellos que olvidan su origen y su técnica particular (Cazzetta, 2010, pp. 64-68).

Los reproches incluyeron la definición de dependencia. Esto condujo a la emisión de una “alerta” sobre lo que se entendió como la “disolución progresiva del concepto de subordinación”, manifestada en dos planos: como técnica jurídica para clarificar el estatus de trabajadores cualificados y como dimensión social para incluir a trabajadores necesitados de protección (Supiot, 1996, pp. 189-90).

Tales desmantelamientos institucionales dieron fuerza a una predicción esceptica: la de un futuro Derecho del Trabajo de alcance menor, por el escape que tendrán de su ámbito tanto los operadores económicos sin escrúpulos como los propios trabajadores, y donde el trabajo autónomo, que lleva sobre sí las cargas y

3 Así lo establece, a modo de ejemplo, la ley de contrato de trabajo de Argentina, en su art. 23 (“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”), y el Estatuto de los Trabajadores de España, en su art. 8.1 (“El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”).

riesgos de una organización productiva débil, reclamará facilidades del Estado para compensar su esfuerzo, análogas al del trabajo subordinado (Romagnoli, 1997).

Esta visión disminuida del Derecho del Trabajo, sin embargo, dejó paso a un intento por anclar sus garantías básicas como una derivación más universal, proveniente del Derecho de los Derechos Humanos. De esta manera, mientras, los sistemas jurídicos nacionales se enfrentaban a nivel legal a una revisión de los parámetros clásicos de protección, bajo la forma de reformas laborales, el rango supranacional acudió en su ayuda para reivindicar los estándares de tutela. Hay que decir que, en su evolución, los derechos humanos adoptaron un cierto giro funcionalista, dejando atrás la rigidez promovida desde su núcleo esencial para responder a las demandas constantes de las sociedades en cambio (Pérez Luño, 2010, p. 608).

La adaptación instrumental comenzó a imponerse. Sirva como ejemplo que, mientras la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboraba un marco de indicadores a tomar en cuenta para reconocer la dependencia en diferentes contextos de ocupación (Recomendación sobre la relación de trabajo Nro. 198 del 2006), se avanzaba de manera contemporánea en España con la creación de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, receptor de un conjunto de derechos provenientes del ordenamiento laboral tradicional, como ser, la contratación, licencias, extinción y defensa colectiva de sus intereses⁴.

El criterio que destaca en esta época es el de la convivencia entre la bipolaridad conceptual (dependiente/autónomo) y la segmentación que lleva a un grupo precisado en la norma para recibir garantías de ambos espacios jurídicos.

Esta conjugación presentó, más allá de sus controversias, un carácter auspicioso, pero no alcanzó para contener el sismo provocado por el avance tecnológico, que dio lugar en el período pre pandemia a la aparición de la economía colaborativa y, en particular, al desarrollo de la *Gig Economy* o economía de plataformas digitales, un modelo de organización del trabajo basado en el uso de aplicaciones,

4 Según el art. 11.1 de la ley 20/2007, los trabajadores autónomos económicamente dependientes son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

que intercambian servicios personales de trabajador con un destinatarios indefinido (Todolí Signes, 2019).

Las “víctimas” jurídicas volvieron a ser las ideas de dependencia y de contrato de trabajo. Ante ese escenario, los tribunales comenzaron a decidir las controversias apelando a versiones actualizadas de los tests que los pudieran asistir en el descubrimiento de los rasgos de sujeción, deshilvanando los entramados del novedoso sistema a través de inferencias objetivas que permitieran determinar el carácter de trabajador subordinado en el caso dado⁵.

Con la llegada del Covid-19, los esfuerzos por mantener las controversias en el cauce de las instituciones laborales clásicas fueron nuevamente arrasados, al implantarse como una verdadera “razón de estado” la prevalencia de los servicios de cercanía en el transporte de cosas y el desempeño en teletrabajo como instrumento de ocupación general.

Junto con la estructura bicentenaria de prestación, terminó de completarse el derrumbe de su perspectiva unitaria de ejecución; esto es, un único lugar, un modo directo de control empleador y un tiempo exclusivo de actividad. Tales rasgos distintivos quedaron total o parcialmente suplantados por una variedad de situaciones donde coexisten el ámbito del hogar y los espacios de esparcimiento como vértices físicos de asentamiento del trabajador, la puesta en marcha de otros esquemas de supervisión del empresario, pautados a partir de la conexión digital del trabajador, y un horario de labor tanto flexible como muchas veces intermitente para el desarrollo de las tareas comprometidas.

Con rapidez, los reguladores nacionales se abocaron a dictar los regímenes destinados a normar las condiciones de desempeño en uno o ambos supuestos. Así vieron la luz legislaciones destinadas a sentar garantías para los trabajadores sometidos a la conectividad y a las plataformas⁶.

5 Ver en el Reino Unido el precedente que llegó hasta la Corte Suprema, “Y. Aslam, J. Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd., Uber Britannia Ltd; en España, la sentencia 2924/2020 del Tribunal Supremo, fechada el 25/09/2020, en California, el fallo del tribunal de California del 20/08/2021

6 A modo de ejemplo se citan las siguientes legislaciones: Argentina: Ley 27.500 de Teletrabajo que modifica la ley 20.744 de contrato de trabajo; Perú: Ley 30.036 que regula el teletrabajo; Chile: Ley 21.220 de teletrabajo que modifica el Código de Trabajo; México: reforma al art. 311 de la Ley Federal de Trabajo en materia de teletrabajo; España: Real Decreto-Ley 28/2020 sobre trabajo a distancia, ley 12/201 para garantizar derechos laborales a las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, entre otros.

Asimismo, luego de la fase de restricciones ocasionadas por el virus, surgieron otros tópicos dignos de atención. Uno de ellos es la agudización de la resistencia exhibida por algunos trabajadores a permanecer a disgusto en un empleo y que los lleva a renunciar, siendo este fenómeno conocido como *The Great Resignation*. El otro, un incremento del costo de bienes y servicios como consecuencia de la inflación que se vive en gran parte del mundo, en medio de los acontecimientos bélicos internacionales conocidos. Aunque no hay evaluaciones concluyentes al respecto, conviene observar la conexión positiva que se ha verificado entre la movilidad de un trabajo a otro y la inflación creciente (Faccini, Melosi & Russell, 2022).

De nuevo, movilidades, que en estos supuestos indican permanencia. Así lo han entendido quienes ven al trabajo remoto y al provisto mediante plataformas como modos laborales que han arribado con pretensiones de perdurabilidad, y que más allá de la propia problemática que contienen, en términos de las aspiraciones y expectativas personales de sus trabajadores, contienen sus propios riesgos: para unos, emergentes de tareas de corto plazo, ocasionales y de baja retribución, con el trance de quedar fuera del alcance de un sistema de seguridad social; para los otros, la posibilidad de que su vida privada quede expuesta y sometida al control del empleador (Horvath, del Prado, Petrovics & Sitzia, 2021).

Se trata de situaciones complejas, pasibles de convocar a su vez a la acción proveniente de la esfera colectiva. Pero de manera similar a lo sucedido con la dimensión individual, los efectos de la pandemia en el trabajo se trasladaron también a este plano.

Si con anterioridad se habló de los fundamentos constitutivos del Derecho del Trabajo, convertidos en instituciones, algo similar puede predicarse del Derecho Sindical, aposentado sobre un sistema de relaciones industriales y que reúne a sus tres sujetos básicos; los empleadores, los trabajadores organizados y los organismos públicos, ofreciendo un esquema normativo que proyecta sus efectos sobre el equilibrio político, económico y social (Giugni, 2006).

Tal conformación, al producirse el desgajamiento de la concepción rígida del establecimiento, de la jornada, y del formato organizativo del *ius variandi*, no deja de conmover las instituciones típicas del subsistema colectivo, como son la representación, la negociación y la misma acción gremial. Resulta difícil pensar que la ausencia parcial o total del entorno físico y la comunicación mediante ca-

nales digitales no perturbe las bases de una actividad sindical referida a las típicas prestaciones industriales o de servicios.

Un punto interesante es ver que las reacciones a tales circunstancias se han registrado a tres niveles. La primera de ellas se sitúa en el despliegue del denominado “tele-sindicalismo”, esto es, la realización de las tareas reivindicativas y defensivas de manera similar al contexto presencial, pero empleando los medios tecnológicos de contacto. La segunda de las respuestas se refiere a la reaparición de formas de nucleamiento sindical de corte horizontal, en donde el interés colectivo se centra en la categoría o calificación del personal, especialmente joven y calificado. Por último, la tercera de las repercusiones, como no podía ser de otra manera, tiene que ver con los trabajadores de plataformas digitales, donde esa base de prestación logística busca agruparse en el planteo de sus intereses (Martín Artiles, 2021). Más allá de esto, también se propone que los sindicatos adopten un enfoque que supere la representación de sus trabajadores para asumir la defensa de los derechos económicos y sociales de todos los ciudadanos (Nissim & Simon, 2021).

A esta altura, cabe preguntarse qué ha sucedido. Un principio de respuesta tiene mucho que ver con esa propensión a la maleabilidad que se le ha adjudicado al Derecho del Trabajo para absorber realidades no contempladas en su origen. El problema es el alcance que soporta el sistema jurídico laboral para extender esa virtud, antes de que se convierta en defecto y termine por complicar su misma existencia.

Otro de los desafíos se suscita cuando al considerarse las instituciones, en este caso el contrato de trabajo y la idea de subordinación, la exploración se circunscribe al nexo objeto-sujeto, extinguiendo la posibilidad de apreciar el valor que contienen en sí mismas para quienes conviven en ellas, por sus derechos, obligaciones y fines (Hecló, 2010, pp. 139-140). Lo anterior no implica negar lo obvio de todo proceso adaptativo, al resultar inviable el uso de definiciones pasadas para aludir a una relación de trabajo que no existe o no responde a sus parámetros. Pero una vez superado este estadio, el escollo que se advierte en este camino de renovación es el de su límite final. Y es aquí donde la travesía se enfrenta a un dilema claro de identidad, que la pandemia se encargó de ahondar con el regreso del liderazgo estatal.

3. ¿Un Derecho del Trabajo “privado/público” o “público/privado”?

Hace una centuria, se delineó la expresión “movilización total” para aludir al efecto provocado por la Primera Guerra Mundial en cuanto a la administración que llevaron adelante los estados de las capacidades humanas y los recursos materiales de cada sociedad y que marcaron un giro dramático en las ideas de progreso y de uso de la técnica para tal fin. Uno de los aportes más significativos de este pensamiento radicó no solo en la calidad del sujeto movilizador sino en la disponibilidad de los medios en juego, los cuales debían encontrarse en condiciones de ser ubicados y reubicados a la par de las necesidades objeto de cobertura. Ante dicha movilidad, se desarrolló toda una cultura distinta de relaciones sociales, donde los vínculos dejan de ser permanentes y se volatilizan al servicio del centro a cargo de esa acción dinámica (Jünger, 1995).

Técnica y disposición; dicho de otra manera, separación de lo propio del trabajador a través de una tecnología abrumadora que le impone sus reglas, que le determina sus parámetros del obrar y lo ubica en estas condiciones dentro de la maquinaria del cambio.

Esta mirada no resulta ajena a nuestra temática. Transcurridas varias décadas se incorporó la mentada concepción para adaptar la idea del “Estado total” al contexto de la Globalización, aludiéndose así a un sistema de “Mercado total” como régimen de convivencia, donde todo es comercializable, incluso las normas laborales (que compiten en sus propios mercados normativos), con las consiguientes pérdidas que en términos de derechos padecen los trabajadores (Supiot, 2010). La respuesta consistió en la reivindicación de la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo, célebre por su invocación de un conjunto de principios allí mencionados, consistentes en que el trabajo no es una mercancía, que la libertad de asociación y de expresión son esenciales para el progreso constante, que la pobreza –en cualquier lugar– constituye un peligro para la prosperidad general, y que todos los seres humanos, sin distinción, tienen derecho a perseguir el bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad y seguridad económica y en igualdad de oportunidades (OIT, 1944).

Aquí se observa un intento por modular ese movimiento que alcanza lo inherente al trabajo mediante la reivindicación de principios de dignidad gene-

ralmente aceptados; una estrategia que el organismo internacional desplegará en reiteradas oportunidades, con otros documentos y declaraciones⁷.

La referencia cobra sentido al advertirse que, con la aparición del Covid-19, ya no son los mercados sino los estados nacionales quienes asumieron el perfil gerenciador de una nueva movilidad. En ellos se resumió esta calidad de responsables de las asignaciones de fuerzas sociales y productivas, dirigidas a contener y superar las consecuencias de la propagación del virus. Las directrices fueron generalmente instrumentadas, como se anticipó, bajo normas de emergencia y, como en la versión original, la brusquedad en la utilización de los medios fue el signo distintivo de los esfuerzos invertidos en salud y seguridad, pero también en la supervivencia de los lazos sociales y del aparato económico.

Así, la movilización total se aplicó a las relaciones laborales, que debieron instalarse en el inédito contexto de la no presencialidad (con la salvedad de determinados servicios esenciales), acelerándose la velocidad del avance tecnológico para que las prestaciones continuarán bajo la modalidad del trabajo a distancia en todas sus manifestaciones sincrónicas y asincrónicas.

Superado el dramático período de contagio y muerte provocado por el Covid-19, dicha conjunción de esfuerzos impacta en el presente de manera mixta: por una parte, los sujetos y operadores laborales privados intentan recomponer, al menos parcialmente, pasadas rutinas productivas; al mismo tiempo, los estados nacionales acometen el desafío de regular —de forma más o menos intensa— las variaciones que dejó la pandemia en la cultura del trabajo.

En esa intervención estatal se aprecia el perfil más público del orden *iustalaboral*, que saca a relucir su rasgo de corte regulador para reacondicionar el sistema al esquema de vinculaciones trastocado por la pandemia.

La cuestión no es nueva. La dualidad de lo privado y lo público motivó diversas tensiones desde el origen del Derecho del Trabajo, tanto en lo relativo a los alcances de la autonomía privada individual, como luego ante el desenvolvimiento de la autonomía colectiva. En ambos supuestos, la soberanía de la norma estatal modelaba el contenido y los contornos de la relación laboral.

7 Se trata de las Declaraciones de 1998 (Sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo) y 2008 (Sobre la justicia social para una globalización equitativa).

Desde la Posguerra, además, esta dimensión de lo estatal amplió su panorama de actuación, al acentuarse su carácter prestacional, perfeccionando un modelo de garantías para el empleo y para la seguridad social con vocación de permanencia. Allí también se trataba de la movilidad, anexada al diseño de un plan general donde la tecnología no estaba ausente. De allí que “La planificación moderna recibe su justificación de la movilidad de las situaciones públicas y sociales que el proceso técnico trae consigo” (Forsthoff, 2013, p. 85).

Ahora bien, no puede negarse que la pandemia incrementó este campo interventor de la política laboral, atravesando los límites acostumbrados. De acuerdo con las observaciones vertidas en una reciente investigación, relativa a la existencia de diferencias que pueden registrarse entre las crisis del 2008/2009 y la del 2020, se ha afirmado que esta última ocasionó un perjuicio mayor en la disminución de la producción y de las horas de trabajo, debido a las medidas de cierre y restricción de la actividad económica, afectando de manera particular en los puestos laborales de los jóvenes y de las mujeres del sector servicios. Por tales motivos, se destinaron recursos públicos al desarrollo de programas de conservación del empleo y se amplió el alcance de los regímenes de protección social a quienes habitualmente no se encontraban cubiertos, como los trabajadores autónomos o que prestan tareas mediante plataformas digitales (Verick, Schmidt-Klau & Sangheon, 2022).

Esto explica como novedad, que, sin perjuicio de haberse acudido a conocidos programas o herramientas de contención y fomento del empleo en tiempos de crisis, lo que ha dejado el Covid-19 es un rediseño del campo de actuación estatal, que supera el contorno clásico para alcanzar un nuevo poder interventor (legal y administrativo), comprensivo del hacer productivo de las personas.

Por supuesto, lo anterior no significa que todos los vínculos laborales se han estatalizado, sino que los compartimentos divisorios entre lo público y lo privado revisten hoy un carácter mucho más instrumental. A los estados no los apremia la idea de “expropiar” las relaciones productivas para incorporarlas a su aparato burocrático, les basta con direccionarlas en la articulación móvil que realizan de las fuerzas disponibles, asegurándoles a sus sujetos determinados estándares de protección, que no necesariamente deben surgir de los ordenamientos usuales.

La citada impronta ha traído al presente una provocadora hipótesis lanzada en el ámbito académico hace cuarenta años, cuando se expresara que el Derecho

del Trabajo constituye, en esencia, un subsistema del Derecho del Empleo (Langille, 1981). En una reciente visita a ese aporte, debatido al calor de la pandemia, su autor destaca que el Derecho del Trabajo ha tomado nuevas direcciones, especialmente a partir de las decisiones adoptadas por los estados en elaborar medidas urgentes de cobertura que van más allá de las calidades de trabajador dependiente o autónomo. Esto lo lleva a redoblar la apuesta e interpelar si el Derecho del Empleo, a su vez, no es parte también de un orden jurídico mayor y más amplio (Langille, 2020).

Es evidente, más allá de las diferencias que ofrecen los sistemas jurídicos comparados, que existe una revaloración de la capacidad pública de las autoridades laborales, al punto de concebirse el regreso de un modelo estatal desde tal sentido. Así lo aprecian quienes consideran el acaecimiento del Covid-19 como una oportunidad para provocar la aparición de otro “Estado Social”, esto es, un renacimiento de la idea de solidaridad adaptada al momento contemporáneo, superando los estrechos márgenes que la norma laboral impone, entre otras, a las definiciones del contrato de trabajo y del propio estatus de trabajador (Deakin, Novitz, 2020).

Ambas propuestas promueven la reflexión. En clave continental, las prestaciones de desempleo comparten una naturaleza bifronte, entre el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social, rama que adquirió suficiente autonomía científica para sostener su desarrollo en el tiempo. Si, como se sugiere, una versión amplia del Derecho del Empleo, que contenga a las anteriores, se inserta sin reservas en un magno Derecho Social, esto podría resultar atractivo a la hora de afrontar la recurrente problemática de los empleos autónomos e informales derivada de su propia naturaleza cambiante, y de las contingencias que los acechan como la enfermedad y la vejez o la desocupación. Empero, no parece ser la mejor respuesta para resolver un cúmulo de situaciones que a diario se atiende desde un contexto de “laboralidad”, marcado por el intercambio de prestaciones en su plexo de derechos y deberes bien definidos.

Por otra parte, la reaparición de una nueva versión del Estado Social (sin perjuicio de atender las advertencias y reproches probables por burocracia e ineficiencia por las que en parte declinó su antepasado del siglo XX), impone también un llamado de atención. Debe recordarse que ese esquema partía de un programa estatal de prestaciones fincado en una época de bienestar (1945-1975) donde la

ocupación se mantuvo constante, la contratación individual apuntaba a la permanencia en el puesto y se potenciaba la reivindicación de la defensa colectiva del interés grupal. En el presente, la puesta en marcha de una estructura de derechos estandarizados, prescindente del rol que juega el trabajo por cuenta ajena, podría desarticular toda su complejidad creadora, retributiva y de ascenso profesional, provocando un resultado contrario al esperado.

A lo antes expresado se agrega un comentario adicional. Y es que el giro publicista en examen terminaría de convertir al Derecho del Trabajo más bien en un subproducto del Derecho Administrativo, donde el régimen exorbitante de la Administración prevalece y los sujetos laborales quedarían inmersos en un entramado como simples administrados.

4. Consideraciones finales

La pandemia del Covid-19 ocasionó para las relaciones laborales el brutal acortamiento de un proceso evolutivo, surgido a partir de la descentralización productiva, y continuado por la revolución tecno-informática, poniendo en crisis existencial a las principales instituciones del Derecho del Trabajo.

Su efecto principal vino dado por la urgencia sanitaria y la consiguiente suspensión de la concurrencia presencial a la prestación de tareas, emergiendo desde allí una cultura de actividad propia. Al superarse esa fase crítica, quedaron asentadas las bases para este nuevo enfoque del vínculo productivo, en el cual el Estado reaparece como un gran interventor, bajo la función de “gerente” de la movilidad, intentando regular a su modo los extremos de un número de redes laborales de conexión, donde importan menos las posiciones contractuales, individuales y colectivas, que las disponibilidades de sus integrantes, dadores o tomadores de trabajo.

En este esquema de complejidad, la transformación laboral surgida de la pandemia lanza un dilema de hierro a la estabilidad del Derecho del Trabajo, elegir entre su adaptación constante o resignar su protagonismo, asunto que debe saldarse por sus propios medios.

Ambas alternativas suponen costos concretos de naturaleza conceptual. El *aggiornamento* persistente lleva como principio a que el sistema jurídico laboral

se deteriore en términos de equilibrio, seguridad y expectativa social. Podrán estar viviendo su ocaso las figuras del contrato de trabajo y de la dependencia, pero aún portan valores muy significativos para los sujetos que involucran, especialmente en los que transmiten a favor de la dignidad personal del trabajador. Del otro lado, el desplazamiento de lo *iuslaboral* hacia otras ramas jurídicas, creadas o a crearse, implica relegar las autonomías individuales, colectivas y estructurales de la especialidad, en favor de una arquitectura normativa con la que no convivirá, sino que lo alineará bajo sus propias categorías.

Es que el problema institucional ahora refleja un costado igual de profundo y que por eso requiere de atención. Parecería que los propios beneficiarios de la norma laboral resistieran su aplicación total. Es como si algunos trabajadores dijeran: “necesitamos una respuesta concreta para este particular conflicto (p.ej. el conocimiento del algoritmo logístico, o los procesos artificiales de control digital para trabajo remoto, o el pago en moneda extranjera por servicios informáticos); acabado el cual, no nos interesa las restantes disposiciones que hablan de dependencia, jornada limitada o protección del salario”. El síntoma no representa la generalidad de los casos, pero ayuda a comprender la distancia generada entre estos comportamientos de “conexión/desconexión” y las definiciones regladas de cualquier legislación laboral de corte industrial.

En definitiva, no se trata de rigidez obcecada ni de oscilación continua, sino de rescatar aquellos dispositivos de conducta que favorecen la convivencia que demanda hoy toda comunidad de trabajo por fugaz que sea. Esto requiere de un quehacer tan sofisticado como heterogéneo es el escenario de los vínculos actuales, más o menos calificados, más o menos presenciales, más o menos temporales.

Llevar adelante este esfuerzo requiere partir desde la funcionalidad institucional que todavía el Derecho del Trabajo puede brindar a sus principales destinatarios: la de evitar que la multiplicidad de las pretensiones particulares haga estallar el universo jurídico elaborado en torno al trabajador dependiente y derive en un retroceso general de los derechos alcanzados.

Bibliografía

- Álvarez de la Rosa, M. (2014). *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada.
- Cazzetta, G. (2010). *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del trabajo en el siglo XX* (C. Álvarez trad.). Marcial Pons, Madrid.
- Deakin, S. & Novitz, T. (2020), Covid-19, Labour Law and the Renewal of the Social State, *Industrial Law Journal*, Vol. 49, Nro. 4, DOI:10.1093/indlaw/dwaa028.
- Declaración de 1998 (versión enmendada en 2022).
<https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>
- Declaración de 2008 (versión enmendada en 2022).
https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang--es/index.htm
- Faccini, R., Melosi, L. & Russell, M. (2022). The effects of the “Great Resignation” on Labor Market Slack and inflation. *Federal Reserve Bank of Chicago*, No. 465.
<https://www.chicagofed.org/publications/chicago-fed-letter/2022/465>
- Fortshoff, E. (2013). *El Estado de la sociedad industrial* (J.N. Muñoz, L. López Guerra trad.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Giugni, G. (2006). *Diritto Sindacale*. Cacucci Editore, Bari.
- Hauriou, M. (2020). *La teoría de la institución y de la fundación. Ensayo de vitalismo social* (A. Sampay trad). Ed. Olejnik Argentina (de la edición publicada en 1968).
- Hecló, H. (2010). *Pensar institucionalmente* (A. Santos Mosquera trad.), Paidós, Madrid.
- Horvath, I., del Prado, D., Petrovicz, Z., & Sitzia, A. (2021), The role of digitalisation in employment and its new challenges for labour law regulation. *ELTE Law Journal*, 2021(2), 101-[i].
- Jünger, E. (1992). *La movilización total* (J.A. Hernández García trad.), Revista de la Universidad de México.

- [https://www.revistadelauniversidad.mx/articles/efdb5527-7995-4336-8cab-46ded861c516/la-movilizacion-total-\(traduccion-de-jose-antonio-herandez-garcia\)](https://www.revistadelauniversidad.mx/articles/efdb5527-7995-4336-8cab-46ded861c516/la-movilizacion-total-(traduccion-de-jose-antonio-herandez-garcia))
- Langille, B. (1981). "Labour Law is a Subset of Employment Law", 31 UTLJ 200.
- Langille, B. (2020). "If Labour Law is a Subset of Employment Law, What is Employment Law a Subset of?", 43 Dalhousie Law Journal, 43(2), 581-604.
- Martín Artiles, Antonio (2021). Digitalización del trabajo: proto sindicalismo y cuasi-unionismo post-pandémico. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 7, 9-32, <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.91>
- Montoya Melgar, A. (1997). Derecho y Trabajo, Civitas, Madrid.
- Nissim, G. – Simon, T. (2021). The future of labor unions in the age of automation and at the dawn of AI, Technology in Society 67.
<https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2021.101732>
- Organización Internacional del Trabajo (1944). Declaración de Filadelfia. Anexo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID,P62_LANG_CODE:2453907,es:NO#declaration
- Pérez Luño, A. (2010). Derechos humanos, Estado y Constitución. Tecnos. Madrid.
- Recomendación Nro. 198 sobre la relación de trabajo (2006).
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%-2FDocument
- Romagnoli, Umberto, Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural, en Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica, I-1997, pp. 153-162. La Ley, Madrid.
- Supiot, Alain (1996). Crítica del Derecho del Trabajo (J. L. Gil y Gil trad.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- Supiot, Alain (2010). L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Seuil, France.
- Todolí Signes, A. (2019). El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales. Revista de Treball, Economiá I Societat N° 92 Enero.

<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/70133/132148.pdf?sequence=1>

Verick, S. & Schmidt-Klau, D. & Sangheon, L. (2022). ¿Es realmente distinto esta vez? Impactos comparados de la crisis de la COVID 19 y de la crisis financiera mundial de 2008-2009 en los mercados de trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 141 (1), pp. 141-167.

El teletrabajo postpandemia: beneficios y retos¹

Post-pandemic remote working: benefits and challenge

Almudena Batista Jiménez²

Lucas Peiro de la Rocha³

Resumen. La implantación del trabajo a distancia en España se ha visto acelerada como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Esta realidad -impuesta a marchas forzadas- ha dado lugar a importantes modificaciones legislativas sobre el teletrabajo postpandemia, lo que, sin duda, era una necesidad dada la escasa regulación que existía. Sin embargo, también se han generado ciertas dudas interpretativas que a día de hoy continúan sin estar resueltas completamente.

En el presente artículo se analizan los principales beneficios derivados del trabajo a distancia -tales como la flexibilidad y la conciliación-, así como los retos que se plantean para empresas y trabajadores, como son la necesidad de registrar la jornada laboral o de garantizar el derecho a la desconexión digital, el ejercicio del poder de control empresarial o a la prevención de riesgos laborales, citándose también algunas soluciones prácticas que se están aplicando por parte de las empresas.

Por último, se examinan de forma sucinta las principales características del teletrabajo internacional y las dificultades jurídicas de su implementación sobre la base de la normativa internacional actual.

Abstract. The implementation of remote working in Spain has been accelerated by the COVID-19 healthcare crisis. This situation, which has quickly become a reality, has given rise to significant legislative changes regarding post-pandemic remote working, which were undoubtedly necessary given the few regulations that were in place. However, certain questions have arisen regarding interpretation which have yet to be fully resolved.

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 14 de junio de 2022.

2 Socia de Cuatrecasas. C/Almagro N.º 9, 28010 de Madrid (España). Correo electrónico: almudena.batista@cuatrecasas.com.

3 Abogado de Cuatrecasas. C/Almagro N.º 9, 28010 de Madrid (España). Correo electrónico: lucas.peiro@cuatrecasas.com.

This article analyzes the main benefits of working from home (such as flexibility and work-life balance), as well as its challenges for companies and workers. For example, the need to have timekeeping records, guarantee the right to digitally disconnect from work, ensure corporate control and occupational risk prevention. It also looks at some practical solutions that companies are applying.

Finally, the article briefly examines the main features of international remote working and the legal issues involved in implementing it based on the current international regulations.

Palabras claves. Trabajo a distancia / teletrabajo / internacional / conciliación / registro de jornada / desconexión digital / control empresarial / prevención de riesgos laborales

Keywords. Remote working / working from home / international / balance / timekeeping, digital disconnection / corporate control / occupational risk prevention

1. Introducción: impacto en el teletrabajo de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19

En España, como en la mayoría de los países, la pandemia provocada por el Coronavirus aceleró necesariamente la implantación del trabajo a distancia o teletrabajo. Hasta marzo de 2020, no eran muchas las empresas que, en España y en otros países de nuestro entorno, tenían implantado un sistema de teletrabajo de manera extendida.

En concreto, según la Encuesta de Población Activa (EPA)⁴, en 2019 apenas un 4,8% de los trabajadores españoles trabajaba desde su domicilio de manera habitual, y solo un 3,5% de manera ocasional. Dichos datos se encontraban alejados de los de otros países de la Unión Europea, como Países Bajos (14,0%), Finlandia (13,3%) o Luxemburgo (11,0%).

No obstante, el 14 de marzo de 2020 se declaró en España el estado de alarma con motivo de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, en línea

⁴ “El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19”, Boletín Informativo emitido por el Instituto Nacional de Estadística, N° 02/2020.

con las medidas adoptadas por esas fechas en la mayor parte de los países a nivel mundial.

Con motivo de ello, la gran mayoría de empresas españolas cuya actividad lo permitía (descartando, lógicamente, aquellas que se vieron obligadas a adoptar medidas de cierre temporal y/o suspensión de contratos de trabajo) se vieron obligadas a implantar de manera ágil e improvisada políticas de teletrabajo para sus plantillas. En línea con lo anterior, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introdujo por primera vez en nuestro país el “carácter preferente del trabajo a distancia”, el cual fue prorrogado posteriormente mediante diferentes normas que fueron regulando en cada momento las condiciones laborales durante la pandemia⁵.

De este modo, hemos podido ver cómo una situación sanitaria excepcional e imprevista ha supuesto el detonante para que, en España, como en muchos otros países, los métodos de trabajo hayan evolucionado enormemente y de manera exponencial en un periodo de tiempo muy breve. Dicha evolución ha tenido un doble impacto: (i) social, dado que ha supuesto un cambio de mentalidad en la forma de concebir las relaciones laborales, y (ii) legal, puesto que ha dado lugar a modificaciones normativas relevantes, regulando el teletrabajo postpandemia.

Esta nueva forma de trabajar -fuera de la crisis sanitaria-, además de aportar claros beneficios, nos plantea nuevos retos y algunas dificultades derivadas de su implementación a nivel legal.

⁵ En concreto, la última prórroga del citado Real Decreto-Ley en esta materia se produjo mediante el Real Decreto-Ley 15/2020 de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que prorrogó esta medida hasta el 21 de septiembre de 2020. Sin embargo, se continuó fomentando el teletrabajo, estableciéndose que las empresas debían adoptar medidas para “la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”, lo que se introdujo a través del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y, posteriormente, por la vigente Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

2. La nueva normativa del teletrabajo en España

Hasta la entrada en vigor de la nueva normativa reguladora del teletrabajo o trabajo a distancia⁶ (en concreto, el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, del trabajo a distancia, sustituido posteriormente por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), la regulación de dicha modalidad de prestación de servicios en España era escasa, escueta y, en la práctica, de utilización poco extendida.

En concreto, el antiguo artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, establecía una serie de requisitos mínimos sobre el trabajo a distancia consistentes que, esencialmente, consistían en (i) la necesidad de formalizar por escrito el acuerdo de trabajo a distancia; (ii) la igualdad de derechos entre los teletrabajadores y los empleados que prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa; y (iii) el derecho de los trabajadores a distancia a una adecuada protección en materia de seguridad y salud. Sin embargo, no se especificaba cómo garantizar estos derechos, sino que se promulgaban de forma genérica.

No obstante, la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, y la posterior Ley 10/2021, cuya tramitación y aprobación fueron aceleradas por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, vino a regular de forma más exhaustiva los derechos y obligaciones de las partes⁷, dotando así a las relaciones laborales a distancia de una mayor seguridad jurídica respecto de la situación previa, aunque -como suele suceder con normas de reciente aparición sobre materias novedosas-, generando algunas dudas interpretativas, las cuales -al menos parcialmente- continúan sin resolver a día de hoy.

Como elemento más destacado de esta nueva regulación, fruto del acuerdo alcanzado al respecto entre el Gobierno de España, la patronal y los sindicatos más

6 Aunque ambos términos se suelen utilizar como sinónimos, están definidos legalmente de forma independiente. El trabajo a distancia es una “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”, mientras que el teletrabajo es “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”.

7 Se ha pasado de un solo artículo regulándolo (artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores) a una Ley completa destinada a su regulación, que contiene 22 artículos.

representativos, destaca que la propia definición del trabajo a distancia pasó de ser aquél realizado “de manera preponderante en el domicilio del trabajador” (lo que se traducía en más de un 50% del tiempo de trabajo) a ser aquél que se presta con carácter regular desde el propio domicilio, lo que se concreta legalmente, de manera expresa, en un 30% de la jornada de trabajo en un período de referencia de 3 meses (de forma que el teletrabajo tiene un ámbito subjetivo de aplicación mucho mayor, al reducirse la referencia de tiempo de trabajo tenida en cuenta a estos efectos de un 50% a un 30%). De este modo, en la práctica, aquellos empleados que presten servicios a distancia durante 1,5 días o más por semana, de promedio, estarán sujetos a la nueva normativa del teletrabajo en España.

El trabajo a distancia se configura en todo caso como un sistema voluntario, tanto para la empresa como para el trabajador, y que, además, es reversible para ambas partes en los términos establecidos en el convenio colectivo o, en su defecto, en el acuerdo individual de trabajo a distancia.

La nueva regulación, además, incide con mayor detalle en la proclamación de la igualdad de derechos entre los trabajadores a distancia y los trabajadores presenciales, lo que se traduce en la percepción de igual retribución, misma jornada de trabajo y descansos, mismos derechos de conciliación de la vida personal y laboral o mismos derechos formativos, de promoción profesional y de representación sindical.

Por otro lado, las empresas están obligadas a poner a disposición de los trabajadores a distancia los medios necesarios para garantizar el registro de jornada, el respeto a la intimidad y protección de datos, la prevención de riesgos laborales y la desconexión digital.

Sin embargo, los dos aspectos más destacados de la nueva normativa han sido: (i) la necesidad de suscribir un acuerdo de trabajo a distancia que exige un contenido mínimo obligatorio extenso⁸ y (ii) la dotación de medios, equipos y

8 El artículo 7 de la Ley 10/2021 establece: “Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente:

a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.

herramientas, así como la compensación de gastos del teletrabajo (siendo éstos, a su vez, parte del contenido obligatorio que debe hacerse constar en el acuerdo de trabajo a distancia).

Estas exigencias ofrecen ciertas rigideces que han hecho que haya empresas que decidan situarse por debajo del umbral del 30% para quedarse fuera del ámbito de aplicación de la norma.

En relación con la dotación de medios (como puede ser una silla, mesa, ordenador, pantalla, ratón, etc.) y compensación de gastos (p.ej. gastos de luz, internet, agua, etc.), se están generando no pocas dudas interpretativas, en la medida en que la norma no especifica cuál sería la dotación y compensación razonable o suficiente, limitándose a remitirse a la negociación colectiva y al contenido del acuerdo individual a suscribir con cada trabajador.

En este contexto, dada la escasa concreción normativa y la referencia realizada a la negociación colectiva, las grandes corporaciones han ido implementando paulatinamente políticas de trabajo a distancia mediante acuerdos con la representación legal de sus trabajadores, en los cuales se han establecido diversos métodos de compensación de los gastos.

b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.

d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.

e) Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.

f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.

g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso.

h) Medios de control empresarial de la actividad.

i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.

j) Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

k) Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

l) Duración del acuerdo de trabajo a distancia”.

A título de ejemplo, el nuevo Convenio Colectivo del sector de la Banca⁹ establece que, adicionalmente a la dotación de medios de trabajo (ordenador, teléfono móvil, silla ergonómica, etc.), el trabajador tendrá derecho a percibir una cantidad máxima de 55 euros mensuales como compensación de gastos. Por su parte, el nuevo Convenio Colectivo General de la Industria Química¹⁰ establece igualmente que, salvo mejora establecida en el acuerdo individual de trabajo a distancia, la compensación de gastos deberá ser de 35 euros mensuales. Finalmente, el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes ha optado por establecer una compensación por este concepto de 25 euros mensuales¹¹.

Algunas empresas, por el contrario, han optado por establecer sistemas de compensación contra justificación por el trabajador de los gastos efectivamente incurridos por el trabajo a distancia (ej. gastos de electricidad o de conexión a internet), con determinados límites. No obstante, las dificultades logísticas derivadas de la comprobación individualizada de los gastos presentados por cada trabajador hacen de ésta una fórmula de uso más residual.

La elección de uno u otro sistema puede ser relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de esta cuantía. En principio debería de ser considerada como un concepto indemnizatorio o suplido y, por tanto, de naturaleza extrasalarial ex artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores¹². Sin embargo, en aquellos casos -mayoritarios- en los que el empresario opta por abonar al trabajador un importe fijo mensual (en lugar del reembolso de un gasto concreto previamente justificado por el trabajador), puede llegar a cuestionarse esta naturaleza extrasalarial, dándole un tratamiento de un complemento salarial más,

9 Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca. BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2021.

10 Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química. BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021.

11 Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021.

12 “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”.

con el consiguiente impacto en el salario regulador a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

Asimismo, a falta de pronunciamientos judiciales y administrativos relevantes al respecto, resulta difícil descartar el riesgo de que la referida compensación -sobre todo en aquellos casos en que se trate de un importe fijo- se pueda considerar sujeta a tributación y a cotización, en la medida en que la normativa fiscal y de Seguridad Social de aplicación no han sido actualizadas y, en términos generales, existe un listado *numerus clausus* de conceptos que se encuentran exentos de tributación y cotización¹³, entre los cuales aún no se encuentra esta compensación de gastos.

Igualmente, en cuanto a la dotación de medios, el uso privativo o no de estos elementos podría condicionar, incluso, su calificación como retribución en especie a efectos laborales, fiscales y de su inclusión en la base de cotización a la Seguridad Social, siempre que exista un “beneficio” para el trabajador¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el teletrabajo en España -así como en otros países- cada vez está más extendido, pues ofrece grandes beneficios, pero a la vez supone nuevos retos que analizaremos a continuación.

3. Beneficios y retos del trabajo a distancia

Como adelantábamos, el teletrabajo tiene grandes beneficios, aunque supone también afrontar ciertas dificultades para su adecuada implementación.

13 Artículos 7 y 17 de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y artículo 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

14 Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. María Teresa Mories Jiménez. Publicación: Revista Quincena Fiscal num. 8/2021 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021

3.1. El teletrabajo como sistema de flexibilidad, conciliación, captación y retención de talento

Desde el punto de vista de los beneficios del teletrabajo, destaca claramente la mayor capacidad de conciliación de la vida laboral y personal y/o familiar, entre otros aspectos, al evitar los trabajadores incurrir en tiempos de desplazamiento al centro de trabajo (especialmente notables en las grandes ciudades), unido a la mayor flexibilidad de la que suelen disfrutar los trabajadores a distancia en el inicio y fin de su jornada laboral.

Evitar los desplazamientos no sólo supone un ahorro -muchas veces, relevante- de tiempo, sino también económico para los propios trabajadores a distancia en el uso de los medios de transporte (autobús, metro, gasolina, etc.) y, precisamente por ello, nuestros tribunales¹⁵ se han pronunciado sobre la válida supresión del plus transporte en caso de teletrabajo, al tratarse dicho plus de un concepto extrasalarial que compensa el mayor gasto en desplazamiento y éste no se produce cuando se teletrabaja.

En cuanto a la consideración de que el teletrabajo es una medida que facilita la conciliación, debe destacarse que el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores precisamente regula el “derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. Esto es, se recoge de forma expresa que el trabajo a distancia es una forma de trabajo que puede ser utilizada por motivos de conciliación familiar (que, en el caso de personas con hijos menores, tendrán derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos cumplan 12 años -misma edad fijada para la reducción de jornada por guarda legal-).

Sin embargo, y a diferencia de los supuestos en que la empresa tenga una política de teletrabajo implantada, en la que todos los trabajadores cuyos puestos sean susceptibles de teletrabajar podrían en principio solicitar trabajar a distancia, las peticiones de adaptación de jornada en esta modalidad requieren la justificación de necesidades de conciliación y que la medida (en este caso, el trabajo

15 Sentencia N° 90/2021 de la Audiencia Nacional de 31 de abril de 2021.

a distancia) sea razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Por tanto, incluso en el caso de que una empresa no hubiese implementado una política generalizada de trabajo a distancia, si se dieran dichos requisitos, un trabajador podría solicitar teletrabajar total o parcialmente.

Sin embargo, como decíamos, este tipo de solicitud de adaptación requiere que se pruebe dicha necesidad de conciliación para que se conceda¹⁶.

Por otro lado, el trabajo a distancia está permitiendo que los trabajadores acogidos al mismo puedan prestar servicios desde otras ciudades, lo cual ahonda en una mayor capacidad de planificar su vida personal y de ocio, ofreciéndoles una gran ventana de oportunidades hasta ahora impensables. Esta posibilidad es igualmente ventajosa para las empresas, que pueden ahora captar y retener talento profesional sin necesidad de que el trabajador se encuentre físicamente ubicado en el mismo lugar donde radican las instalaciones de la empresa.

3.2. El registro de jornada

En línea con lo anterior, el teletrabajo suele ser entendido como una medida de flexibilidad, hasta el punto de configurarse como un derecho previsto en la Ley 10/2021¹⁷. En cambio, ello no exonera a empresas y trabajadores a distancia de la obligación de registrar la jornada diaria.

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral

16 Ello lo recuerda, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 2 de diciembre de 2020 (Rec. 924/2020), desestimando la solicitud de adaptación dado que “no consta dato alguno que permita valorar en qué sentido la solicitud deducida afecta a la conciliación familiar al no indicarse circunstancia familiar alguna ni si el trabajador tiene hijos menores de doce años, o residencia en otra localidad, con lo que difícilmente se puede considerar vulnerado un artículo dirigido a la posibilitar la conciliación de la vida laboral y familiar cuando no consta en hechos probados dato de la vida familiar del recurrente”.

17 El artículo 13 de la citada Ley establece: “Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo. De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.”

en la jornada de trabajo, todos los empresarios en España tienen el deber de garantizar el registro diario de la jornada de sus empleados, incluyendo el horario concreto de inicio y de finalización de la misma, ex art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores. Ello, como adelantábamos, resulta también de aplicación respecto de los trabajadores que prestan servicios en régimen de teletrabajo. Lo anterior, además, es reiterado por la citada Ley 10/2021 al exigir el derecho al registro horario previsto en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores para este colectivo.

La normativa no establece el sistema concreto que debe utilizar el empresario para llevar a cabo dicho registro (electrónico o telemático, manual, etc.), pero la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Española¹⁸, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹, exige que “el sistema implantado ha de ser objetivo y fiable, de manera que permita computar la jornada laboral ordinaria realizada por cada trabajador. [...] no siendo aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general de aplicación en la empresa, el calendario laboral o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues éstos se formulan *ex ante*”.

Dicha obligación, que *a priori* no genera especiales complejidades respecto de aquellos empleados que prestan servicios físicamente en el centro de trabajo de la empresa, en cuyo caso el establecimiento de sistemas físicos de “fichaje” o “tornos” resulta relativamente sencillo (sin perjuicio de las dificultades endémicas propias de algunos sectores de actividad respecto de los excesos de jornada y realización de horas extraordinarias), plantea mayores dificultades en relación con los trabajadores a distancia.

Así, a los efectos de poder hacer seguimiento de la jornada laboral de sus trabajadores y de cumplir con la obligación legal de registrar la jornada diaria, las empresas cuya plantilla (o parte de ella) presta servicios, total o parcialmente, en régimen de teletrabajo, han ido implementando sistemas de control horario de diversa índole.

18 Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada.

19 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18).

En concreto, algunos sistemas consistirían en la simple aceptación por parte del trabajador de un registro diario de jornada que incluye un horario prefijado de antemano. Este sistema, según lo indicado, puede generar evidentes dudas sobre su validez y conformidad con la Ley. En este sentido, según varias resoluciones recientes de la Audiencia Nacional²⁰, es posible defender un sistema de registro de jornada en el que se programe o aparezca por defecto, a modo informativo, el horario diario y teórico de cada trabajador (si hay horarios distintos, el horario individualizado de cada uno). Sin embargo, para ser válido, requiere que el trabajador confirme cada día la jornada realmente trabajada, ya sea mediante la validación del horario teórico que aparece en el sistema (si se ha cumplido), o bien rectificándolo conforme a la jornada realmente trabajada.

Por ello, no basta con modificar *ex post* el horario, sino que, para estar ante un verdadero “registro”, tiene que haber una anotación -en este caso- del propio trabajador, de manera que aquellos sistemas que se limitan a validar el horario preestablecido por defecto por la compañía sin intervención del trabajador no cumplirían con el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores.

Otros mecanismos de registro de jornada consisten en la implantación de sistemas de “fichaje” virtual, en los cuales el trabajador registra a través de una aplicación su hora de inicio y de finalización de la jornada, de manera análoga a lo que sería el sistema de “fichaje” físico por medio de tornos en un centro de trabajo.

Sin embargo, el fichaje “virtual” conlleva un cierto grado de confianza en que la declaración del trabajador sea cierta, pues resulta para el empresario mucho más complejo comprobar la veracidad de dichos fichajes.

Por último, debe destacarse que una reciente Sentencia del Tribunal Supremo²¹ vino a ratificar la validez de una política empresarial de registro de jornada, acordada entre empresa y representación legal de los trabajadores, que incluía un factor corrector genérico de 2 horas de descanso al día en jornada partida (correspondientes a descansos, pausa para la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier pausa o descanso, etc.). Este factor corrector perseguía evitar

20 Sentencias de la Audiencia Nacional N° 16/2022, de 9 de febrero, N° 22/2022, de 15 de febrero y N° 57/2022, de 19 de abril.

21 Sentencia del Tribunal Supremo N° 299/2022, de 5 de abril.

que los trabajadores tuvieran que “fichar” cada vez que se ausentaban del puesto de trabajo para comer, realizar cualquier pausa por cualquier motivo, etc., de manera que se estipulaba, por defecto, un total de dos horas al día de descanso por trabajador.

De este modo, vemos cómo son diversos los sistemas que se van implementando por las empresas para conjugar las obligaciones propias del registro de jornada con las nuevas formas de trabajo, incluido el trabajo a distancia, lo cual, a su vez, va siendo objeto de revisión y evolución jurisprudencial a medida que los diferentes sistemas se van judicializando.

3.3. El derecho a la desconexión digital

Otro de los grandes retos de la implantación del teletrabajo consiste en garantizar el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

Francia fue el primer país en reconocer el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. Así, la *Loi Travail* o *Loi El Khomri* aprobada en el año 2016²² introdujo por primera vez este concepto, si bien no incorporó como tal una definición del derecho a la desconexión, dejando la fijación de su contenido, en cada caso, al resultado de la negociación colectiva.

Tal derecho fue reconocido por primera vez en España, de manera novedosa, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“Ley Orgánica 3/2018”), cuyo artículo 88 vino a regular el derecho de “los trabajadores y los empleados públicos [...] a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Dicho precepto estableció, además, la obligación de las empresas de elaborar políticas encaminadas a la definición de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, con una mención específica al derecho a la desconexión digital “en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así

22 *Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

En línea con ello, la misma Ley introdujo un nuevo artículo 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores, el cual vino a recoger, también por primera vez, el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

Posteriormente, la Ley 10/2021, vino a reiterar este derecho a la desconexión digital de forma específica para los trabajadores a distancia en su artículo 18.

En esta materia juega un papel fundamental la negociación colectiva, que puede regular los medios y medidas para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho y garantías adicionales al respecto.

El efectivo cumplimiento de este derecho es, sin duda, otro de los grandes retos en el trabajo a distancia, al tratarse de un entorno con mayor flexibilidad horaria, en el que -además- no existe una separación física entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador a distancia (al ser habitualmente este último su lugar de trabajo), existiendo un mayor riesgo de “hiperconectividad”. Por ello, contar con adecuadas políticas de desconexión digital, además de una obligación legal, resulta fundamental para garantizar el adecuado control horario, tiempo de descanso, evitar riesgos psicosociales, facilitar la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, así como evitar excesos de jornada.

En línea con lo anterior, algunas de las principales empresas españolas han ido adoptando en los últimos años diversas medidas para proteger el derecho de sus trabajadores a la desconexión digital.

Así, por ejemplo, ya en 2016 Mercedes Benz implantó el sistema *mail on holiday*, mediante el cual los correos electrónicos que recibían los trabajadores que se encontrasen en periodo vacacional se redirigen automáticamente a otros contactos en la empresa. Por su parte, Volkswagen estableció en 2011 un sistema por medio del cual sus servidores de comunicación eran desconectados de los teléfonos móviles de los empleados entre las 18.15 horas y las 7 horas de la mañana del día siguiente. Con ello, se podría controlar que los trabajadores acogidos al régimen de teletrabajo respetasen su horario y que no se les contactase fuera del mismo.

Otras empresas como Michelin han implementado herramientas para enviar avisos a aquellos trabajadores que realicen más de cinco conexiones laborales fuera de su horario, con el objeto de advertirles de la necesidad de desconectar.

Finalmente, la empresa aseguradora AXA reguló en su convenio colectivo de empresa para los años 2017 a 2020 un reconocimiento expreso a la desconexión digital, estableciendo en su artículo 14 que “salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”²³.

3.4. El ejercicio de la facultad empresarial de control

Otra de las grandes dificultades que plantea el teletrabajo se centra en el ejercicio por parte del empresario, respecto de sus trabajadores a distancia, de las facultades de dirección y control a las que por Ley se encuentra habilitado (artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores).

En este sentido, la cultura de presentismo en el puesto de trabajo, hasta ahora predominante en España, permitía a las empresas tener una mayor capacidad de control sobre la realización por sus trabajadores de los cometidos propios de su puesto de trabajo, aun cuando ello no implicase necesariamente una mejor productividad. La implantación de sistemas de fichaje para el acceso al centro de trabajo, el desarrollo de políticas estrictas de uso de tecnologías en el trabajo y la mera comprobación visual de la presencia del empleado en su puesto de trabajo facilitaban para el empresario el ejercicio de estas facultades.

Por el contrario, en el caso del trabajo a distancia, al no encontrarse el empleado en las instalaciones de la empresa, se dificulta la capacidad de dirección y control sobre el tiempo de trabajo.

Los sistemas de fichaje virtual del registro de jornada a los que ya hemos hecho referencia sin duda pueden ser de utilidad a estos efectos, pero también la empresa podría utilizar otros mecanismos telemáticos de control, incluso mediante dispositivos automáticos, siempre que respeten el derecho de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos, garantizados, entre otros pre-

23 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa. BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2017.

ceptos, por el artículo 17 de la Ley 10/2021 y el artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018. Para ello, contar con políticas claras al respecto será clave para la validez de dichos sistemas y el respeto a los citados derechos.

Sin embargo, estos sistemas de control no podrán realizarse a través de programas o aplicaciones que se instalen en los dispositivos que son propiedad del trabajador, no pudiendo tampoco exigirse que sus dispositivos personales sean utilizados para el desarrollo del trabajo²⁴.

Sobre este particular, resulta ilustrativa la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el pasado 24 de enero de 2022²⁵, mediante la cual se confirmó la procedencia del despido de una trabajadora a distancia por haber acreditado la empresa la existencia de amplios períodos de inactividad por desconexión a lo largo de la relación laboral. En este caso, el Tribunal consideró infringido por la trabajadora su deber elemental de prestar servicios durante la totalidad de su jornada laboral, dando por válida la prueba aportada por la empresa consistente en el registro de conexiones y desconexiones al servidor correspondiente, resultando por otro lado intrascendente que la empresa no pudiera acreditar perjuicios sufridos por esta conducta.

En consecuencia, aunque el ejercicio de la facultad de control de los trabajadores a distancia *a priori* puede ser más complicado, está expresamente reconocido en el artículo 22 de la Ley 10/2021, y con las nuevas tecnologías, y siempre que se respeten los derechos de los trabajadores a la intimidad, dignidad y protección de datos, puede llevarse a cabo.

3.5. Prevención de riesgos laborales

Las personas que trabajan a distancia también tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud (artículo 15 de la Ley 10/2021).

En estos supuestos, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos caracte-

24 Sentencia de la Audiencia Nacional Nº 13/2019 de 6 de febrero. Actualmente recogido en el artículo 17.2 de la Ley 10/2021.

25 Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección Nº 06 de lo Social, Sentencia Nº 26/2022, de 24 de enero (Nº de recurso 872/2021).

rísticos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, y de accesibilidad del entorno laboral efectivo.

A efectos de poder garantizar una adecuada evaluación de riesgos laborales, es por lo que el acuerdo de trabajo a distancia debe recoger el lugar de trabajo a distancia elegido por el trabajador para el desarrollo de su actividad (artículo 7 f) de la Ley 10/2021).

Sin embargo, la especial dificultad que reviste la garantía de este derecho a la seguridad y salud estriba en la evaluación de los riesgos laborales, en la medida que, en la mayoría de las ocasiones, el trabajo se presta en el domicilio del trabajador y, por tanto, se encuentra dentro de su esfera privada.

En este sentido, la normativa española obliga a la empresa a obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, si bien permite que pueda realizarse sin necesidad de que un técnico de prevención acceda al lugar de trabajo a distancia.

Cuando la obtención de dicha información exigiera la visita de un técnico de prevención, el artículo 16 de la Ley 10/2021 exige que se emita un informe escrito que justifique dicho extremo, que se entregará al trabajador y a los delegados de prevención. La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso del trabajador, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física. De no concederse dicho permiso, la norma prevé que el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada del trabajador según las instrucciones del servicio de prevención.

Por tanto, la normativa española permite que dicha evaluación se realice en ciertas circunstancias en base a la información recabada de la persona trabajadora o, incluso, realizar una “autoevaluación”. Es necesario tener en cuenta que, para que la información transmitida por el trabajador sea la adecuada, éste deberá contar con formación previa en esta materia.

Sin embargo, la importancia de prevención de riesgos laborales será mayor cuanto más tiempo de trabajo se desarrolle a distancia (no siendo los mismos riesgos -o su intensidad- los de una persona que teletrabaja una media de 1,5 días a la semana, que la que realiza el 100% de su trabajo a distancia, tanto desde el

punto de vista ergonómico, como, por ejemplo, psicosocial). Por ello, sobre todo en los casos en que el teletrabajo sea predominante, cabría valorar la posibilidad de que se pacte en el acuerdo de trabajo a distancia las circunstancias en que debe ser el servicio de prevención quien realice esta evaluación del lugar de trabajo. En todo caso, no debe dejarse de lado el deber del trabajador de colaboración con el cumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas, lo cual resulta especialmente relevante para la evaluación de riesgos en contexto de trabajo a distancia y, en su caso, debería contribuir decisivamente a determinar el alcance de las eventuales responsabilidades empresariales²⁶.

* * *

En definitiva, el teletrabajo tiene claros beneficios, pero también supone importantes retos en los que las políticas empresariales escritas y específicas que regulen el régimen de trabajo a distancia y su adaptación a la casuística de cada compañía juegan un papel fundamental.

4. Teletrabajo internacional

Finalmente, no podemos dejar de mencionar uno de los aspectos más en boga en numerosas empresas respecto de la implantación del trabajo a distancia, como es el teletrabajo internacional.

Esta figura, de uso prácticamente residual en España hasta la irrupción de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, constituye una demanda cada vez más habitual en la actualidad por parte de trabajadores y empresas, en la medida en que las nuevas tecnologías permiten (para aquellos puestos que son compatibles con el trabajo a distancia) teletrabajar desde cualquier parte del mundo. Ello, sin duda, es un incentivo para los trabajadores de poder elegir su lugar de residencia sin que esté limitado por el centro de trabajo de su empresa empleadora, así como para las empresas que podrían incorporar a empleados residentes en prácticamente cualquier ubicación geográfica sin necesidad de requerir un

26 Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. David Montoya Medina. Publicación: Revista Española de Derecho del Trabajo num. 243/2021 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021.

cambio de domicilio. Por tanto, es algo que, desde el punto de vista de gestión de los recursos humanos, es clave para la captación y retención del talento.

Sin embargo, las facilidades que permiten las nuevas tecnologías no están acompañadas del marco normativo. Así, el teletrabajo internacional carece de regulación legal actual. No existe a nivel internacional, europeo, ni tampoco a nivel español (ni siquiera la recientemente aprobada Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia) una regulación específica del teletrabajo internacional. Ello genera una gran inseguridad jurídica en este tipo de situaciones.

Así, para la implementación del teletrabajo internacional habría que tener en cuenta varias perspectivas: laboral (incluyendo la determinación de la competencia judicial internacional y la legislación aplicable al contrato de trabajo), de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social, fiscal y migratoria.

Sin duda, el teletrabajo internacional es ligeramente más sencillo de realizar dentro de la Unión Europea, dado que, al existir libertad de circulación dentro de la Unión²⁷, no será necesaria autorización para trabajar ni visado. A pesar de ello, principalmente las limitaciones fiscales y de Seguridad Social pueden hacer que el teletrabajo internacional no sea atractivo y, por ello, muchas empresas españolas limitan en sus políticas la elección del lugar de trabajo del trabajador a distancia a una ubicación dentro del territorio español.

Así, y tratando de simplificar los riesgos que pueden generarse, el hecho de que el teletrabajador preste servicios de forma habitual en otro país distinto del de su empresa empleadora, desde el punto de vista fiscal puede suponer que la empresa sea considerada como establecimiento permanente a efectos fiscales en el país desde donde el trabajador presta servicios a distancia, en caso de entenderse que éste ejerce una actividad productiva o de servicio para clientes en ese país por la que se pueda facturar, lo que obligaría a tributar a la empresa en dicho país. Y ello de la mano del riesgo para el trabajador a distancia de poder ser considerado residente fiscal (y, por tanto, verse obligado a tributar) en el país desde donde presta físicamente los servicios a distancia.

27 Artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Desde el punto de vista de Seguridad Social, la regla general es la cotización en el lugar de prestación habitual de servicios (“*lex loci laboris*”), situación que puede verse excepcionada durante desplazamientos temporales en los que se puede mantener temporalmente la cotización en el país de origen²⁸.

Por tanto, desde el punto de vista jurídico, la perspectiva más conservadora para evitar que exista una falta de cotización a la Seguridad Social y/o tributación en el país en el teletrabajo el trabajador a distancia, consistiría, a falta de un marco regulador específico sobre la materia, en proceder al registro de la entidad empleadora en el país desde donde el trabajador a distancia vaya a prestar los servicios (ej. registro ante las Autoridades Tributarias y la Seguridad Social). Sin embargo, esta opción resulta poco atractiva, para las empresas por los trámites y costes que ello conlleva, e inviable, para aquellas empresas que deseen emplear a numerosos trabajadores a distancia ubicados en diferentes países en los que no disponen de entidad jurídica alguna.

Como posible vía alternativa, aunque no exenta de riesgo, cabría aplicar la formalización de un desplazamiento temporal, si se cumplen los requisitos exigidos por la Directiva Europea 96/71/CE²⁹ (en conexión con los Reglamentos N° 883/2004 y N° 987/2009) o por el convenio bilateral con la Seguridad Social existente entre países no miembros³⁰. No obstante, y centrándonos en el supuesto de la citada Directiva, para ello sería necesario que: (i) el desplazamiento fuera

28 Ya sea dentro de la Unión Europea en virtud del Reglamento (CE) N° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (“Reglamento N° 883/2004”) y del Reglamento (CE) N° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) N° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (“Reglamento N° 987/2009”), o bien porque, siendo un tercer estado, exista un convenio bilateral de Seguridad Social entre los países.

29 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

30 En el caso concreto de Perú, existe un Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y la República del Perú firmado el 16 de junio de 2003 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de febrero de 2005. No obstante, desde el 20 de octubre de 2016, Perú aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, por lo que, en virtud de su artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

temporal (inferior a 24 meses³¹) a instancias de la empresa, (ii) entre Estados de la Unión Europea, (iii) que la empresa pudiera acreditar la existencia de actividad comercial, productiva o de servicios para clientes en el país desde el cual el trabajador a distancia vaya a prestar sus servicios y (iv) la persona contratada no fuese residente en el país de prestación de servicios con carácter previo ya que requiere la existencia de un verdadero desplazamiento. Sin embargo, debemos destacar que este tipo de supuestos se originan por la necesidad de que la propia empresa realice un trabajo en otro Estado, para el que -de forma temporal- envía al trabajador.

Por tanto, esta opción en principio no es válida para los casos en que el trabajador, por su propia voluntad -por motivos personales o familiares- decide, con autorización de la empresa, realizar su trabajo en el territorio de otro Estado de manera temporal o, incluso, indefinida. En este tipo de circunstancias (que suelen ser las más habituales en el teletrabajo internacional), la Tesorería General de la Seguridad Social Española ha confirmado en su consulta de 6 de mayo de 2022 que no son incardinables en el artículo 12 del Reglamento N° 883/2004 y, por tanto, que la legislación aplicable en materia de Seguridad Social es la del Estado en el que realizan la actividad ex artículo 11.3 a) del Reglamento. Sin embargo, la citada consulta abre la posibilidad -siempre y cuando tenga una duración temporal- a solicitar la adopción de un acuerdo excepcional entre los Estados, a efectos de que el trabajador pudiera mantener la cobertura del sistema de Seguridad Social del Estado de procedencia al amparo del artículo 16 del Reglamento. Pero ello requiere que se alcance un acuerdo entre ambos Estados.

Por otro lado, algunas empresas optan por utilizar la figura del llamado *Employer of Record (EoR)*, esto es, una tercera entidad contratada exclusivamente para hacerse responsable de todas las obligaciones formales de empleo (principalmente, suscripción del contrato de trabajo, pago del salario y cotización a la Seguridad Social), actuando frente al trabajador como un mero “empleador formal”, pues la compañía que contrata los servicios del EoR es la que ejerce las funciones de dirección y control propios del empresario real. Para ello, es preciso que el país en cuestión reconozca esa figura, como por ejemplo sería el caso de Países Bajos o México. En España, por el contrario, la utilización de este tipo

31 Artículo 12.1 del Reglamento N° 883/2004.

de empresas interpuestas realizando funciones de empresario “formal” pero no “real” del trabajador se encuentran proscritas por la legislación laboral, al constituir un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

Por otra parte, se han planteado otras alternativas como la utilización de una sociedad filial o colaboradora en el país desde donde el trabajador vaya a prestar servicios a distancia para que contrate formalmente allí a la persona que, en realidad, teletrabaja para la empresa de origen. Sin embargo, este tipo de situaciones implican un riesgo de cesión ilegal anteriormente indicado o de grupo internacional de empresas a efectos laborales, esto es, que constituyen un único empleador desde el punto de vista laboral, lo que determina la existencia de responsabilidad solidaria entre las empresas que lo conforman³².

Finalmente, en la práctica, algunas empresas optan directamente por no declarar la situación de teletrabajo internacional, continuando el trabajador asignado formalmente a todos los efectos al centro del país de origen aun cuando, en realidad, haya pasado a prestar servicios para ella de manera remota desde un tercer país. Esta vía, que en la práctica es la más sencilla de implementar, es la que conlleva un mayor índice de riesgo a todos los niveles, en la medida en que, de ser detectada por las Autoridades correspondientes, podría tener implicaciones migratorias, fiscales, de Seguridad Social e, incluso, de prevención de riesgos laborales, en caso, sobre todo, de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

En definitiva, la falta de adaptación de la regulación actual a las nuevas tecnologías que permiten trabajar a distancia desde cualquier lugar, así como a la creciente demanda social de teletrabajo internacional, conlleva un elevado

32 Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo N° 488/2020, de 22 de junio, recoge la doctrina existente sobre la materia, recordando que los elementos tradicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo se podrían resumir en los siguientes “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

La presencia de esos elementos exige que deba estarse a las circunstancias concretas del caso, dentro de los márgenes que la propia doctrina ha marcado. Entre los citados requisitos, a estos efectos es especialmente relevante la prestación de servicios de forma sucesiva o simultánea para varias empresas del grupo mercantil.

grado de incertidumbre para todas las partes implicadas, incluyendo empresas, trabajadores e, incluso, a las propias Autoridades migratorias, tributarias y de Seguridad Social.

Por ello, resulta necesaria una regulación expresa del teletrabajo internacional, al menos a nivel comunitario, que permita clarificar los criterios a seguir en este tipo de situaciones cada vez más comunes, dotar de mayor seguridad jurídica a las partes y, sobre todo, simplificar procesos administrativos que, sin duda, evitan que los importantes beneficios que el teletrabajo internacional puede aportar a todos los niveles se vean limitados o socavados.

5. Conclusiones

Como hemos analizado a lo largo del presente artículo, el trabajo a distancia se encuentra actualmente en un momento de evidente auge, acelerado por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y que ha modificado, entre otras muchas cuestiones, la forma de concebir las relaciones laborales.

La flexibilidad y mayor facilidad de conciliación, tanto personal como familiar, hacen del teletrabajo un sistema de trabajo muy atractivo, ayudando así a captar y retener el talento. A pesar de ello, como hemos visto, también exige afrontar ciertos retos en su implementación, como es en relación con el registro de jornada y la desconexión digital, el ejercicio del poder empresarial o la prevención de riesgos laborales, sobre los que todavía existe cierta incertidumbre que deberá ser clarificada por nuestros Tribunales y, en algunos casos, requerirá un mayor esfuerzo regulatorio por parte del legislador, como puede ser relativo al tratamiento fiscal y de Seguridad Social de las compensaciones por teletrabajo.

Sin embargo, la mayor dificultad existente en la actualidad es, sin lugar a duda, la implementación del teletrabajo internacional, que carece de previsión normativa hasta el momento. Resulta imprescindible que se regule este tipo de teletrabajo, dado que es una necesidad cada día más demandada en nuestra sociedad que, además, cada vez es más global.

En definitiva, sería conveniente contar con mayor seguridad jurídica respecto al trabajo a distancia, pues es evidente que el teletrabajo “ha llegado para quedarse”.

Bibliografía

- Instituto Nacional de Estadística. (2020). El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19”, Boletín Informativo emitido por el Instituto Nacional de Estadística, Nº 02/2020.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. (2019). Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada de fecha 10 de junio de 2019.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL. (2019). Guía informativa del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre el registro de jornada.
- Mories Jiménez, M. (2021) Régimen fiscal de las compensaciones retributivas derivadas del teletrabajo: cuestiones sin resolver y propuestas de regulación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Publicación: Revista Quincena Fiscal núm. 8/2021 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- Montoya Medina, D. (2021). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Publicación: Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 243/2021 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (2022). Consulta de la Tesorería General de la Seguridad Social de 6 de mayo de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Nacional Nº 90/2021, de 31 de abril de 2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 2 de diciembre de 2020 (Rec. 924/2020).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18).
- Sentencia de la Audiencia Nacional Nº 16/2022, de 9 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Nacional Nº 22/2022, de 15 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia nacional Nº 57/2022, de 19 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo Nº 299/2022, de 5 de abril.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Nº 26/2022, de 24 de enero.
- Sentencia de la Audiencia Nacional Nº 13/2019, de 6 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo Nº 488/2020, de 22 de junio.

Las relaciones laborales durante y después de una pandemia: Retos de las empresas en Colombia¹

Employment relations during and after a pandemic: challenges for companies in Colombia

Irene Duarte Villalobos²

Resumen. La pandemia por Covid-19 llegó de sorpresa para todos y sin duda, cambió la forma de trabajar. Para las empresas fue todo un reto pasar al trabajo en casa sin tenerlo planeado, gestionar el talento humano a distancia, asumir muchos costos no presupuestados para cuidar a sus trabajadores, entre otros. A su vez, para los trabajadores fue muy retador acomodar su puesto de trabajo en casa, mantener su productividad teniendo muchas distracciones, sin dejar de lado el impacto emocional que pudo generar la pandemia.

Más de dos años después, estamos regresando a la normalidad. Sin embargo, mucho se habla en redes sociales de que es una nueva normalidad, pues muchas empresas quieren mantener el trabajo en casa y están buscando nuevos mecanismos para motivar a sus empleados. En este artículo veremos cuáles fueron los principales retos durante la pandemia, y cómo las empresas y los trabajadores aprovecharon estas experiencias para darle un giro a las relaciones laborales.

Abstract. The pandemic was a surprise for everyone and changed how we worked. It was a huge challenge for companies to apply for home office without a prior plan; Manage the

1 El presente artículo fue enviado el 1 de julio de 2022 y actualizado para su publicación el 21 de abril de 2023.

2 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá y asociada en Godoy Córdoba Abogados desde 2014, como parte del equipo de asesoría laboral, reestructuraciones empresariales, negociación colectiva y gestiones ante el Ministerio del Trabajo. Brinda soporte al portafolio de Carlos Hernán Godoy, atendiendo clientes de industrias como *retail*, alimentos, farmacéutico, portuario, transporte, tecnología, financiero, entre otros. También ha dado soporte a negociaciones colectivas, capacitaciones y procesos de reorganización empresarial. Especialista en derecho laboral y seguridad social de la misma universidad. Realizó un diplomado en “Negociación Colectiva; Una mirada 360° a las relaciones laborales” en la Universidad del Norte. Se desempeña como profesora auxiliar en la Especialización de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Dirección institucional: Avenida calle 82 No. 10 – 33, Piso 5. Bogotá Colombia. Correo electrónico: iduarte@godoycordoba.com

human capital; Assume unexpected or not budgeted labor costs, among others. For employees, the pandemic also brought many challenges, like conditioning a workplace at home; maintaining productivity despite a lot of distractors at home; and the fear or emotional impact of the pandemic.

More than 2 years later, we are coming back to normal. However, some people are talking about a new normal, considering many companies are seeking to keep the home office and new ways to motivate their employees. This paper will summarize the main challenges we had in Colombia during the pandemic and how companies and employees are using recent experiences to improve employment relations.

Palabras claves. Pandemia / Trabajo a distancia / Trabajo en casa / Beneficios laborales / Balance en el trabajo y vida personal

Keywords. Pandemic / Remote working / Home office / Employment benefits / Balance between work and personal affairs

1. Introducción

En este artículo analizaremos cómo la llegada de la pandemia por Covid-19 impactó en las relaciones laborales en Colombia y luego, veremos cómo las empresas y los trabajadores vienen gradualmente regresando a la normalidad, y de forma creativa, haciendo cambios estructurales en la forma de trabajar que conocíamos antes de la pandemia.

2. El trabajo a distancia se puso a prueba en marzo de 2020

2.1. La llegada de la pandemia en 2020

A mediados de marzo de 2020, el presidente de la República de Colombia decretó el estado de emergencia económica, social y ecológica³, y el Ministerio de

³ Decreto 417 de fecha 17 de marzo de 2020.

Salud y de la Protección Social, declaró el estado de emergencia sanitaria⁴ en todo el territorio, y se adoptaron medidas para prevenir y controlar la propagación del virus del Covid-19 y mitigar sus posibles efectos en la población. Entre varias medidas que se tomaron en Colombia, como en otros países, se ordenaron cuarentenas obligatorias en todo el país, lo cual implicó que las personas no pudieran salir de sus casas, salvo para llevar a cabo actividades esenciales. Así mismo, el Gobierno ordenó que las empresas permitieran el trabajo desde casa⁵, autorizando solo que algunos trabajadores pudieran laborar presencialmente, siempre que sus labores fueran esenciales, como aquellas relacionadas con los servicios de salud, telecomunicaciones, seguridad y vigilancia o abastecimiento y adquisición de alimentos, entre otras.

Esto implicó que la gran mayoría de personas en Colombia no pudieran salir de su casa y, por lo tanto, que las empresas tuvieran que adoptar el trabajo en casa de forma inmediata y sin previa planeación, como ocurrió en el mundo entero. Para el caso de muchas personas, trabajar desde casa fue todo un reto. No todos tenían un espacio en su casa para trabajar, no contaban con las herramientas necesarias, tuvieron que adaptarse a hacer varias cosas a la vez, como preparar los alimentos, estar pendientes de sus hijos, entre otras, además de atender su trabajo con todas estas distracciones.

El Gobierno fue dando apertura a más actividades y de esa forma moderando las cuarentenas obligatorias, por lo que gradualmente, hemos estado regresando a la normalidad. Aquí, vale la pena destacar que el pasado 30 de junio, el ministro de Salud y Protección Social, Fernando Ruíz (2022), informó a través de su cuenta de *Twitter* que *“Colombia cierra en el puesto #12 en ranking Bloomberg⁶, entre los mejores que han manejado la pandemia. #1 en Latinoamérica, #2 en América. Somos la excepcionalidad en ese grupo de países ricos y desarrollados”*.

4 Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

5 Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, Artículo 4°.

6 Bloomberg, Ranking de Resiliencia al Covid-19.

3. La Vacunación contra el Covid-19 en Colombia ha permitido el regreso seguro y gradual a la normalidad

Durante el primer semestre de 2021, como en otros países, llegó a Colombia un plan de vacunación contra el Covid-19, que se fue aplicando, dando prioridad a las personas más vulnerables, por su edad o por alguna condición de salud. De acuerdo con el último informe del Ministerio de Salud y de la Protección Social, para el 21 de junio de 2022 ya se habían aplicado más de 85 millones de dosis, lo que significa que el 71.1% de la población ya tiene un esquema completo de vacunación (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022). Incluso, ya se están aplicando cuartas dosis -de refuerzo- a personas mayores de 50 años o con una condición de salud especial. En Bogotá, la capital del país, desde marzo de 2022, más del 95% de población está completamente vacunada (Bogotá, 2022).

Todo el esfuerzo del presidente y su gobierno, de alcaldes y gobiernos locales, y la importante contribución de las empresas privadas que fueron habilitadas por el Gobierno para la adquisición de vacunas para sus trabajadores⁷, permitió que el regreso a la normalidad venga dándose de forma gradual y con las debidas precauciones.

4. Medidas que tuvieron que implementar las empresas y sus trabajadores durante la pandemia por Covid-19

La llegada de la pandemia no dio aviso previo. Los empleadores y trabajadores, en todo el mundo, tuvieron que tomar medidas inmediatas para contener la propagación del virus. Quizás, el reto más importante y común, fue trabajar desde casa con ocasión de las cuarentenas obligatorias que se ordenaron en Colombia y el resto del mundo.

Para el caso de Colombia, a continuación, destacamos las principales medidas que tuvieron que tomar las empresas para continuar su operación, salvaguardar el negocio y, ante todo, cuidar a sus trabajadores.

⁷ En Colombia, las empresas fueron autorizadas para comprar vacunas y aplicarlas a sus trabajadores y familiares.

- **Trabajo en casa:** Desde el 16 de marzo de 2020, muchas empresas anunciaron a sus trabajadores que, con ocasión de la pandemia por Covid-19, debían recoger sus herramientas de trabajo y realizar sus actividades laborales desde casa.

Como asesores laborales, tuvimos muchísimas consultas de nuestros clientes, de todas las industrias, para que los apoyáramos con la implementación de un esquema de trabajo a distancia inmediato.

Para todos fue un aprendizaje, pues nunca habíamos pasado por la necesidad de, obligatoriamente y sin planearlo, trabajar desde casa.

- **Estrictos protocolos de bioseguridad:** De acuerdo con los lineamientos del Ministerio de Salud y de la Protección Social, así como de las alcaldías locales, las empresas que podían operar presencialmente por tener a cargo actividades esenciales tuvieron que implementar unas medidas de bioseguridad muy rigurosas, como por ejemplo instalar lavamanos, contar con alcohol y otros desinfectantes, medir la temperatura de cualquier persona que ingresara, entre otras. Además, varias obligaciones para mitigar los riesgos de contagio, como hacer seguimiento diario al estado de salud de cada trabajador.
- **Vacunación:** Por una parte, en Colombia las empresas tuvieron la oportunidad de adquirir vacunas para aplicarlas a sus trabajadores y familiares.

Por otro lado, si bien la vacunación en nuestro país es voluntaria, en enero de 2022 el Ministerio de Salud y de la Protección Social, emitió una Circular⁸ mediante la cual permitió a los empleadores exigir carnet de vacunación a sus trabajadores. Ahora, dicha exigencia solo puede darse para trabajadores cuya actividad implique (i) desempeñar labores en eventos presenciales de carácter público o privado con asistencia masiva o (ii) actividades que supongan atención al público.

Con esto, las empresas de ninguna manera pueden obligar a sus trabajadores a vacunarse contra el Covid-19, sin embargo, la empresa no les permitirá prestar el servicio. Por lo tanto, pueden (i) asignarles tareas que no impliquen atención al público,

8 Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Circular 003 del 07 de enero de 2022.

o (ii) no permitir su ingreso y por no haber prestación del servicio, no pagar el salario.

- **Incapacidades y aislamiento preventivo de trabajadores, por contagio o sospecha:** Tanto las empresas como el sistema de salud en Colombia, con la pandemia tuvieron que asumir muchos costos y otras implicaciones, por todos los casos de trabajadores que, por tener Covid-19 o por una simple sospecha, no podían trabajar presencial ni virtualmente.
- **Otras medidas:** Tan pronto inició la pandemia, hubo empresas que incluso tuvieron que suspender temporalmente todas sus actividades, otras continuaron operando con especiales medidas de bioseguridad, previa autorización y otras, debido a que su operación lo permitía, pudieron trasladar todo el trabajo a las casas de sus empleados.

Por esto las empresas, con el pánico natural que generó la llegada de la pandemia, tuvieron que tomar medidas para salvaguardar la seguridad de sus empleados y también del negocio. Pues una no puede subsistir sin la otra.

En general, al inicio de la pandemia en Colombia se tomaron medidas como la programación de vacaciones, licencias no remuneradas o hasta suspensiones de contratos de trabajo por fuerza mayor. Por ejemplo, empresas de la industria hotelera, que no podían operar, pero tenían cientos de empleados, se enfrentaron a retos importantes para cuidar el negocio y a sus empleados.

5. De regreso a la normalidad, de regreso a las oficinas

En Colombia, como en otros países, hemos venido regresando a la normalidad de manera gradual y aquí, el regreso a las oficinas ha sido el punto más discutido. Como hemos visto en las redes sociales, muchos sostienen que el trabajo en casa llegó para quedarse. Sin embargo, en Colombia esto es todo un reto, pues como sucede en varios países, no hay reglamentación suficiente para implementar esta medida de forma permanente, finalizada la emergencia por el Covid-19.

Por lo pronto, las empresas venían bajo un esquema de trabajo en casa, amparados en la figura autorizada por el Gobierno Nacional durante la emergencia sanitaria finalizada el 30 de junio de 2022. Según lo que hemos identificado

como asesores laborales, ahora que finalizó el estado de emergencia, nuestros clientes y seguramente muchas empresas en el país, están buscando alternativas para mantener un esquema de trabajo a distancia, ya sea en un esquema híbrido -entre casa y oficinas- o completamente a distancia. La experiencia y toda la construcción y creatividad que se dio durante la pandemia ha permitido a las empresas definir nuevos modelos de trabajo.

5.1. Modalidades de trabajo a distancia, actualmente permitidas en Colombia

Durante la pandemia por Covid-19, el Ministerio del Trabajo expidió una norma que dio la posibilidad de trabajar en casa sin mayores requisitos, para que las empresas pudieran atender de forma inmediata la orden de aislamiento obligatorio.

Esa norma que habilitó el trabajo en casa desde marzo de 2020, dejó de tener vigencia el 30 de junio de 2022.

Por tal razón, las empresas que quieren que sus trabajadores sigan prestando servicio fuera de la oficina, parcial o permanentemente, deben hacerlo a través de las figuras permitidas con anterioridad a la pandemia.

En Colombia, por el momento, tenemos las siguientes alternativas:

a) Trabajo a domicilio (Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 89): Según la norma, “Hay un contrato de trabajo con la persona que presta **habitualmente** servicios remunerados **en su propio domicilio**, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de su empleador.”⁹.

b) Teletrabajo (Ley 1221 de 2008 y Decreto 884 de 2012): Es “un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC)”¹⁰. En julio de 2022, el Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 1227, mediante el cual se modifican algunas características de la figura del teletrabajo, consagrada inicialmente en la Ley 1221 de 2008 y Decreto 884 de 2012.

c) Trabajo remoto (Ley 2121 de 2021): Creó una nueva forma de ejecución del contrato de trabajo en la cual éste se desarrollará de manera remota en su totalidad y dentro del territorio nacional.

9 Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 89.

10 Ley 1221 de 2008, Artículo 1°.

d) Trabajo en casa (Ley 2088 de 2021): Habilita el trabajo en casa de manera transitoria, lo cual no requiere del consentimiento del trabajador para su implementación, duración o terminación. Solo puede utilizarse para circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda acudir a las instalaciones de la empresa.

Estas alternativas deben cumplir varios requisitos y formalidades para su implementación, y no necesariamente atienden la flexibilidad que necesitan tanto trabajadores como empleadores actualmente. Por ello, algunas compañías han optado por caminos más prácticos, como la implementación de un beneficio extralegal que le permita a los empleados trabajar a distancia de forma alternada, entre la oficina y su vivienda u otro espacio personal.

No obstante, esta opción ha resultado bastante retadora en su implementación, pues actualmente no está definida en la ley y, por lo tanto, las empresas tienen que diseñar el beneficio de tal forma que no se enmarque dentro de los supuestos del trabajo a domicilio, teletrabajo, trabajo remoto o el trabajo en casa.

En ese sentido y como veremos en el siguiente punto, es claro que muchas empresas están buscando que el trabajo a distancia permanezca a pesar del fin de la pandemia, y así mismo lo están deseando los trabajadores, que, en muchos casos, encontraron la posibilidad de trabajar desde casa u otro lugar distinto a las oficinas, como un beneficio de mucho valor.

6. Luego de la pandemia, las empresas tienen grandes aprendizajes y retos para motivar a sus empleados y mejorar su productividad

Hoy más que nunca, las empresas tienen retos enormes para motivar a sus empleados y mejorar la productividad. Sybil Stershic, autora de un libro sobre este tema, dijo, en mi opinión, una frase muy valiosa: *“La forma en que se sienten tus empleados es la forma en que se sentirán tus clientes. Y si tus empleados no se sienten valorados, tus clientes tampoco lo harán”*¹¹.

11 Escrito original en inglés: *“The way your employees feel is the way your customers will feel. And if your employees don't feel valued, neither will your customers.”* – Sybil F. Stershic. Tomado de <https://www.linkedin.com/in/sybilstershic>.

Y la pandemia por Covid-19, en mi opinión, fue una fuente de muchos aprendizajes y una sacudida para empresas y trabajadores. Nos mostró que podíamos salir de la caja y buscar alternativas más creativas, que permitan que los trabajadores sean más felices, lo cual impacta positivamente en cualquier negocio.

En Godoy Córdoba, como asesores laborales estratégicos, estamos convencidos de que la clave está en buscar motivar a los trabajadores y fomentar el autocuidado integral de las personas, pues con medidas encaminadas a ese fin, los empleados serán más felices y productivos. Así ganamos todos, las empresas, sus empleados, sus clientes y claro, el país.

Ahora, esta no es tarea fácil. Implica para las empresas invertir muchos esfuerzos, tiempo y dinero en identificar cuáles medidas pueden acercarlas a ese objetivo. Por supuesto no hay una fórmula mágica o una receta para seguir al pie de la letra, pues cada empresa es única y la población trabajadora en cada una tiene diferentes intereses y necesidades, según la industria a la que pertenezca, la ciudad en la que esté ubicada, entre otros factores.

En nuestra experiencia como asesores, hemos encontrado que la mejor forma de saber qué valoran más los trabajadores de tu empresa, es buscar la respuesta en ellos mismos. Las empresas deben auto observarse y verificar cómo está compuesta su población de trabajadores (con datos como los rangos de edad, núcleo familiar, género, intereses, ciudad, industria, entre otros) y con base en eso determinar los beneficios y estrategias sobre cómo mejorar el balance de los colaboradores y por lo tanto la productividad.

Esto, pues motivar a la gente no se hace igual para cualquier población. En una empresa donde tenemos una población muy joven en su mayoría, tal vez no les resulte interesante o motivador que se les ofrezcan beneficios para hijos (apoyo para el colegio, salud, entre otros). Tal vez puedan inclinarse más bien por beneficios para sus mascotas, tiempo libre, y en general flexibilidad de tiempo.

Esta labor, de averiguar qué puede motivar a los empleados en determinada empresa, puede hacerse con herramientas como encuestas a todos los empleados, haciendo *focus groups* para conseguir información relevante, o incluso, con apoyo de empresas especializadas en este tipo de estudios.

Personas expertas en el área de Talento Humano¹², nos cuentan que los beneficios más valorados por los trabajadores actualmente, pueden dividirse en los siguientes subtemas:

a) Bienestar: Hoy en día los trabajadores están valorando mucho aquellos beneficios encaminados a generar bienestar en su vida laboral y personal. Por eso, hemos visto con nuestros clientes que muchas compañías ya están ofreciendo a sus trabajadores beneficios relacionados con salud mental, salud física, hábitos saludables.

Algunos ejemplos de estos beneficios pueden ser (i) brindar acceso a apoyo psicológico y/o espiritual, (ii) charlas sobre el cuidado de la salud mental y física en -el trabajo y en la vida personal-, (iii) patrocinio de actividades como gimnasio, yoga, meditación y hasta (iv) clases sobre estos temas de interés dictados por expertos.

b) Productividad y balance: Antes, lo normal era tener un horario para llegar a la oficina, cumplir con tus tareas y salir en el horario definido por la empresa. Pedir un permiso para atender un tema personal durante la jornada de trabajo, era penoso.

Ahora eso no resulta atractivo para los trabajadores, ni productivo para las empresas. Hoy, los trabajadores quieren que su trabajo les permita tener un balance entre su vida personal y su vida profesional, que se les garantice una flexibilidad para atender sus diferentes necesidades e intereses.

Por eso, los trabajadores valoran que las empresas se preocupen por mantener beneficios como:

- Flexibilidad en la jornada y horarios de trabajo;
- Flexibilidad en el lugar de trabajo, para lo cual el trabajo a distancia es clave;
- Garantizar el acceso a herramientas tecnológicas, sobre todo si están en casa, para que puedan sentirse como si estuvieran en la oficina;
- Contar con espacios de integración y coordinación de trabajo, aprovechar presencialidad para este tipo de interacciones;

12 Entrevista telefónica con Catalina García, directora de Talento Humano en Godoy Córdoba Abogados, realizada en mayo de 2022.

- Garantizar el acceso a la comunicación de la organización, es decir, que todos los que trabajan en la empresa puedan enterarse de lo que sucede y hacia dónde se quiere llegar.

7. Conclusiones

El propósito de este escrito fue contar cómo vivimos la pandemia en Colombia, especialmente desde el punto de vista laboral, para luego concluir cuáles son los retos que esto nos deja a las empresas y a los trabajadores. Hoy, más de dos años después, mi reflexión es que la pandemia nos trajo muchos aprendizajes y una oportunidad enorme de retornos a salir de la caja y ser más creativos.

Por eso, invito a los empresarios a que pongan mucha atención en sus trabajadores, busquemos que sean felices en su vida laboral y también en su vida personal, y para eso, miremos dentro de la organización cuáles son las mejores alternativas que se pueden diseñar o rediseñar para conseguir el objetivo. Seamos creativos, ya vimos que sí es posible. Los trabajadores, tenemos que aprovechar todos los espacios y beneficios que nos genera nuestro empleo, y a su vez debemos ser muy creativos para ayudar al negocio a crecer, pero también a que el ambiente de trabajo sea el mejor, lo cual, en mi opinión, se logra cuando conseguimos que nuestra vida personal también tenga un buen balance o equilibrio.

Para mí, el esfuerzo de la empresa no es suficiente para alcanzar el objetivo. Todos en la empresa, incluyendo a todos sus trabajadores, tienen que estar alineados en conseguir ese balance y bienestar. Sin embargo, es deber de las empresas reflejar con coherencia ese objetivo.

Bibliografía

MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE COLOMBIA. (2022). Vacunación contra COVID-19. <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Vacunacion/Paginas/Vacunacion-covid-19.aspx>

BOGOTÁ. (2022). Bogotá llegó al 95% de población vacunada contra COVID-19, con esquema completo. <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/salud/bogota-llega-al-95-de-poblacion-vacunada-contracovid-19-foto>

Ruiz, F. [@Fruizgomez]. (30 de junio de 2022). *Colombia cierra en el puesto #12 en ranking Bloomberg, entre los mejores que han manejado la pandemia. #1 en Latinoamérica, #2 en América. Somos la excepcionalidad en ese grupo de países ricos y desarrollados.* Twitter.

https://twitter.com/Fruizgomez/status/1542499545019338753?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1542499545019338753%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.elspectador.com%2Fsalud%2Fcolombia-es-el-mejor-pais-en-a-latina-en-el-manejo-de-la-pandemia-segun-bloomberg%2F

El nuevo acuerdo de libre comercio de Norteamérica: el Capítulo Laboral 23 del USMCA¹

North America's new free trade agreement: the USMCA's Labor Chapter 23

Miguel F. Canessa Montejo²

Resumen. El nuevo tratado de libre comercio de los países de Norteamérica (USMCA) no solo sustituye el TLCAN de 1994, sino que abre una nueva etapa en los acuerdos de libre comercio estadounidense y tendrá un impacto directo sobre los acuerdos de libre comercio que tiene nuestro país con Estados Unidos y Canadá, especialmente en el monitoreo de su aplicación del Capítulo Laboral. Este artículo tiene por finalidad resaltar las modificaciones en su regulación, valorar el nuevo contenido y plantear una reflexión sobre sus consecuencias jurídicas.

Abstract. The new North American Free Trade Agreement (USMCA) not only replaces the 1994 NAFTA, but also opens a new stage in US free trade agreements and will have a direct impact on the free trade agreements that our country has with the United States and Canada, especially in the monitoring of the application of the Labor Chapter. The purpose of this article is to highlight the changes in its regulation, assess its new content and reflect on its legal consequences.

Palabras claves. Acuerdo de libre comercio / USMCA / Capítulo Laboral / Derechos laborales internacionalmente reconocidos / Derechos fundamentales en el trabajo

Keywords. Free trade agreement / USMCA / Labor Chapter / Internationally recognized labor rights / Fundamental rights at work

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 14 de septiembre de 2022.

2 Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la PUCP, docente, investigador y consultor internacional. Correo electrónico: mcanessa@pucp.edu.pe.

1. Introducción

El pasado 1 de julio de 2020, entró en vigencia el acuerdo de libre comercio celebrado entre Estados Unidos, México y Canadá (en adelante, USMCA) que sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLCAN) de 1994 modificando una serie de regulaciones de la zona de libre comercio entre los tres países norteamericanos.

Lo que interesa en el presente estudio es comparar y analizar ambos tratados internacionales, específicamente, en el tema laboral, de modo que podamos identificar las modificaciones y los agregados que trae el USMCA (2018) y su protocolo modificatorio de 2019. Para ello, el estudio se divide en función a los acápite que trae el Capítulo 23 del nuevo acuerdo de libre comercio, donde en cada uno de ellos destacamos los aspectos resaltantes.

Tengamos presente que la iniciativa de la negociación le correspondió a Estados Unidos, por lo que el capítulo 23 tiene como antecedentes los previos acuerdos de libre comercio suscritos por el país norteamericano, que marcaron la pauta en la negociación. Muestra de ello es que en el capítulo laboral del USMCA no existe ninguna referencia específica sobre la legislación laboral canadiense, a diferencia de los otros dos países norteamericanos. Esto se explica porque inicialmente, Estados Unidos solo negoció con México el nuevo TLC y solo después de acordarlo es que Canadá se incorpora a la negociación en los aspectos comerciales, celebrando el acuerdo entre los tres países.

Asimismo, hay que destacar que existe más de un cuarto de siglo entre ambos acuerdos de libre comercio, por lo que hay una evolución propia en el diseño normativo de este tipo de tratados internacionales, más aún, cuando los tres países norteamericanos han celebrado durante ese período un significativo número de tratados en esta materia.

En una investigación previa establecimos que la evolución de los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos que contienen disposiciones laborales podría clasificarse en cuatro períodos³, el primer período se abre con el TLCAN de 1994 que viene complementado, en un texto aparte, por el Acuerdo de Coope-

3 A lo largo del artículo nos apoyaremos en un estudio previo que realice con Daniel Pardo Ramos (2016): “La evolución de la regulación laboral de los tratados de libre comercio de Estados Unidos”. En: *Vínculo en-*

ración Laboral de América del Norte (en adelante, ACLAN). Este instrumento internacional es el referente para este estudio porque es el que regula los aspectos laborales. Luego, el segundo período se produce con el acuerdo de libre comercio con Jordania de 2000, que incorpora un capítulo laboral dentro del propio tratado. El tercer período discurre entre 2002 y 2006, donde Estados Unidos celebra seis acuerdos de libre comercio: Singapur (2003), Chile (2003), Australia (2004), Centroamérica y República Dominicana (2004), Bahrein (2004) y Omán (2006), que se caracteriza por incluir un procedimiento de solución de controversias y la posibilidad de presentar una queja de particulares por medio de una comunicación pública ante el incumplimiento de las obligaciones laborales establecidas en el tratado. Finalmente, el cuarto período cubre 2006 hasta 2017, donde se celebraron cuatro acuerdos de libre comercio con Perú (2007), Colombia (2007), Panamá (2007) y Corea del Sur (2007), concluyendo este período cuando Estados Unidos se retira del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) durante el gobierno de Trump (2017). Podemos postular que la celebración del USMCA (2020) significa la apertura de un quinto período en la evolución de los acuerdos de libre comercio estadounidense con disposiciones laborales.

El presente artículo se desarrolló como parte de una investigación realizada para el Programa Laboral de Desarrollo –PLADES– en el marco del proyecto *Fortalecer la gobernanza laboral mejorando las capacidades para promover el cumplimiento de la legislación laboral*, gracias al apoyo del Programa Laboral del Gobierno de Canadá.

2. El marco regulador laboral de los acuerdos de libre comercio

La inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de libre comercio es de vieja data. Las cláusulas sociales tienen por finalidad vincular el respeto de un conjunto específico de derechos sociales (especialmente, laborales y medioambientales) y el válido intercambio comercial entre los países, de modo que su

tre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

cumplimiento otorgue beneficios comerciales o el incumplimiento justifique restricciones o prohibiciones para evitar una competencia desleal, lo que se denomina *dumping social*. Si la cláusula social tiene un carácter promotor entonces se otorgan ventajas comerciales entre los países y se le denomina de condicionalidad positiva. Mientras si la cláusula social tiene un carácter sancionador entonces se imponen restricciones o prohibiciones contra el país violador y se le denomina de condicionalidad negativa.

Pueden identificarse tres elementos de las cláusulas sociales. En primer lugar, la subordinación entre el respeto de los derechos sociales en el proceso productivo -la elaboración de bienes o la prestación de servicios- y el intercambio comercial. En segundo lugar, el respeto o la falta de respeto de los derechos sociales justifica adoptar medidas que alienten o restrinjan el intercambio comercial. Estas medidas pueden tener un carácter promotor o sancionador dependiendo de su formulación en el instrumento jurídico. En tercer lugar, la cláusula social deja abierta el listado de derechos sociales que condiciona el intercambio social, por lo que pueden variar entre los instrumentos jurídicos (Canessa, 2016, p. 23).

Si bien las cláusulas sociales fueron rechazadas en el marco de la regulación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el propio organismo internacional autoriza que en las negociaciones comerciales bilaterales o multilaterales de los Estados puedan plasmarse al amparo de la Cláusula de Habilitación (Canessa, 2008, pp. 413-414). Eso explica que sea válido incluir cláusulas sociales en los tratados internacionales de los acuerdos de libre comercio o de los procesos de integración.

En base a una revisión de las cláusulas sociales que establecen disposiciones laborales en los acuerdos de libre comercio, se las dividen entre promocionales y condicionales. Las primeras establecen disposiciones laborales promocionales, dirigidas a la supervisión y/o la creación de capacidades. En cambio, las segundas establecen disposiciones condicionales, dirigidas a otorgar incentivos o mecanismos de sanción (Ebert & Posthuma, 2011, p. 3). El énfasis de esta clasificación está puesto en los mecanismos de control plasmados en el acuerdo de libre comercio que la recoge.

3. La comparación en las disposiciones laborales entre el ACLAN y el USCMA

El ACLAN fue un instrumento internacional que tuvo disposiciones laborales condicionales, aunque atenuadas porque su sistema de control exigió estándares que dificultaron su carácter sancionador. En cambio, el USCMA facilita la aplicación de las disposiciones laborales condicionales porque es más permisivo en el ejercicio del sistema de control, en la línea de los últimos acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos.

El capítulo 23 Laboral del USMCA, reformado por el protocolo de 2019, contiene diecisiete disposiciones y un anexo sobre la representación de los trabajadores en la negociación colectiva en México, y constituye el nuevo marco regulatorio que vincula el respeto de los derechos laborales con el intercambio comercial en Norteamérica. La estructura normativa del USMCA comienza su regulación con el análisis de las “definiciones”, de manera similar a su antecesor el ACLAN.

3.1. Las definiciones del capítulo laboral

El apartado de las definiciones del capítulo laboral busca despejar las dudas o las interpretaciones arbitrarias sobre los contenidos de sus disposiciones, más aún, cuando el acuerdo de libre comercio es obligatorio para los tres países y tiene aplicación a tres sistemas normativos distintos, inclusive con tradiciones reguladoras muy diferentes.

Las dos definiciones que pueden equipararse en el contenido de ambos acuerdos de libre comercio se refieren a la “legislación laboral” o “leyes laborales” y “leyes y/o regulaciones”. En el primer cuadro se muestra la definición que plasma el ACLAN y su comparación en el USCMA, mostrando las sustanciales diferencias entre ambas disposiciones laborales.

Cuadro 1: Comparación de la definición de “legislación laboral” o “leyes laborales”

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Según el artículo 49 del ACLAN la expresión “legislación laboral” hace referencia a las leyes y reglamentos de una parte, o a las disposiciones de los mismos, cuya materia se relacione directamente con los siguientes temas: 1) la libertad de asociación y protección de derecho a organizarse; 2) el derecho a la negociación colectiva; 3) el derecho de huelga; 4) la prohibición de trabajo forzado; 5) restricciones sobre el trabajo de menores; 6) condiciones mínimas de trabajo, tales como el pago del salario mínimo y pago de tiempo extra, que comprenden a los asalariados, incluyendo los no cubiertos por contratos colectivos; 7) la eliminación de la discriminación en el empleo por motivos tales como raza, religión, edad, sexo u otros que fijen las leyes internas de cada una de las Partes; 8) el salario igual para hombres y mujeres ; 9) la prevención de lesiones y enfermedades profesionales; 10) la compensación en casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales; y, 11) la protección de los trabajadores migrantes.</p>	<p>Según en el artículo 23.1 la expresión “leyes laborales” alude a las leyes y regulaciones, o disposiciones de las leyes y regulaciones, que están relacionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos: a) la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo. Para México, las Leyes del Congreso o regulaciones y disposiciones promulgadas de conformidad con las Leyes del Congreso, incluye a la Constitución. Para Estados Unidos, las Leyes del Congreso o regulaciones promulgadas de conformidad con las Leyes del Congreso, e incluye a la Constitución.</p>

Hay diversos aspectos por destacar en el cuadro comparativo del ACLAN y el USMCA que evidencian las significativas diferencias.

En primer lugar, el ACLAN considera que la legislación laboral se refiere a las leyes y reglamentos de cada ordenamiento nacional, sin hacer ninguna men-

ción al texto constitucional o a los convenios internacionales del trabajo ratificados. Mientras el USCMA amplía el ámbito de aplicación porque no lo reduce solo a los reglamentos de las leyes, sino a cualquier tipo de regulación nacional. Asimismo, precisa que las leyes laborales son la regulación federal, es decir, promulgada por los congresos federales, dejando de lado las regulaciones a nivel estadual. También hay una mención expresa que su ámbito incluye las constituciones mexicana y estadounidense. No hay referencia a la normativa canadiense. Sin embargo, no se hace referencia a los convenios de la OIT ratificados. Aquí caben dos posibles interpretaciones opuestas. Por un lado, quedan excluidos por no existir una inclusión precisa al respecto. Por otro lado, los convenios de la OIT ratificados que están incorporados al ordenamiento nacional -ya sea por el modelo monista o dualista- forman parte de la definición de “leyes laborales”. En este último supuesto, me parece más sólido en términos argumentales porque los convenios ratificados forman parte del ordenamiento nacional.

En segundo lugar, el listado de derechos laborales considerados en las “leyes laborales” por ambos instrumentos internacionales tiene disimilitudes en su número y en su contenido. Así, el ACLAN tuvo un listado de 10 principios laborales que cubren derechos individuales y colectivos, así como la protección social. En cambio, el USMCA tiene un listado más reducido con cinco derechos laborales, aunque las condiciones aceptables de trabajo incluyen la jornada máxima, el salario mínimo y la seguridad y salud en el trabajo, elevándolo a siete derechos laborales. Aunque en la nota sobre la libertad de asociación, el tratado precisa que el derecho de huelga forma parte de su contenido, por lo que resulta exigible. Este reconocimiento del derecho de huelga como uno de los elementos esenciales de la libertad sindical es un argumento que recibe el respaldo de los órganos de control de la OIT y de la inmensa mayoría de los tribunales nacionales del continente. También el USMCA deja de lado a los derechos de protección social (la prevención de lesiones y enfermedades profesionales, y la compensación en casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales).

En tercer lugar, el USMCA se apoya en el término “los derechos laborales internacionalmente reconocidos” para fundamentar su listado de derechos laborales protegidos por el instrumento internacional. El término proviene de la legislación laboral de los Estados Unidos, específicamente de la Sección 2467 del sistema general

de preferencias de 1984⁴, aunque en su inicial listado no se incluyó la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Más allá de su formulación nacional, el término viene adquiriendo una hegemonía en el Derecho Internacional, como lo refleja la Declaración del Centenario de la OIT (2019) donde “las condiciones de trabajo seguras y saludables” son fundamentales para el trabajo decente, entendiendo que lo conforman el salario mínimo adecuado, los límites máximos al tiempo de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo y, a esto se agrega que, la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019 le solicita al Consejo de Administración de la OIT incluirlo en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). En otras palabras, el término los derechos laborales internacionalmente reconocidos resulta equiparable en su contenido a los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT. Sin embargo, esto no impide plantear cuestionamientos. El término alude a un consenso internacional sobre este grupo de derechos laborales, pero en realidad es un listado que no tiene un referente internacional sino más bien proviene de la propia legislación estadounidense (Canessa, 2016, p. 53). A esto se agrega que el listado de derechos laborales no viene acompañado de una justificación jurídica que trace la frontera entre los derechos que merecen ser incluidos y los excluidos⁵. No hay una referencia al contenido preciso de cada uno de los derechos laborales internacionalmente reconocidos, lo que abre la puerta a la arbitrariedad, más aún, en el contexto que las autoridades estadounidenses toman sus decisiones en función de criterios políticos en vez de argumentos jurídicos (Canessa, 2016, p. 53).

3.2. Los principios laborales en el ACLAN y los derechos laborales en el USMCA

La inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de libre comercio se inicia con el ACLAN, el instrumento internacional complementario al TLCAN de Estados Unidos, Canadá y México, donde se vincula el respeto de un listado de principios laborales con el intercambio comercial y la inversión. Con el nuevo USMCA se produce un significativo cambio sobre el listado y el contenido de los derechos laborales como se muestra en la anterior sección. En este apartado comparamos con mayor profundidad esta materia.

4 Cfr. GSP Renewal Acto f 1984. Pub. L. n° 98-753, 98 Stat. 3019 (1984).

5 Ibidem.

Cuadro 2: Comparación entre los principios laborales del ACLAN y los derechos laborales del USMCA

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse: El derecho de los trabajadores, ejercido libremente y sin impedimento, para instituir organizaciones y unirse a ellas, con el fin de impulsar y defender sus intereses.</p>	<p>La libertad de asociación (artículo 23.1.a y artículo 23.3.a)</p>
<p>Derecho a la negociación colectiva: La protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y las condiciones de empleo.</p>	<p>El reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (artículo 23.1.a y artículo 23.3.a)</p>
<p>Derecho de huelga: La protección del derecho de huelga de los trabajadores con el fin de defender sus intereses colectivos.</p>	<p>En una nota a la libertad de asociación (artículo 23.3.a) señala expresamente que el derecho de huelga está vinculado con el derecho a la libertad de asociación, el cual no puede realizarse sin la protección al derecho de huelga.</p>
<p>Prohibición del trabajo forzado: La prohibición y abolición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, excepto tipos de trabajo obligatorio en casos generalmente aceptados por las Partes, tales como: el servicio militar obligatorio, ciertas obligaciones cívicas, el trabajo en las prisiones sin que sea para propósitos privados, y el trabajo requerido en casos de emergencia.</p>	<p>Trabajo forzoso u obligatorio (artículo 23.6): El objetivo de eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. Cada Parte prohíbe la importación de mercancías a su territorio procedentes de otras fuentes producidas en su totalidad o en parte por trabajo forzoso u obligatorio⁶. Las Partes cooperan para la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso.</p>

⁶ El Protocolo Modificatorio suprimió el párrafo que otorgaba la potestad a las Partes sobre la adopción de las medidas que considere apropiadas para su eliminación, de modo que el texto queda en términos más imperativos.

<p>Restricciones sobre el trabajo de menores: El establecimiento de restricciones sobre el trabajo de menores que podrán variar al tomar en consideración factores capaces de afectar el desarrollo pleno de las facultades físicas, mentales y morales de los jóvenes, incluyendo sus necesidades de educación y de seguridad.</p>	<p>Trabajo infantil forzoso u obligatorio (artículo 23.6): El objetivo de eliminar todas las formas de trabajo infantil forzoso u obligatorio. Cada Parte prohíbe la importación de mercancías a su territorio procedentes de otras fuentes producidas en su totalidad o en parte por trabajo infantil forzoso u obligatorio.</p>
<p>Condiciones mínimas de trabajo: El establecimiento de condiciones mínimas de trabajo, tales como salario mínimo y pago de tiempo extra, para los trabajadores asalariados, incluyendo a quienes no están protegidos por un contrato colectivo.</p>	<p>Las condiciones aceptables de trabajo: salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud en el trabajo (artículo 23.1.e y artículo 23.3.2). En una nota al Salario mínimo (artículo 23.1.e) señala expresamente que las condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos incluyen requisitos conforme a las leyes laborales de esa Parte para proporcionar pagos de beneficios relacionados con el salario a, o en nombre de, trabajadores, tales como aquellos destinados al reparto de utilidades, bonos, jubilación y cuidado de la salud.</p>
<p>Eliminación de la discriminación en el empleo: Eliminación de la discriminación en el empleo por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos, con la salvedad de ciertas excepciones razonables, tales como, en su caso, requisitos o acreditaciones para el empleo, así como prácticas establecidas o reglas que rijan las edades de retiro que se establezcan de buena fe, y medidas especiales de protección o de apoyo a grupos particulares, diseñadas para contrarrestar los efectos de la discriminación.</p>	<p>Discriminación en el centro de trabajo (artículo 23.9): La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, y promover la igualdad de la mujer en el centro de trabajo. Cada Parte implementará políticas que considere apropiadas para proteger a los trabajadores contra la discriminación en el empleo basada en el sexo (incluido el acoso sexual), embarazo, orientación sexual, identidad de género y responsabilidades de cuidado. Proporcionar licencias de trabajo para el nacimiento o la adopción de infantes y el cuidado de los miembros de la familia.</p>

<p>Salario igual para hombres y mujeres: Salarios iguales para hombres y mujeres, según el principio de pago igual por trabajo igual en un mismo establecimiento.</p>	<p>Proteger contra la discriminación salarial (artículo 23.9)</p>
<p>Prevención de lesiones y enfermedades profesionales: La prescripción y aplicación de normas que minimicen las causas de lesiones y enfermedades ocupacionales.</p>	
<p>Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales: El establecimiento de un sistema que prevea beneficios y compensaciones para los trabajadores o para quienes dependen de ellos en caso de lesiones ocupacionales, accidentes o muerte surgidos durante el trabajo, en conexión u ocurridos con motivo del mismo.</p>	
<p>Protección de los trabajadores migratorios: Proporcionar a los trabajadores migratorios en territorio de cualquiera de las Partes la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo.</p>	<p>Trabajadores migrantes (artículo 23.8): Las Partes reconocen la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes con respecto a las protecciones laborales, por lo que deben estar protegidos conforme a las leyes laborales, sean o no nacionales de la Parte.</p>

	<p>Violencia contra los trabajadores (artículo 23.7): Los trabajadores y los sindicatos deben poder ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos en un clima libre de violencia, amenazas e intimidación, y el imperativo de los gobiernos para abordar de manera efectiva estos incidentes. Ninguna Parte fallará en abordar violencia o amenazas de violencia contra trabajadores, directamente relacionados con el ejercicio o el intento de ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes⁷.</p>
--	---

A diferencia del ACLAN donde cada uno de los principios laborales tuvo un contenido jurídico, el listado de los derechos laborales protegidos en el USMCA no los tiene. Por ejemplo, solo hay referencia a la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en su articulado. Sin embargo, la expresa referencia a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998) vincula los derechos laborales a este instrumento internacional, lo que permite postular que el contenido de estos derechos puede establecerse desde los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, especialmente la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical. Agregaría que otra fuente internacional que debe tomarse en consideración son las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de control del sistema interamericano de derechos humanos a la que están sometidos los tres países por ser miembros de la Organización de Estados Americanos. De este modo, en base a pronunciamientos de

7 El Protocolo Modificatorio suprimió el párrafo que condicionaba la obligación del Estado a que la violencia contra los trabajadores fuese a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, por lo que no se exige que la acción o inacción sea constante, continua o repetida, basta una ocurrencia para que resulte exigible a la Parte.

órganos de control internacional, se puede dar contenido a cada uno de los derechos recogidos, más allá del contenido y las obligaciones prescritas en el propio texto del USMCA, eliminando las arbitrariedades interpretativas de alguna de las Partes.

Mencionado en la anterior sección, en el nuevo acuerdo de libre comercio se suprimen dos principios laborales: la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, y la indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades profesionales. Así, los derechos de protección social desaparecen del listado del USMCA. Por supuesto, esto no significa que esta clase de derechos no sigan siendo obligatorios para las Partes en el caso hayan ratificado convenios internacionales del trabajo de la OIT que regulan la materia.

La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio y el trabajo infantil incorpora dos obligaciones. Por un lado, prohibir la importación de mercancías a su territorio procedentes de otros países donde existe la sospecha que son producidas por trabajo forzoso o infantil. De este modo, se evita que el intercambio comercial al interior del USMCA está contaminado por la violación de estos derechos fundamentales en el trabajo. Esta obligación es una importante novedad del tratado. Por otro lado, cooperar para la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso. Estas obligaciones tienen su raíz en la Ley Arancelaria (o Tariff Act) estadounidense de 1930, cuya Sección 307 prohíbe la entrada de todo producto elaborado en el extranjero fabricado total o parcialmente por trabajo en prisión o trabajo forzoso u obligatorio bajo sanción penal. Lo que fue ampliado para el trabajo infantil forzoso u obligatorio con la Ley del Tesoro y Partidas Presupuestales del Gobierno Central (o Treasury and General Government Appropriations Act) de 1998.

La discriminación en el empleo exige la elaboración e implementación de políticas nacionales para proteger a los trabajadores, aunque corresponde a cada Parte considerar cuáles son las medidas apropiadas, lo que le resta consistencia. Sin embargo, hay que resaltar la ampliación del listado de causas discriminatorias, especialmente el acoso sexual, la identidad de género y las responsabilidades de cuidado. A su vez, se reconoce el derecho al descanso de maternidad y paternidad, como al descanso por responsabilidades familiares.

Una mención aparte es la protección de los trabajadores migrantes, una materia fundamental en las relaciones laborales de los países norteamericanos. El

ACLAN estableció la protección de los trabajadores migrantes sobre sus condiciones de trabajo por la ley nacional en los mismos términos que los trabajadores nacionales. No hizo ninguna mención si la condición de trabajador migrante indocumentado lo excluye de dicha protección, aunque en la práctica Estados Unidos lo interpretó en esos términos. Esto a pesar del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (17 de septiembre de 2003) donde afirma que: “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos, entre ellos los de carácter laboral” (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2003). El USMCA amplía la protección desde las condiciones de trabajo del ACLAN hacia el íntegro del listado de derechos laborales internacionalmente reconocidos, pero guarda silencio sobre los trabajadores migrantes indocumentados.

Finalmente, el USMCA agrega un artículo sobre la violencia contra los trabajadores ausente en el ACLAN y en los previos capítulos laborales de los acuerdos de libre comercio estadounidenses. Conforme al artículo 23.7, las Partes reconocen que los trabajadores deben tener un clima libre de violencia, amenazas e intimidación para ejercer los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Si bien el párrafo expresamente no lo formula como el reconocimiento de un derecho, si impone la obligación a las Partes que aborden de manera efectiva el tema. Luego, el mismo artículo establece la obligación que las Partes no deben fallar en abordarlo para evitar que afecte el comercio o la inversión. En ambas obligaciones, la disposición laboral carece de firmeza y claridad sobre su contenido.

3.3. Los compromisos compartidos entre las Partes

Los compromisos compartidos es la sección donde los Estados reafirman sus obligaciones entre ellos en materia laboral, especialmente enfocado en garantizar el cumplimiento de las leyes laborales.

**Cuadro 3: Comparación de los compromisos entre las Partes
y la aplicación de las leyes laborales**

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>El artículo 2 del ACLAN establece un compromiso general en virtud del cual cada una de las partes “garantizará que sus leyes y reglamentos laborales prevean altas normas laborales congruentes con lugares de trabajo de alta calidad y productividad y continuarán esforzándose por mejorar dichas normas en ese contexto”. Sin embargo, este compromiso no va acompañado de una consecuencia jurídica para la parte que no cumple este mandato de progresividad o que incluso establezca disposiciones regresivas en lo atinente a la protección de los derechos laborales.</p>	<p>El artículo 23.3.2 establece que las Partes adoptarán y mantendrán las leyes y regulaciones, y prácticas que derivan de los derechos laborales prescritos en las “leyes laborales”. A su vez, el artículo 23.5 señala que ninguna de las Partes dejará de aplicar sus leyes laborales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente¹ en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.</p> <p>El artículo 23.4 señala que las Partes reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones otorgadas en las leyes laborales, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. Por lo que no se puede dejar de aplicar o derogar las leyes laborales, u ofrecer ambas acciones. La disposición precisa que esta obligación se refiere a los derechos laborales señalados en el artículo 23.1 e incluye a una zona comercial o aduanera especial, tal como una zona franca o una zona de comercio exterior en el territorio de la Parte.</p> <p>El artículo 23.2 reafirma sus obligaciones de los tres Estados como miembros de la OIT, especialmente las establecidas en la Declaración de la OIT sobre los derechos del trabajo (1998) y la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa (2008). El mismo artículo le reconoce a las organizaciones de trabajadores y empleadores su importante papel en la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Finalmente, como una novedad de los acuerdos de libre comercio estadounidense, se agrega el numeral 3 donde las Partes reconocen el objetivo de comerciar únicamente mercancías producidas en cumplimiento de este capítulo.</p>

1 Una nota del artículo 23.5 del USMCA señala que un curso de acción o inacción es “sostenido” si es constante o continuo y “recurrente” cuando ocurre periódicamente o repetidamente y cuando las ocurrencias están relacionadas o son de la misma naturaleza. Quedan excluidos de este supuesto una sola ocurrencia o caso aislados.

El artículo 3 del ACLAN señala una serie de medidas que cada una de las Partes debe tener en cuenta para la aplicación efectiva de su legislación laboral. Dentro de tales medidas se encuentran la capacidad de los inspectores, la vigilancia en el cumplimiento de las leyes e investigación de presuntas violaciones, la realización de informes, el establecimiento de comisiones obrero-patronales y el uso adecuado de la mediación, conciliación y arbitraje, entre otros. Asimismo, el artículo 42 establece como principio de aplicación la imposibilidad que una parte aplique su legislación laboral en el territorio de otra parte. De modo que se elimina cualquier interpretación sobre una aplicación extraterritorial de la legislación laboral estadounidense o canadiense.

El artículo 23.5.2. regula que cada Parte promueve el cumplimiento de sus leyes laborales por medio de medidas gubernamentales adecuadas, como fortalecer a los inspectores, vigilar el cumplimiento e investigar presuntas violaciones, garantizar el cumplimiento voluntario, requerir información y el mantenimiento de registros, fomentar el establecimiento de comisiones obrero-patronales, fomentar la mediación, conciliación y arbitraje, contar con procedimientos que sancionen adecuadamente las violaciones de las leyes laborales, incluyendo la imposición de multas y la reinstalación de los trabajadores. A su vez, el artículo 23.5.4 señala que las estipulaciones del Capítulo Laboral no pueden interpretarse como la facultad de aplicar extraterritorialmente la ley laboral en el territorio de la otra Parte.

Esta sección muestra los sustanciales cambios temporales producidos entre ambos acuerdos de libre comercio, por ejemplo, con la mención de sus obligaciones como miembros de la OIT en la USMCA, ausente en el ACLAN. Esto podría

explicarse por el rol que adquiere el organismo internacional con la aprobaciones de la Declaración de los derechos fundamentales en el trabajo (1998) y la Declaración sobre justicia social para una globalización equitativa (2008), donde en ambos instrumentos internacionales se promueve regulaciones que materialicen el trabajo decente en el mundo del trabajo, por lo que son referentes obligados para las disposiciones laborales de los acuerdos de libre comercio elaborados con posterioridad a esas fechas. Así, la pertenencia a la OIT justifica que los Estados adopten, mantengan y apliquen los derechos laborales prescritos en ambas Declaraciones. Sin embargo, el USMCA precisa en señalar que el compromiso se refiere al contenido de los derechos laborales internacionalmente reconocidos que va más allá que los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (1998), pero el texto no se vincula a los convenios de gobernanza a que se refiere la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008. Para algunos, esto se explicaría porque la mayoría de ellos no han sido ratificados por Estados Unidos (Corvaglia, 2021, pp. 653-654), aunque este argumento es insuficiente porque en similar situación se encuentra varios de los convenios fundamentales en el trabajo no ratificados².

También el USMCA resuelve la ausencia en el ACLAN sobre el compromiso que tienen las Partes en no modificar peyorativamente sus leyes laborales o prometer su modificación en esos términos. De este modo, el *dumping social* es prohibido como mecanismo que promueva una competencia desleal entre las Partes. Aquí merece mencionarse que en otras disposiciones del acuerdo comercial se establece, por ejemplo, que en el sector automovilístico los trabajadores mexicanos no pueden tener un ingreso inferior a los U\$ 16.00 por hora de labores³, para evitar que los bajos salarios sean la causa principal de la competitividad en precios de los automóviles producidos en México. También destaca que se incluya el objetivo de comerciar únicamente mercancías producidas en cumplimiento con las disposiciones del Capítulo Laboral, lo que podría interpretarse como la prohibición del intercambio comercial con mercancías que lo incumplan.

2 Estados Unidos solo ha ratificado el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (núm. 29) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 182) dentro del listado de ocho convenios fundamentales.

3 Véase el artículo 3.7. c) del Capítulo 4 “Reglas de origen, con reglas específicas del producto” del USMCA.

Asimismo, el Protocolo modificatorio de 2019 varía la nota que define el incumplimiento de una obligación establecida por el acuerdo comercial. Así, el incumplimiento se produce cuando afecte el comercio o la inversión entre las Partes, cuando involucra: “(i) a una persona o a una industria que produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las Partes o tiene una inversión en el territorio de la Parte que ha incumplido con esta obligación; o (ii) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte”. Con esta disposición Estados Unidos incorpora en el acuerdo comercial la doble condición para calificar el incumplimiento del capítulo laboral: a) el incumplimiento de alguno de los derechos laborales internacionalmente reconocidos; y b) dicho incumplimiento afecta el comercio o la inversión entre las Partes, aunque con una sustancial diferencia respecto a los previos acuerdos comerciales.

En efecto, el mismo Protocolo establece una presunción cuando agrega una nota al USMCA sobre la solución de controversias -el procedimiento de denuncia ante el incumplimiento de obligaciones del acuerdo comercial- al señalar que el panel arbitral debe suponer que un incumplimiento “es en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario”. Esto significa que, si bien existe una doble condición, basta que se materialice la primera condición -el incumplimiento de la obligación laboral- para presumir que también se ha materializado la segunda condición -la afectación del comercio o la inversión entre las Partes-. Corresponde a la Parte demandada desvirtuar dicha presunción. Esta nota agregada se dirige a resolver el fiasco que cometió el panel arbitral del caso Estados Unidos vs. Guatemala en el marco del acuerdo comercial DR-CAFTA, donde reconoció que Guatemala comete graves violaciones a la libertad de asociación sindical, pero que el país norteamericano no demuestra que esto afecta el intercambio comercial entre las Partes, por lo que concluye que no existe una violación al Capítulo Laboral⁴.

El nuevo acuerdo comercial precisa que es obligatoria la aplicación de sus disposiciones laborales en las zonas comerciales, aduaneras o francas de las Partes. Esto se explica porque los países en vías de desarrollo suelen establecer normas

4 Véase el análisis del caso en: COMPA, Lance, VOGT, Jeffrey y GOTTWALD, Eric (2018). *Wrong turn for worker's rights: The U.S. – Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it*. Washington: Internacional Labor Rights Forum.

que exceptúan la aplicación de la legislación tributaria, laboral y medioambiental en estas zonas para incentivar la inversión extranjera. Así se evita que el Recinto Fiscalizado Estratégico (denominación que tienen las zonas francas en México) se encuentre exceptuado de la aplicación del Capítulo 23 Laboral del USMCA.

La otra novedad del USMCA es el reconocimiento de la importancia que gozan las organizaciones de trabajadores y de empleadores en la protección de los derechos laborales internacionalmente reconocidos, otorgándoles un rol de vigilantes en el cumplimiento del acuerdo comercial en materia laboral.

Finalmente, el USMCA señala los mecanismos de reparación ante la violación de los derechos laborales establecidos en procedimientos: la imposición del pago de multas y la reinstalación de los trabajadores. Esto es una significativa inclusión en el Capítulo Laboral porque los previos acuerdos de libre comercio no señalan las reparaciones. Más aún cuando se considera la reinstalación de trabajadores despedidos por la violación de alguno de los derechos laborales señalados en el tratado internacional. Por ejemplo, el despido antisindical o el despido discriminatorio deberían ser reparados con la reinstalación del trabajador.

3.4. Las garantías procesales en materia laboral

Entre los principales aportes del ACLAN fue la inclusión de garantías procesales en materia laboral dentro de sus disposiciones, dejando de lado aquellas posiciones que solo consideran la protección de los derechos sustantivos en los capítulos laborales de los acuerdos de libre comercio. En realidad, no es suficiente asegurar la protección, el respeto y la reparación de los derechos laborales sino viene complementado con garantías procesales que garanticen su aplicación y cumplimiento. El USMCA mantiene las garantías procesales en su regulación, aunque con algunas modificaciones que merecen destacarse, muchas de ellas responden a la propia evolución de sus acuerdos comerciales, lo que puede destacarse con el siguiente cuadro comparativo de los instrumentos internacionales, especialmente en los énfasis a los derechos del debido proceso. Hay que tener presente que las garantías procesales no solo se refieren a los procesos judiciales laborales, sino incluye a cualquier tipo de procedimiento, conforme lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en base al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2001).

Cuadro 4: Comparación de las garantías procesales en materia laboral

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Los artículos 4, 5 y 6 del ACLAN incluyen los contenidos a los que se ha hecho referencia. En términos generales, las disposiciones se centran en el acceso a los procedimientos y las garantías procesales propiamente dichas. Para ello, el acuerdo establece las siguientes garantías procesales: a) observancia del debido proceso legal; b) audiencias públicas; c) posibilidad de argumentar para defender sus posiciones; d) posibilidad de presentar pruebas; e) existencia de procedimientos sencillos y oportunos; f) decisiones motivadas, y fundadas en la información o prueba respecto de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas; g) garantía de tribunales imparciales e independientes; h) posibilidad de interponer recursos. Asimismo, la obligación de cada una de las Partes en asegurar que sus leyes, reglamentos y procedimientos sean de conocimiento público, a fin de garantizar la disponibilidad de información relacionada con su legislación laboral y con los procedimientos para su aplicación y cumplimiento.</p>	<p>El artículo 23.10 desarrolla la protección de las garantías procesales en términos similares al ACLAN. Existe la obligación de las Partes en asegurar que una persona con un legítimo interés tenga acceso apropiado a los tribunales administrativos, cuasi judiciales, judiciales o laborales, para la aplicación de las leyes laborales. Asimismo, debe asegurarse que esos procesos: a) son justos, equitativos y transparentes; b) cumplen el debido proceso legal; c) cumplen plazos razonables evitando demoras injustificadas; d) las audiencias son abiertas al público, de conformidad con las leyes aplicables. También asegurar que en los procedimientos los litigantes tengan derecho a sustentar o defender sus posiciones; el derecho a solicitar la revisión de la decisión (instancia plural) y, si procede, la corrección de la decisión; el derecho a recursos y ser ejercitados de manera oportuna. Las decisiones finales deben estar basadas en información o evidencia presentada por los litigantes; indicar las razones en las que están basadas (motivación); y disponibles por escrito para los litigantes y el público. Las Partes deben asegurar que los tribunales sean imparciales e independientes y el cumplimiento efectivo de las decisiones finales. Asimismo, garantizar que otros procedimientos dentro de los órganos laborales: a) son justos y equitativos; b) conducidos por funcionarios imparciales; c) costos y plazos razonables, sin demoras injustificadas; d) las decisiones documentadas (motivadas) y comunicadas a las personas afectadas por los procedimientos. Finalmente, cada Parte promueve la conciencia pública de sus leyes laborales por medio de la publicación disponible de sus leyes laborales y procedimientos.</p>

Las diferencias introducidas por el USMCA consisten en precisar los elementos del derecho al debido proceso para evitar controversias sobre su contenido, como el retraso injustificado de los procedimientos. A esto se agregan aspectos que entorpecen las garantías procesales, como los costos irrazonables que le acarrearán a los litigantes o la publicidad de los procedimientos.

3.5. La estructura orgánica del ACLAN y del USMCA

El objetivo del Capítulo Laboral es garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia laboral fijadas por sus disposiciones, por lo que asegurar relaciones armónicas y fluidas entre las Partes resulta central para ello. Por eso, el instrumento internacional crea organismos, instancias de seguimiento o de consulta, conformado por representantes de los tres estados norteamericanos.

Cuadro 5: Comparación de la estructura orgánica

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Crea la Comisión para la Cooperación Laboral compuesta por un Consejo Ministerial el cual contaba con la colaboración del secretariado y de la Oficina Administrativa Nacional (en adelante, OAN). Conforme al artículo 10, el Consejo es el órgano rector de dicha comisión y como tal le corresponde supervisar la aplicación del acuerdo, facilitar las consultas entre las Partes sobre diferentes áreas temáticas. Los artículos 13 y 14 del ACLAN establecen las labores del secretariado; una de ellas es brindar asistencia al Consejo en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, la OAN tiene como finalidad ser el punto del alcance entre las dependencias gubernamentales del país con las OAN de las otras Partes y con el secretariado. Asimismo, se prevé la participación y asesoría de miembros de la sociedad a través de comités nacionales o gubernamentales.</p>	<p>El artículo 23.14 crea el Consejo Laboral integrado por representantes gubernamentales (ministerial o de otro nivel) de los ministerios de comercio y de trabajo. Tiene competencia de tratar cualquier materia dentro del ámbito de aplicación del capítulo laboral y realizar las funciones que las Partes decidan implementar. También puede recibir y considerar los puntos de vistas de las personas interesadas en los asuntos relacionados sobre el capítulo laboral. Sus decisiones e informes son adoptados consensuadamente y publicadas. Cada Parte designa una oficina o funcionario dentro del ministerio de trabajo o entidad equivalente como punto de contacto para que aborde los temas relacionados con el capítulo laboral. Los puntos de contacto tienen la responsabilidad en; a) facilitar la comunicación y la coordinación entre las Partes; b) asistir y reportar al Consejo; c) actuar como canal de comunicación con el público en sus respectivos territorios; d) desarrollar e implementar actividades de cooperación.</p>

El modelo organizacional del USMCA mantiene lo diseñado por los acuerdos de libre comercio estadounidense que proviene desde el propio ACLAN, donde se establece un órgano especializado en materia laboral y un punto de contacto que tiene el rol de enlace de comunicación con las otras Partes y la población. Asimismo, se han precisado las funciones y las tareas que deben cumplir, evitando

una burocratización y una parálisis por sujetarse a la actuación de las más altas autoridades gubernamentales.

3.6. Los mecanismos de consultas laborales y de cooperación

Los acuerdos de libre de comercio estadounidenses establecen mecanismos de consulta y de cooperación. Los mecanismos de consulta facilitan el consenso frente a la interpretación y aplicación del Capítulo Laboral, de modo que ante situaciones que se pueden presentar no afecten al normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre los países (Canessa, 2019, p. 348). Los mecanismos de cooperación mejoran los estándares de protección laboral y la materialización de los avances en el cumplimiento de los compromisos comunes entre las Partes⁵.

⁵ Ibidem.

Cuadro 6: Comparación de los mecanismos de consultas laborales y de cooperación

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Las consultas pueden ser de dos tipos: 1) Las establecidas en el artículo 21 ante las OAN con relación a la legislación laboral de la otra parte, la administración del trabajo y las condiciones del mercado laboral y 2) las establecidas en el artículo 22, es decir, las consultas ministeriales respecto de cualquier asunto en el ámbito del ACLAN. Si tras las consultas ministeriales el asunto no se pudo resolver, la parte interesada puede, al amparo de los artículos 23 a 26, solicitar el establecimiento de un Comité Evaluador de Expertos que examine la cuestión planteada a partir de la conducta de todos los que intervienen en la cuestión. Este comité presenta un proyecto de informe con la evaluación del asunto, las conclusiones y las recomendaciones prácticas que puedan ser útiles para el caso concreto frente al cual, las partes pueden presentar observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en el informe final de evaluación el cual será presentado al Consejo.</p>	<p>El artículo 23.17 señala como finalidad de las consultas alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que surja del capítulo. Las consultas se inician por pedido de una de las Partes respecto a cualquier asunto del capítulo, para ello debe entregar la información específica y suficiente que le permita a la otra Parte responder. El tercer Estado puede participar si considera que es de su interés el asunto. Nada impide que simultáneamente se produzca la consulta laboral con el Diálogo Cooperativo Laboral (artículo 23.13). Asimismo, existe la obligación de las Partes realizar todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto. Las consultas son confidenciales y ninguna Parte podrá recurrir directamente al sistema de solución de controversias sin agotar este mecanismo. Ante la falta de acuerdo en este primer nivel, las Partes pueden solicitar las consultas laborales a nivel ministerial. En caso de llegar a un acuerdo, el documento señala los pasos específicos y los plazos decididos, si lo consideran apropiado. En caso de no arribar a un acuerdo, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un panel conforme al Capítulo 36 sobre Solución de Controversias.</p>

<p>Las medidas y actividades de cooperación sobre las materias y temas que las Partes determinen vienen establecidas por la Comisión para la Cooperación Laboral, teniendo en cuenta las diferencias de diversa índole que existan entre ellas.</p>	<p>El artículo 23.12 reconoce que la cooperación mejora las oportunidades para perfeccionar las normas laborales y avanzar en los compromisos comunes sobre los asuntos laborales. La cooperación laboral se materializa con: a) el intercambio de información y mejores prácticas; b) los viajes de estudio, las visitas y los estudios de investigación para documentar y estudiar políticas y prácticas; c) la investigación y el desarrollo colaborativos; d) el intercambio específico de conocimientos técnicos especializados y asistencia técnica. La promoción de la participación de los representantes de los trabajadores y empleadores al lado de las Partes interesadas. Las actividades de cooperación laboral son muy amplias, poniendo el énfasis en las leyes y las prácticas laborales, así como la promoción de la productividad, innovación, competitividad, capacitación y el desarrollo del capital humano en el centro de trabajo.</p>
	<p>El Diálogo Cooperativo Laboral viene establecido en el artículo 23.13, que consiste en la solicitud de una Parte para establecer un diálogo sobre cualquier asunto del capítulo. A diferencia del mecanismo de consulta no requiere existir una controversia para su implementación y su fracaso concluye en la posibilidad de someterlo ante el sistema de solución de controversias, se trata más bien de un espacio institucionalizado que cuentan las Partes del USMCA para discutir cualquier materia laboral proveniente del tratado.</p>

Con el USMCA se integra un solo tipo mecanismo de consulta sobre cualquier materia que provenga de las disposiciones del Capítulo Laboral, incluyendo la

aplicación de las leyes laborales y las garantías procesales. Además, subsana la grave deficiencia del ACLAN en que el mecanismo de consultas puede terminar ante el panel arbitral del sistema de solución de controversias por el incumplimiento de cualquier materia laboral. Bajo el ACLAN solo podía someterse en caso hubiese una omisión persistente en la aplicación de las normas técnicas sobre seguridad e higiene, trabajo infantil y salarios mínimos, quedando excluidos los demás principios laborales establecidos. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones laborales por acción o inacción sostenido y recurrente de una de las Partes puede ser encomendado ante el mecanismo de consulta y la falta de acuerdo en esta instancia, puede conducir a su sometimiento al sistema de solución de controversias del acuerdo comercial, con la eventual sanción comercial si el panel arbitral concluye que existe el incumplimiento.

En cuanto al mecanismo de cooperación, nuevamente la diferencia entre ambos acuerdos comerciales es en la fijación de las formas en que se plasma y sobre las materias que aborda, bajo un marco muy diáfano de cooperación internacional entre las Partes, donde el objetivo es el fortalecimiento de las tareas estatales en las más distintas áreas. Por ejemplo, el instrumento internacional resalta el combate a las peores formas de trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas; la identificación y movimiento de mercancías producidas por trabajo forzoso; la violencia contra los trabajadores por sus actividades sindicales; el fortalecimiento de la capacidad institucional en materia laboral, como los inspectores y los sistemas de inspección de trabajo.

Otra novedad es la institucionalización del Diálogo Cooperativo Laboral que está a mitad de camino entre el mecanismo de consulta y el mecanismo de cooperación, porque si bien puede surgir por la controversia en la aplicación de las disposiciones laborales, su finalidad se dirige a reforzar el espacio de diálogo entre las Partes y el acuerdo para un curso de acción, sin temor que su fracaso puede someterse al sistema de solución de controversias. Por ello, el artículo 23.17.13 del USMCA señala que puede recurrirse simultáneamente a las consultas laborales y al Diálogo Cooperativo Laboral.

3.7. Las comunicaciones públicas y la participación pública

El ACLAN incluyó entre sus disposiciones laborales que las personas u organizaciones pudiesen presentar una comunicación pública (denuncia o queja) ante la OAN sobre alguna materia del tratado internacional, permitiendo de este modo que el sistema de control del acuerdo de libre comercio en materia laboral estuviese abierto no solo a las Partes sino también a la población. Los posteriores acuerdos de libre comercio estadounidenses con disposiciones laborales lo incorporaron en su regulación, con la única excepción del tratado de libre comercio con Jordania (2000), por lo que también es recogido por el USMCA, aunque con ligeras modificaciones.

Cuadro 7: Comparación de las comunicaciones públicas y el procedimiento de solución de controversias

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>La OAN recibe las comunicaciones públicas sobre asuntos relativos a la legislación laboral surgidos en territorios de la otra Parte y periódicamente publica una lista de las mismas. También le corresponde revisar tales asuntos, de acuerdo con los procedimientos de cada país.</p>	<p>El artículo 23.11 señala que los puntos de contacto reciben las comunicaciones escritas de personas de una Parte sobre asuntos relacionados con el capítulo y consideradas de conformidad con sus procedimientos internos. Cada Parte se obliga a hacer accesible y público sus procedimientos, incluyendo los plazos, para la recepción y consideración de las comunicaciones escritas. Asimismo, considerar los asuntos planteados en la comunicación y proporcionar respuesta oportuna a la persona u organización que presentó la comunicación, incluso por escrito y poner la comunicación y los resultados de su consideración a disposición de las otras Partes y del público.</p>
	<p>Agrega la participación pública (artículo 23.16) como mecanismo en que las organizaciones laborales y empresariales proporcionen sus puntos de vista sobre asuntos referentes al capítulo.</p>

El USMCA sustituye a la Oficina Administrativa Nacional (OAN) por el punto de contacto como el órgano responsable para recibir las comunicaciones públicas y tramitar su procedimiento. A diferencia del ACLAN que solo reconoce que la controversia proviene de la legislación laboral nacional, el nuevo capítulo laboral lo extiende a cualquier asunto relacionado con su regulación. Asimismo, existe la obligación de cada Parte en elaborar un procedimiento nacional de las comunicaciones públicas que incluya los plazos y su respuesta, de modo que otorgue certeza al procedimiento.

La otra novedad es crear la instancia de la participación pública, como el espacio propio para las organizaciones de trabajadores y de empleadores dentro de las disposiciones del capítulo laboral. Así, el diálogo social es incorporado en el USMCA.

3.8. El procedimiento de solución de controversias

La evolución de las disposiciones laborales de los acuerdos de libre comercio estadounidense muestra que paulatinamente vienen ganando predominancia el respeto de sus obligaciones. En el ACLAN la posibilidad de que una controversia sobre el incumplimiento de las obligaciones laborales condujese a una sanción comercial era muy reducida, porque se exigió cumplir con una serie de requisitos que entorpeciese su materialización, como queda retratado que las 39 reclamaciones planteadas hasta mayo de 2014 ninguna fue sometida al procedimiento de solución de controversias (Compa y Brooks, 2015, p. 53). Sin embargo, esto se viene modificando con los posteriores acuerdos de libre comercio hasta el punto que en el marco del DR-CAFTA, Estados Unidos presentó una reclamación contra Guatemala por la violación grave de la libertad de asociación en materia laboral dentro del procedimiento. El USMCA suprime las deficiencias del ACLAN, incorporando el eventual incumplimiento de las obligaciones del capítulo laboral a ser sometidas como controversia ante el procedimiento de solución de controversias.

Cuadro 8: Comparación de los procedimientos de solución de controversias

ACLAN (1994)	USMCA (2020)
<p>Para la implementación del procedimiento de solución de controversias en materia laboral deben cumplirse dos requisitos: a) la controversia debe persistir tras el informe final del comité evaluador de expertos, lo que implica que también debieron agotarse las instancias consultivas; y b) solamente pueden acceder al procedimiento aquellos asuntos relacionados con la omisión persistente en la aplicación de las normas técnicas laborales sobre seguridad e higiene, trabajo de menores o salarios mínimos, quedando excluidos los restantes principios laborales establecidos en el ACLAN.</p> <p>Al recibirse una petición, la OAN receptora valora si resulta admisible. Luego de admitida, se convoca a una audiencia pública con las partes interesadas e involucradas, analizando los argumentos presentados. Asimismo, se corroboran las afirmaciones para evaluar si las acciones del Estado estaban en armonía con la legislación laboral nacional. Finalmente, la OAN hace público su informe abordando los temas controversiales de la queja.</p> <p>En el sistema de solución de controversias, el mecanismo está precedido por una instancia de consultas entre las partes, si la controversia persiste las partes pueden solicitar una sesión extraordinaria del Consejo en la cual se promoverá el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.</p>	<p>El capítulo 31 regula la Solución de Controversias del acuerdo de libre comercio, donde su artículo 31.2 señala su ámbito de aplicación: a) las controversias sobre la interpretación y la aplicación del tratado; b) cuando una Parte considere que una medida vigente o proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación, o lo ha incumplido.</p> <p>Las Partes procuran llegar un acuerdo por medio de los mecanismos de cooperación y consulta, previo al sometimiento de la controversia ante la solución de controversias. Si fracasan, la siguiente etapa es la conformación de una Comisión de buenos oficios para tratar de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la controversia (artículo 31.5.4). Al no lograr el acuerdo, se puede solicitar la constitución de un panel arbitral (artículo 31.6.1).</p> <p>La Parte contendiente desea que el panel formule constataciones sobre el grado de efectos comerciales desfavorables para una Parte de una medida que se haya determinado que no cumple con una obligación del Tratado o que ha causado anulación o menoscabo en el sentido del ámbito de Aplicación (artículo 31.7.3).</p> <p>La función del panel en su informe final es valorar los hechos aludidos por las Partes y determinar:</p>

Si la intervención del Consejo no logra ningún resultado, las partes pueden solicitar la convocatoria de un panel arbitral para examinar el asunto. Sin embargo, esta posibilidad está condicionada: a) Que la decisión se tome por las dos terceras partes de los miembros del Consejo; y, b) Que la presunta omisión en la aplicación de las normas técnicas esté relacionada con el comercio o se encuentre amparada por leyes laborales mutuamente reconocidas⁶ por las partes en virtud de las consultas adelantadas previamente.

La intervención del panel arbitral se materializa a través de informes preliminares o finales en los cuales se determine la existencia o no de una pauta persistente de omisiones en la aplicación de normas técnicas laborales, y los planes de acción a implementar para corregir esta situación. Eventualmente el panel puede reunirse nuevamente, a solicitud de una de las partes para determinar si el plan de acción se ha incumplido y en virtud de ello imponer las sanciones que correspondan.

En ese sentido, el ACLAN establece la siguiente sanción. Imponer una contribución monetaria a la parte demandada, conforme al anexo 39 del ACLAN, dicha contribución no podía ser mayor a 20 millones de dólares americanos durante el primer año de vigencia del acuerdo,

a) si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del tratado; b) si una Parte no ha cumplido con sus obligaciones; c) si la medida en cuestión está causando la anulación o menoscabo de lo establecido en su ámbito de aplicación; y, d) cualquier otra determinación solicitada por las Partes. Asimismo, formular recomendaciones para la solución de la controversia. El panel toma la decisión por consenso, si esto no es posible, puede tomar una decisión por mayoría de votos (artículo 31.13).

Las reglas de los procedimientos ante el panel arbitral establecen: a) el derecho de las Partes a una audiencia para informar oralmente; b) la audiencia es pública; c) cada Parte puede presentar una comunicación inicial y réplica; d) el panel evalúa la participación de las entidades no gubernamentales para formular opiniones escritas sobre la controversia (artículo 31.11).

Recibido el informe final del panel, las Partes cuentan con 45 días para celebrar un acuerdo que ponga fin a la solución de la controversia (artículo 31.18).

Si las Partes no llegan a un acuerdo, la Parte reclamante puede suspender la aplicación a la Parte demandada de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o a la anulación o menoscabo hasta que las Partes

6 El artículo 49 del ACLAN señala que las leyes laborales mutuamente reconocidas son aquellas “tanto de la Parte solicitante como de la Parte cuyas leyes han sido materia de consultas ministeriales, según el artículo

y posteriormente, limitada al 0,007% del comercio total de bienes entre las partes. En caso de que no se realice el pago de la contribución monetaria, la suspensión de beneficios por el tiempo necesario para recaudar la contribución monetaria en los términos del anexo 41b.

contendientes acuerden una solución a la controversia. Si la Parte demandada considera que el nivel de beneficios propuesto para ser suspendido es manifiestamente excesivo o ha eliminado la disconformidad o la anulación o el menoscabo que el panel ha determinado que existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto. Si el panel considera que el nivel de beneficios que la Parte reclamante propone suspender es manifiestamente excesivo, proporciona sus opiniones sobre el nivel de beneficios que considera de efecto equivalente. Finalmente, si la opinión del panel es que la Parte demandada no ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte reclamante puede suspender los beneficios hasta el nivel que el panel hLa función del panel en su informe final es valorar los hechos aludidos por las Partes y determinar: a) si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del tratado; b) si una Parte no ha cumplido con sus obligaciones; c) si la medida en cuestión está causando la anulación o menoscabo de lo establecido en su ámbito de aplicación; y, d) cualquier otra determinación solicitada por las Partes. Asimismo, formular recomendaciones para la solución de la controversia. El panel toma la decisión por consenso, si esto no es posible, puede tomar una decisión por mayoría de votos (artículo 31.13).

22, que se ocupan de la misma materia general, de modo que otorguen derechos, protecciones o normas exigibles”.

Las reglas de los procedimientos ante el panel arbitral establecen: a) el derecho de las Partes a una audiencia para informar oralmente; b) la audiencia es pública; c) cada Parte puede presentar una comunicación inicial y réplica; d) el panel evalúa la participación de las entidades no gubernamentales para formular opiniones escritas sobre la controversia (artículo 31.11).

Recibido el informe final del panel, las Partes cuentan con 45 días para celebrar un acuerdo que ponga fin a la solución de la controversia (artículo 31.18).

Si las Partes no llegan a un acuerdo, la Parte reclamante puede suspender la aplicación a la Parte demandada de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o a la anulación o menoscabo hasta que las Partes contendientes acuerden una solución a la controversia. Si la Parte demandada considera que el nivel de beneficios propuesto para ser suspendido es manifiestamente excesivo o ha eliminado la disconformidad o la anulación o el menoscabo que el panel ha determinado que existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto. Si el panel considera que el nivel de beneficios que la Parte reclamante propone suspender es manifiestamente excesivo, proporciona sus opiniones sobre el nivel de beneficios que considera de efecto equivalente. Finalmente, si la opinión del panel es que la Parte demandada no ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo, la Parte reclamante puede suspender los beneficios hasta el nivel que el panel ha determinado.

El procedimiento de solución de controversias del USMCA tiene profundas modificaciones respecto al ACLAN, algunas mencionadas en secciones previas. En primer lugar, la controversia puede versar sobre cualquier asunto o materia del capítulo laboral, lo que les otorga una mayor efectividad a las disposiciones laborales. En segundo lugar, si bien los mecanismos de cooperación y de consultas siguen cumpliendo el rol de espacio de encuentro para solucionar la controversia previo al panel arbitral, el nuevo marco regulador lo hace más expeditivo. En tercer lugar, la apertura de la participación de la sociedad civil durante el arbitraje, por medio de sus opiniones escritas sobre la controversia. Esto resulta importante destacar porque una comunicación pública puede ser la causa que la controversia fuese asumida por alguna de las Partes del tratado, de este modo no desaparece el interés legítimo de la persona o grupo afectado durante la solución de la controversia, más allá que el rol principal siempre le corresponde al Estado parte. En cuarto lugar, la resolución del panel permite una sanción muy gravosa, la suspensión de la aplicación de los beneficios del intercambio comercial hasta el nivel que compense la disconformidad.

En resumen, si una de las Partes incumple las obligaciones de las disposiciones del capítulo laboral, ya sea por la interpretación o aplicación del tratado, o por la adopción de una medida o proyecto que sea incompatible, puede someter la controversia ante el panel arbitral, en caso hayan fracasado los previos mecanismos componedores. Si el panel considera comprobado el incumplimiento de la obligación laboral, la Parte reclamante puede suspender la aplicación de los beneficios del tratado hasta que se elimine la disconformidad o desaparezca el menoscabo.

4. Conclusiones

El USMCA representa un avance sobre las disposiciones laborales del ACLAN, entendible por el propio proceso de evolución de los acuerdos de libre comercio estadounidense, especialmente con los tratados de libre comercio de su cuarto período. Asimismo, las disposiciones laborales del USMCA se enmarcan dentro de las cláusulas sociales condicionales, aunque con un diseño normativo

que lo mejora respecto al ACLAN, especialmente facilitando el acceso al procedimiento de solución de controversias y a la participación pública.

Sin embargo, el sonoro silencio del USMCA es la ausencia de cualquier disposición laboral que incorpore la debida diligencia de las empresas nacionales para asegurar el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, más allá de la regulación sobre la prohibición de la importación de mercancías elaboradas con trabajo forzoso o trabajo infantil fuera de las Partes. Sin duda hubiese sido un mecanismo que asegure el respeto de los derechos laborales en el territorio de los tres países porque compromete a las empresas dentro del proceso.

Lo más significativo es que el USMCA marca las pautas en materia laboral de los próximos acuerdos de libre comercio impulsado por los Estados Unidos y no sería una sorpresa que el país norteamericano solicite al Perú renegociar el capítulo laboral de nuestro tratado de libre comercio en base a los criterios expuestos en este estudio, que, sin duda, traerá sustanciales modificaciones.

Bibliografía

- Canessa, M. (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Canessa, M. (2016). “Las cláusulas sociales en materia laboral y el comercio internacional”. En: *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú* de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Canessa, M. (2019). “Los acuerdos de libre comercio en el ámbito laboral peruano”. En: *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva*. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario de Sergio Quiñones (coordinador). Lima: Facultad de Derecho.
- Canessa, M. & Pardo, D. (2016). “La evolución de la regulación laboral de los tratados de libre comercio de Estados Unidos”. En: *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales en los TLC suscritos por EE.UU.*

- con Colombia y con Perú de Miguel F. Canessa Montejo y Katerine Bermúdez (directores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Compa, L. & Brooks, T. (2015). NAFTA and the NAALC. Twenty years of North American Trade-Labour Linkage. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law.
- Compa, L. & Vogt, J. & Gottwald, E. (2018). Wrong turn for worker's rights: The U.S. – Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it. Washington: International Labor Rights Forum.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2001). Sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2 de febrero de 2001). San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 72.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (17 de septiembre de 2003). San José: Secretaría de la Corte, Serie A, No. 18.
- Corvaglia, M. (2021). “Labour Rights Protection and Its Enforcement under the USMCA: Insights from a Comparative Legal Analysis”. En: World Trade Review. Cambridge: University Press, Vol. 20, Issue 5, December.
- Ebert, F. & Posthuma, A. (2011). Labour provisions in trade agreements: current trends and perspectives. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo – Instituto Internacional de Estudios Laborales. Documento de Discusión No. 205.

Consecuencias del distanciamiento social a causa de la Covid-19 en el empleo y el mercado laboral peruano: Estadísticas y retos jurídico-normativos¹

Consequences of social distancing caused by Covid-19 on employment and the Peruvian labor market: Statistics and legal-normative challenges

Betty Egúsquiza Palacín²

Fernando Segundo Félix Córdova³

Resumen. El mercado de trabajo peruano fue golpeado fuertemente en el 2020, el año más crítico de la pandemia a causa de la Covid-19. Aunque parece que todo se ha recuperado en el 2021, en realidad, los problemas estructurales se han acentuado: mayor informalidad del empleo, predominancia acrecentada de la contratación a plazo fijo y esquemas específicos de laboralidad, como el trabajo tercerizado y el teletrabajo, que plantean supuestos que en el nuevo contexto post-covid no se habían discutido. En esta ocasión nos abocamos a exponer la situación del empleo y del trabajo en el país en el periodo 2012-2021, mostrando que ya el estado de cosas era preocupante y

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 25 de junio de 2022.

2 Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente labora en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). Ha sido docente de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido directora de la revista *Laborem* de la SPDTSS. Autora de diversos libros y artículos de investigación en materia de Derecho Laboral. Correo electrónico: begusquizapalacin@gmail.com

3 Ingeniero Economista por la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI) y maestrando en economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con más de 10 años de experiencia en el Sector Trabajo y Promoción del Empleo, incluyendo la integración del equipo Viceministerial de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral, del cuerpo de asesores de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, además de Consultor Individual para la OIT-Oficina Regional Lima Perú, del Programa Laboral de Desarrollo (PLADES). Con especial interés en Desarrollo Sostenible, Economía del Medio Ambiente, Capital Humano, Innovación Social y Transformación Digital. Actualmente es jefe del Laboratorio Social de la Fundación Baltazar y Nicolás. Correo electrónico: ffelixcordova@gmail.com

que la pandemia solo agudizó el problema de la alta informalidad del empleo y el uso ampliamente extendido de la contratación laboral a plazo fijo, a la par que abrió el horizonte del teletrabajo y nuevamente trae a debate a la tercerización laboral, identificando algunos vacíos normativos que podrían constituir todo un desarrollo para una mejor y eficiente regulación e institucionalidad laboral, además de llamar la atención en relación a la urgente necesidad de políticas económicas y activas de empleo para superar esta realidad.

Abstract. The Peruvian labor market was hit hard in 2020, the most critical year of the pandemic due to Covid-19. Although it seems that everything has recovered in 2021, in reality, the structural problems have been accentuated: greater informality of employment, increased predominance of fixed-term contracts and specific labor schemes, such as outsourced work and teleworking, which raise assumptions that in the new post-Covid context had not been discussed. On this occasion, we will focus on the employment and labor situation in the country in the period 2012-2021, showing that the state of affairs was already worrying and that the pandemic only aggravated the problem of the high informality of employment and the widespread use of fixed-term labor contracting, at the same time it opened the horizon of teleworking and once again brings to debate labor outsourcing, identifying some normative gaps that could constitute a whole development for a better and efficient labor regulation and institutionalism, besides calling attention to the urgent need for economic and active employment policies to overcome this reality.

Palabras claves. Informalidad del empleo / asalariados / remuneración / desempleo / intermediación / tercerización / teletrabajo.

Keywords. Informality of employment / wage earners / salary / unemployment intermediation / outsourcing and teleworking.

1. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su publicación “Panorama Laboral 2021. América Latina y el Caribe” (OIT, 2021) señala que, tras dos años desde que irrumpió la pandemia por la Covid-19 en el mundo y en

la región latinoamericana, las mejoras del mercado de trabajo y los ingresos se encuentran bajo amenaza por la desaceleración en la recuperación económica, el despunte inflacionario y el menor espacio fiscal.

Hasta el 2021, por ello, la recuperación de los indicadores laborales y de empleo en América Latina y el Caribe ha sido insuficiente comparado a la situación pre-pandemia. Sin embargo, se trata de una recuperación predominante en ocupaciones informales y salarios mínimos e ingresos medios reales magros. Por otro lado, se ha intensificado la digitalización que está generando oportunidades y desafíos para los mercados laborales. Con todo esto, el pronóstico es que habrá una elevada desocupación e informalidad laboral, ante la cual se requiere “un ambicioso conjunto de políticas de gran escala centrada en las personas y, en particular, en la creación de empleo formal”.

Con información de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) 2021, incluyendo cifras oficiales elaboradas tanto por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) como por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), se organiza y elaboran indicadores de empleo y trabajo, para luego recurrir a la documentación más reciente que permita dar una lectura explicativa o que permita plantear algunas hipótesis de explicación jurídico-normativa.

Consideramos que el trasfondo de los problemas del empleo y laborales en el país tienen mucha más relación con la debilidad de la productividad del trabajo, que no es solo capacitación a las personas, sino también dotación de recursos y capital a las unidades productivas, para que estén materialmente en condiciones de ser más competitivas con trabajo digno.

En ese sentido, en el horizonte de una década el documento procura comprender lo que ha significado la pandemia en la dinámica de trabajo y empleo en el país, y luego, a partir de los retos identificados que la digitalización acelerada ha establecido, se abordan los vacíos normativos de figuras como la intermediación, la tercerización y el teletrabajo, ya que ahora comprenden a una mayor cantidad de personas, principalmente el trabajo remoto, convirtiéndolo en asunto de interés medular en estricta concordancia con el espíritu del Derecho Laboral.

2. Realidad laboral peruana en la última década (2012-2021)

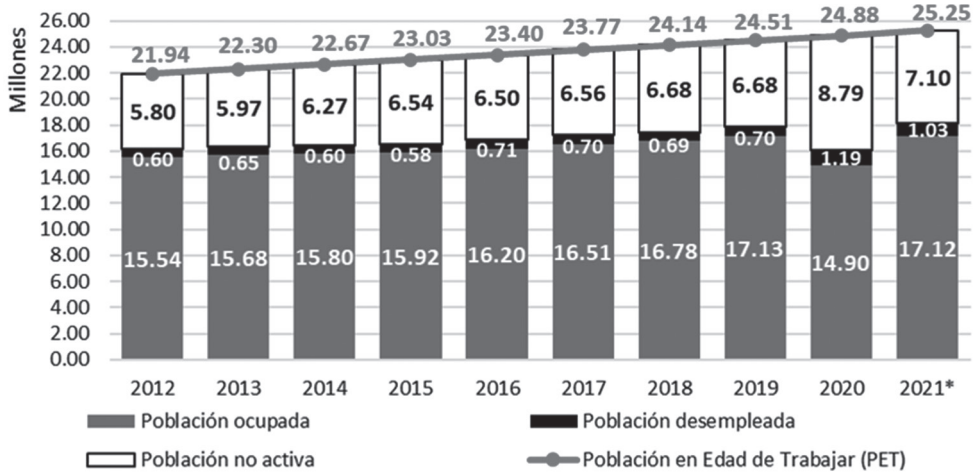
En el periodo 2012-2021, la cantidad de personas en edad para ejercer funciones productivas en la sociedad (14 a más años) se incrementó en 3.31 millones netos. Esta evolución responde más a factores demográficos, pero ejerce influencia importante en la dinámica del mercado de trabajo, dada la composición de la población en edad de trabajar: población en desempleo abierto, en inactividad y ocupada.

Hasta el año 2019, es decir, antes de la pandemia por la Covid-19, la población desempleada superaba ligeramente las 700 mil personas; la población ocupada estaba por encima de 17 millones; y la población no activa, cercana a los 6.7 millones. Sin embargo, en el año 2020, cuando la pandemia irrumpe sin control sanitario, se produce una involución: la población ocupada disminuye a niveles muy por debajo del año 2012. Más de 2.23 millones de personas, en términos netos, quedaron sin empleo, transitando al desempleo o a la inactividad. Efectivamente, en aquel año, el desempleo se incrementó a 1.19 millones de personas y la población no activa se expandió a 8.79 millones. Magnitudes realmente inéditas en la última década.

La cuarentena dispuesta en marzo 2020, que fue la más estricta posible, se orientó a disminuir la velocidad de contagios Covid-19 pero indujo a la caída de la actividad económica por la vía de reducir la mano de obra disponible; esto, sin embargo, se entiende como la mejor decisión frente a la posibilidad de una cuarentena menos estricta o inexistente, porque los contagios entre personas se habrían propagado tanto que, a mediano plazo, la actividad económica y la mano de obra estarían mucho más afectadas (Mendoza, W. y Chalco, I., 2020). Además, la situación débil del sistema de salud peruano no dejaba otra opción, hasta que aceleradamente fue equipándose y adecuándose a la emergencia sanitaria (Vega, J., 2020), sin pasar por alto que la economía y el mercado laboral pre-pandemia ya eran vulnerables, es decir, con pronunciado grado de heterogeneidad sectorial, poca diversificación productiva y elevada informalidad del empleo (Gamerro, J. y Pérez, J., 2020).

Gráfico 1.

Perú: Población en Edad de Trabajar (PET) según condición de actividad
(millones de personas)



*Cifras preliminares.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) - Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Propia.

En 2021, se ha registrado una recuperación del empleo que bordeó una cifra cercana a la del año 2019, pero el desempleo siguió por encima del millón de personas y la inactividad comprendió todavía a más de 7 millones de personas.

En particular, de la **población inactiva** cabe destacar lo siguiente (INEI, 2021a; INEI, 2022):

- Se concentra fuertemente en zonas urbanas: 83% en 2012 y 89% en 2021. Comprende principalmente a mujeres: alrededor de 66 por cada 100 personas en el periodo 2012-2020. Está conformada mayoritariamente por personas de 25 a más años: alrededor de 53% en el periodo 2012-2019 y 62% en 2020.
- En promedio, al menos 1 de cada 2 personas tiene educación secundaria en el periodo 2012-2020. En este intervalo de tiempo, la proporción con educación secundaria se ha incrementado (de 21% a 25%) en tanto

aquella que ha alcanzado no más que primaria ha disminuido (de 27% a 22%).

- En el ámbito urbano, de 2019 a 2020 se incrementó de una forma prácticamente generalizada, aunque en mayor medida en el grupo etario de 25 a 59 años (más de 1.4 millones de personas), con nivel educativo secundaria (más de 1.1 millones de personas), en los dos quintiles de menor bienestar económico (más de 1.0 millón de personas), entre quienes se dedican a los quehaceres del hogar (más de 1.9 millones de personas) o viven juntos (más de 1.1 millones de personas), o se auto perciben mestizos (más de 1.4 millones de personas). La excepción ocurrió entre quienes estaban estudiando (dejaron de estudiar 190 mil personas).
- En zonas rurales, de 2019 a 2020 se produjo una reducción generalizada, aunque leve; no obstante, ocurrió en mayor medida en el grupo etario de 14 a 24 años (-110 mil personas), con educación secundaria (-48 mil personas), fuera del segundo quintil de bienestar económico (-20 mil personas), que estaban estudiando (-140 mil personas), vivían solos (-101 mil personas), se consideraban indígenas o no tenían claridad sobre su procedencia étnica (-50 mil personas). La excepción sucedió entre quienes se dedicaban a los quehaceres del hogar (aumentó 125 mil personas).

La ocupación se redujo de 2019 a 2020, con un aumento tanto de la inactividad urbana (que se sobrepuso a la leve disminución de la inactividad rural) como del **desempleo abierto**, este último caracterizado por su mayor volumen adicional urbano (+482 mil personas), de hombres (+326 mil personas), del grupo etario de 25 a 44 años (+292 mil personas) o con educación superior (+278 mil personas).

En 2020 una mayor proporción de hombres estaba buscando activamente un empleo (56%), a diferencia de años anteriores en que solo para algunos años superaba la mitad de la población desempleada. Sin embargo, en 2021 la proporción de mujeres buscando activamente algún empleo fue superior (52%). También sucedió en el caso de jóvenes de 14 a 24 años: en 2020 salieron del mercado de trabajo una proporción importante con respecto a 2019 (pasando de 47% a 36% del total de desempleados), pero en 2021 aumentó su participación a 41%, ligeramente superior a la del segmento de 25 a 44 años (40% en 2021, luego de

haber escalado a 47% en 2020 partiendo de 38% en 2019). Por otro lado, la tendencia se mantuvo en cuanto al nivel educativo de quienes buscan activamente un empleo: el grupo que ha logrado educación superior pasó de representar 39% en 2012 a concentrar el 46% del desempleo en 2021 (48% en 2020) en tanto que el grupo con educación secundaria ha disminuido su presencia en la búsqueda activa de empleo, pasando de 52% en 2012 a 46% en 2021 (44% en 2020) (INEI, 2021a; INEI, 2022).

En ese sentido, la cantidad de **población ocupada** en 2021 estuvo bastante cerca a sus niveles de 2019, pero han quedado secuelas alrededor y en sus características: coexisten altos niveles de desempleo con inactividad a comparación de la situación pre-pandemia, y la población que trabaja lo hace en empleos cuyas características se han deteriorado aún más, es decir, se han vuelto más vulnerables de lo que ya eran.

Según las estadísticas oficiales (INEI, 2021a), de 2019 a 2020 la población ocupada disminuyó con mayor intensidad:

- En el ámbito urbano (-16.4%), en la costa (-19.0%), entre las mujeres (-17.1%), en el segmento etario de 60 a 64 años (-25.0%), en el grupo con educación superior universitaria (-20.2%) y superior no universitaria (-14.8%).
- Entre los quintiles de menor bienestar económico (-10.8% primer quintil, -16.9% segundo quintil, -15.3% tercer quintil, -14.3% cuarto quintil y -8.3% último quintil).
- En empresas de 11 a 50 trabajadores (-25.8%), seguido de aquellas con 51 a más trabajadores (-20.4%).
- En las ramas de actividad Hoteles y Restaurantes (-33.7%), Inmobiliarias y alquileres (-30.4%), Minería (-28.7%), Otros servicios (-27.9%), Enseñanza (-25.6%), Pesca (-21.4%), Transporte y Comunicaciones (-20.2%).
- En categorías como trabajador del hogar (-41.8%), empleador/patrono (-37.8%) y asalariados (-18.0%).
- En ocupaciones principales como directivos en entidades públicas como privadas (-52.4%), militares y policiales (-26.6%), profesionales técnicos (-25.6%), jefes y empleados administrativos (-24.7%), profesionales

científicos e intelectuales (-23.0%), trabajadores de los servicios y vendedores de comercios y mercados (-22.7%), operadores de maquinaria industrial, ensambladores y conductores de transporte (-19.3%), trabajadores de la construcción, edificación, productos artesanales, electricidad y las telecomunicaciones (-15.4%).

Estos son los principales efectos sobre el nivel de ocupación en el país para el año 2020, en el cual existió una dinámica trimestral donde la peor parte se registró en el segundo trimestre del año y se recuperó progresivamente hasta 2021, bastante cerca a sus niveles pre-pandemia.

Sin embargo, esto no debe desviar la atención en lo siguiente: el empleo formal se ha deteriorado, fundamentalmente en las zonas urbanas del país. Así, en el periodo 2013-2019, la tasa de empleo formal en el país se encontraba alrededor de 26.4% (de 33.3% en el ámbito urbano); en 2020 empeoró a 24.7% (a 31.6% a nivel urbano) y se agudizó en 2021 al llegar a 23.2% (a 28.6% dentro de lo urbano) (INEI, 2022, p. 13). Por tanto, 77 de cada 100 trabajadores son informales⁴ en el Perú.

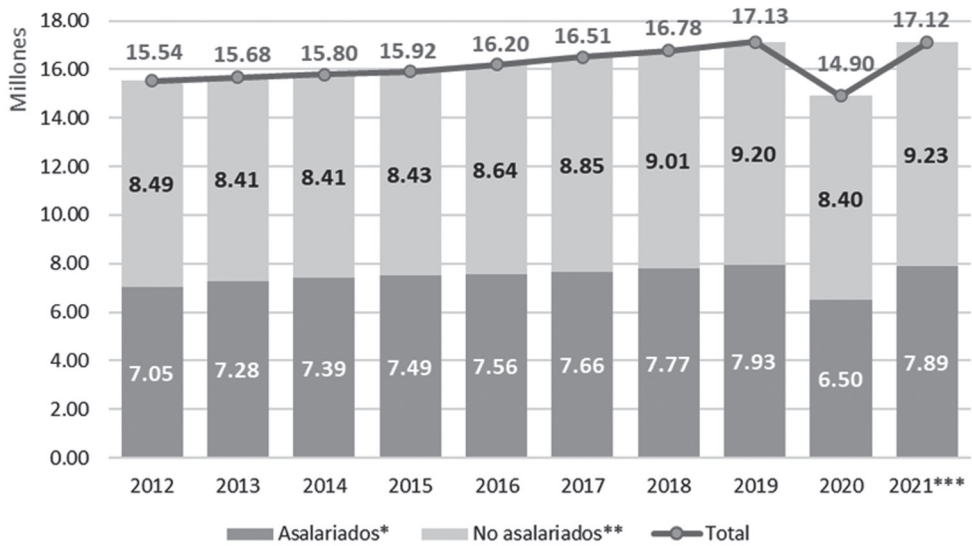
Ahora bien, la población ocupada puede agruparse según subordinación laboral⁵: asalariados y no asalariados. Es posible que la distribución entre asalariados y no asalariados se encuentre inamovible en este trayecto: en el periodo 2012-2019, la población asalariada representaba alrededor del 46.4% del total de ocupados; en 2020, 43.6%. Puesto que los cambios se han dado en las mag-

4 Para el INEI, el empleo informal <<está referido al total de empleos que cumplen las siguientes condiciones, según la categoría de ocupación del trabajador: i) Los patronos y cuenta propia cuya unidad productiva pertenece al sector informal, ii) Los asalariados sin seguridad social financiada por su empleador, iii) Los trabajadores familiares no remunerados, independientemente de la naturaleza formal o informal de la unidad productiva donde labora>> (INEI, 2021b, p. 110).

5 Subordinación laboral se refiere al hecho de encontrarse trabajando en relación de dependencia en alguna unidad productiva que tenga por objetivo generar ingresos o alguna rentabilidad favorable. Así, los trabajadores asalariados prestan servicios personales, reciben un pago por ello y están sujetos a las directrices del empleador en el marco de la unidad productiva que este conduce. En contraste, los trabajadores no asalariados prestan servicios personales, reciben una subvención por esto, pero están sujetos a su propia voluntad, la unidad para la cual trabajan no las sujeta a sus directrices de conducción empresarial, o si trabaja para ella esta es de subsistencia/autoconsumo o no tiene finalidades mercantiles/de rentabilidad. El Derecho Laboral se vincula principalmente con la condición de asalariada.

nitudes, no en la composición de manera pronunciada, es posible señalar que los asalariados en el país han venido en aumento neto, de 7.05 millones en 2012 a 7.89 millones en 2021, pese al retroceso a 6.50 millones en 2020. Lo propio ha sucedido con los no asalariados.

Gráfico 2
Perú: Población ocupada según subordinación laboral
(millones de personas)



*Incluye obreros y empleados.

**Incluye empleador o patrono, independientes, trabajador familiar no remunerado, trabajador del hogar y otros.

***Cifras preliminares. Las cantidades correspondientes a asalariados y no asalariados se estiman con el promedio de la proporción que representan cada condición con respecto al total de ocupados en el periodo 2012-2020.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) - Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Propia.

En el caso de los **no asalariados**, en el periodo 2012-2019, alrededor de 81.1% trabajaba en *empleos informales dentro del sector informal*⁶, 88.5% en 2020 y 84.6% en 2021. Aquí se encuentran principalmente trabajadores independientes y trabajadores familiares no remunerados. Los primeros venían en aumento, de 4.89 millones en 2012 a 5.66 millones en 2019, con caída a 5.18 millones en 2020; los segundos, entre 2012 y 2019 se contaban alrededor de 1.71 millones, y 1 99 millones en 2020. Todos informales en el sector informal (INEI, 2021b).

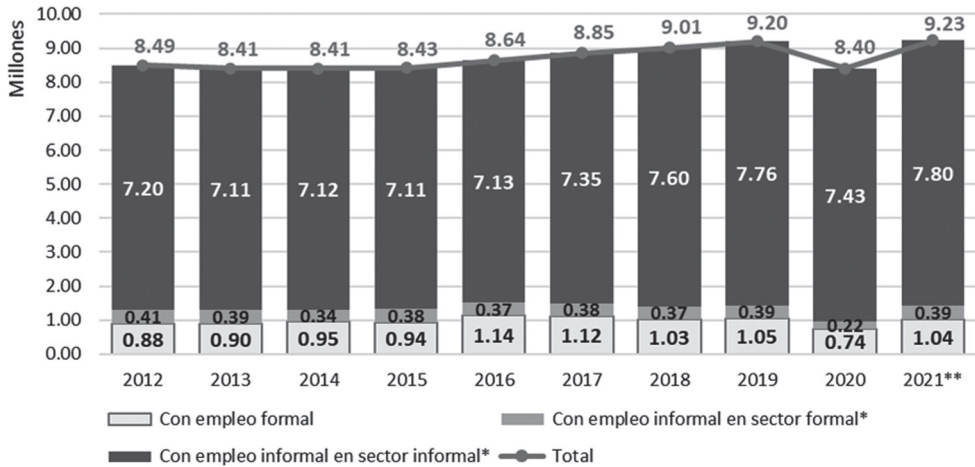
En 2021, los independientes habrían retornado a sus actividades en similares condiciones y en mayor cantidad de lo que eran hasta el año 2019, principalmente porque sus ingresos promedio mensuales cayeron -17.7% en el 2020 (vs 2019) y han sido los más bajos comparado al resto de categorías ocupacionales (se estima que en 2012 fueron 443 soles, en 2019 ascendió a 895 soles y en 2020 retrocedió a 736 soles promedio mensual) (INEI, 2021a).

En el caso de los trabajadores familiares no remunerados, su dinámica está más vinculada a negocios pequeños (por ejemplo, bodegas o ventas en redes sociales) que están basados en lazos de parentesco y que, siendo pequeños, en pandemia se han ido gestando como forma de afrontar la situación económica adversa.

Por otro lado, los no asalariados con *empleo informal en el sector formal* son la menor parte (no más de 5%): en los últimos 10 años no han superado las 400 mil personas, salvo ligeramente en 2012. Principalmente, integran trabajadores del hogar y, de manera bastante marginal, trabajadores familiares no remunerados. A su turno, los no asalariados con *empleos formales* la conforman de manera gravitante independientes y conductores o patronos de empresa, que juntos, sin embargo, solo representan a poco más de 1 por cada 10 no asalariados (INEI, 2021b).

6 Para el INEI, el sector informal <<se refiere a las empresas de hogares (unidades productivas no constituidas en sociedad, excluyendo las cuasi sociedades) que no están registradas en la administración tributaria. Para el caso de las unidades productivas del sector primario no constituido en sociedad, se considera que todas pertenecen al sector informal>> (INEI, 2021b, p. 108).

Gráfico 3
Perú: No asalariados según tipo de empleo y sector
(millones de personas)



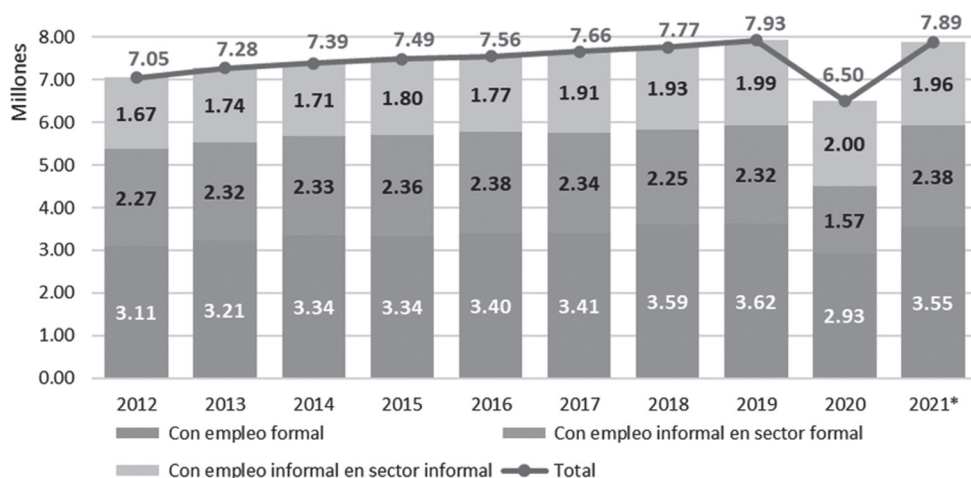
**Cifras preliminares. Las cantidades correspondientes se estiman con el promedio de la proporción que representan cada condición con respecto al total de no asalariados, en el periodo 2012-2020.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Propia.

En cuanto a los **asalariados**, en el periodo 2012-2019 alrededor de 24.1% trabajaba en *empleos informales dentro del sector informal*, 30.8% en 2020 y 24.9% en 2021. Aquí se encuentran principalmente obreros, es decir, aquellas personas cuyas labores son predominantemente manuales, que fueron en aumento, pasando de 1.41 millones en 2012 a 1.75 millones en 2020 (INEI, 2021b).

Por otro lado, los asalariados con *empleo informal en el sector formal* comprenden a aquellos trabajadores en relación de dependencia cuyas unidades productivas o empresas tienen Registro Único de Contribuyente (RUC) pero no les financian la seguridad social (lo cual supone que le reconozcan el vínculo laboral en la Planilla Electrónica). Se han incrementado, de 2.27 millones en 2012 a 2.38 millones en 2021 (1.57 millones en 2020). A su turno, los asalariados con *empleos formales* la conforman de manera gravitante empleados y, en menor medida, obreros, y juntos representan menos de 1 por cada 2 asalariados (INEI, 2021b).

Gráfico 4
Perú: Asalariados según tipo de empleo y sector
(millones de personas)



*Cifras preliminares. Las cantidades correspondientes se estiman con el promedio de la proporción que representan cada condición con respecto al total de asalariados, en el periodo 2012-2020.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Propia.

Según las estimaciones a partir de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH-O), en el sector informal la cantidad de asalariados se mantuvo invariable en 2020 (2 millones de personas). Aquí las empresas generalmente reúnen las condiciones usualmente señaladas de baja productividad: son pequeñas, de subsistencia, no distinguen entre activos propios y del negocio, intensivas en mano de obra, no tributan al fisco, el patrón o patrona ostenta condición socioeconómica ligeramente mejor que la del asalariado/a. Podría decirse que se trata del segmento de relaciones laborales más precaria, de capitalismo embrionario, excluido de los alcances reales de la normatividad laboral y empresarial (aunque le resulte aplicable por definición).

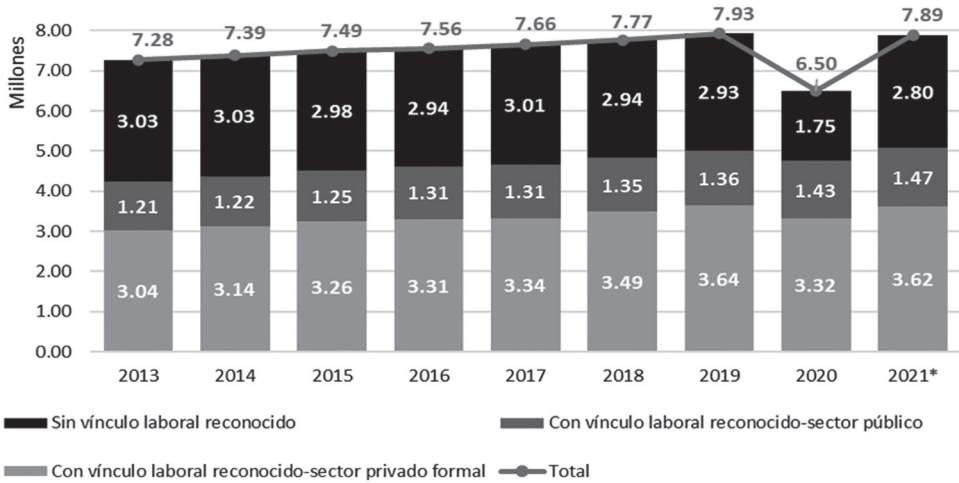
En cambio, en ese mismo año sí se vieron afectados tanto los asalariados que estaban en empleos formales como aquellos en empleos informales en el sector formal. Es decir, los asalariados en empresas formales experimentaron retrocesos en 2020 con una recuperación parcial en 2021.

Si la cantidad total de asalariados es vista desde el reconocimiento del vínculo laboral mediante un contrato de trabajo (no desde el autorreporte sobre el financiamiento del seguro social), podría encontrarse una composición algo diferente. Con información resumen de la Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en el periodo 2013-2019 alrededor del 43.7% tuvo reconocido el vínculo laboral en el sector privado; en 2020, 51.1%; y en 2021, 45.9%. La cantidad de asalariados con contrato laboral en el sector privado se incrementó de 3.04 millones en 2013 a 3.62 millones promedio mensual en 2021 (3.32 millones en 2020). De otro lado, los asalariados con vínculo laboral reconocido en el sector público pasaron de 1.21 millones en 2013 a 1.47 millones en 2021, representando alrededor de 17.7% del total entre los años 2013 y 2021.

Con lo cual, los asalariados sin vínculo laboral reconocido fueron los más afectados en 2020, aunque en 2021 retomaron su condición: en el periodo 2013-2019 se registraron en promedio mensual alrededor de 2.98 millones; en 2020, 1.75 millones; y en 2021, 2.80 millones. Aquí se encontrarían los asalariados informales tanto en el sector formal (por ejemplo, locadores de servicios o modalidades formativas que en realidad les corresponde un contrato de trabajo) como en el sector informal (invisibles a la institucionalidad laboral).

Gráfico 5

Perú: Asalariados según reconocimiento del vínculo laboral mediante contrato de trabajo (millones de personas)⁷



*Para el cálculo de asalariados con vínculo laboral reconocido en el sector público se promedian los meses enero a septiembre.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) - Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Propia.

El empleo asalariado con vínculo laboral reconocido mediante contrato de trabajo ha mejorado en los últimos 9 años, al transitar de 58.3% en 2013 a 64.5% en 2021, a un ritmo de 0.69 puntos porcentuales promedio anual. Sin embargo, todavía resulta insuficiente porque siguen excluidos de la normatividad laboral 35.5% de asalariados al 2021.

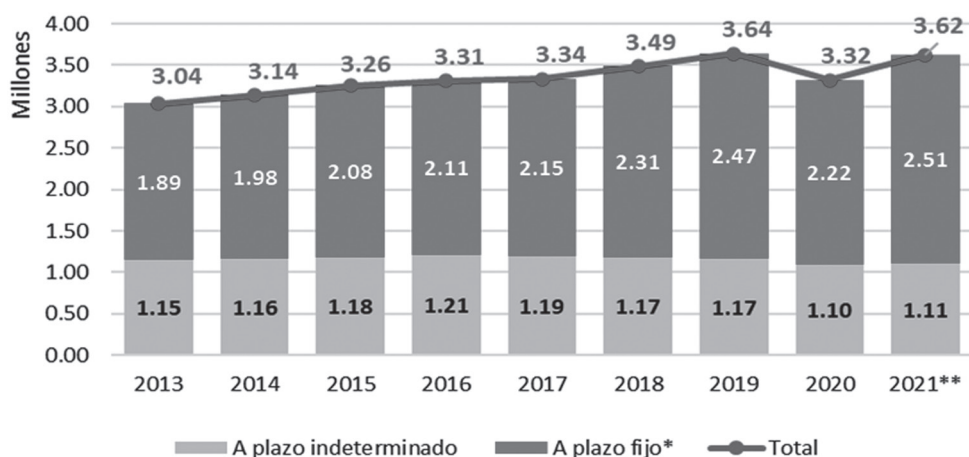
En el sector público, la contratación laboral responde básicamente a regímenes especiales, que no se abordarán aquí. En cuanto al sector privado formal, las empresas que la conforman reconocen el vínculo laboral principalmente mediante contratos de trabajo a plazo fijo. En 2013, por cada 100 asalariados con vínculo laboral reconocido en el sector privado formal 62 estaban bajo alguna figura de contratación laboral a plazo fijo. En 2021, esto se extendió al 69%

⁷ Corresponde al promedio mensual del año.

(2.51 millones de trabajadores, promedio mensual). La regla general jurídica (de contratación a plazo indeterminado) no es predominante: se va convirtiendo cada vez más en la excepción.

Gráfico 6

Perú: Asalariados con vínculo laboral reconocido en el sector privado formal según tipo de contrato de trabajo (millones de personas, promedio mensual)



*Comprende: A tiempo parcial, por inicio o incremento de actividad, por necesidades de mercado, por reconversión empresarial, ocasional, de suplencia, de emergencia, para obra determinada o servicio específico, intermitente, de temporada, de exportación no tradicional, de extranjero, a domicilio, futbolistas profesionales, migrante andino decisión 545, otros no previstos y no determinado.

**La cantidad total corresponde al promedio mensual de enero a diciembre; la cantidad promedio a plazo indeterminado, al promedio mensual de enero a septiembre.

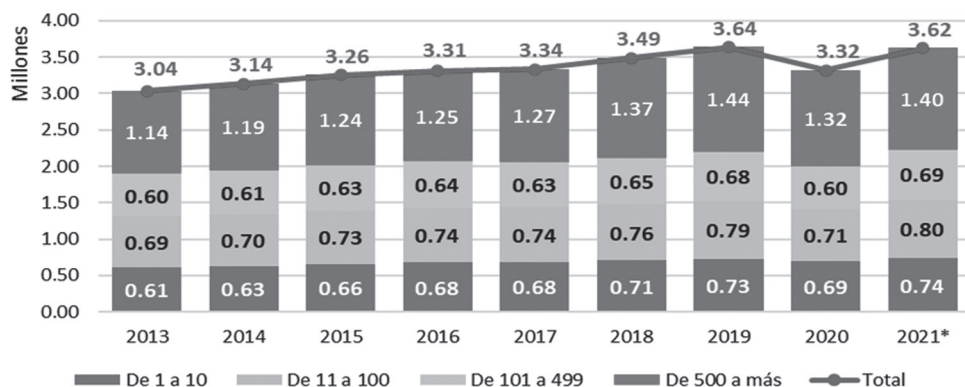
Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) – Anuarios Estadísticos Sectoriales (varios años) y Leyendo Números (2021). Elaboración: Propia.

En este marco, los asalariados privados con contrato de trabajo usualmente se concentran en las empresas de mayor tamaño: alrededor de 57.5% del total se encuentra en empresas con más de 100 trabajadores. En contraste, las empresas de 1 a 10 trabajadores (las más pequeñas) agrupan en promedio al 20.4% del total de asalariados privados con vínculo laboral reconocido mediante contrato

de trabajo, solo ligeramente superada por las empresas de 11 a 100 trabajadores (22.1% promedio).

Gráfico 7

Perú: Asalariados con vínculo laboral reconocido mediante contrato de trabajo en el sector privado formal según tamaño de empresa (millones de personas, promedio mensual)



*Para el cálculo de asalariados con vínculo laboral reconocido se utiliza el promedio de la proporción de trabajadores en el periodo 2013-2020 según tamaño de empresa (aproximado por la cantidad de trabajadores).

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) – Anuarios Estadísticos Sectoriales (varios años) y Leyendo Números 2021 y 2022. Elaboración: Propia.

Además de reafirmarse el hecho de que a mayor tamaño de la empresa más elevada es la remuneración promedio mensual, otra regularidad encontrada es que las personas contratadas a plazo indeterminado perciben mayores remuneraciones promedio mensual frente a quienes están bajo algún contrato a plazo fijo; así, por ejemplo, en 2021 la remuneración nominal promedio a plazo fijo representó el 58.3% de la remuneración nominal promedio a plazo indeterminado (MTPE, 2022a, p. 25), lo cual expresa un deterioro para quienes están bajo algún contrato a plazo fijo porque en 2017 esta relación fue de 64.2% (MTPE, 2019, p. 23).

Por otro lado, en promedio, la mitad de los asalariados con contrato laboral en el sector privado formal permanecen en planilla electrónica hasta por 12 meses de manera continua (MTPE, 2022b, p. 21).

Al parecer, pese a que la remuneración nominal promedio se ha incrementado entre los asalariados privados formales (de 1 844 soles en 2007 a 2 510 en 2021), aún resultan insuficientes frente a sus necesidades económicas, lo cual conduce a que buena parte de ellas/os se procuren ingresos adicionales en otros empleos, posiblemente como independientes, en tanto rotan de puestos de trabajo en no más de un año término medio. Tal vez por esta razón las personas con ocupación secundaria se incrementaron en general durante el periodo 2007-2019, y particularmente los independientes de 1.34 millones a 1.70 millones, disminuyendo a 1.06 millones en 2020 (a causa de la pandemia) (INEI, 2021a, p. 263) con un posible repunte desde 2021.

Esto se agrava si la cúspide empresarial más próspera del país tiende a absolutizar a los costos laborales como única dificultad de avance y acumulación de capital, sin reparar en aristas que los interpelan a invertir más y mejor. En el Perú, las empresas de 101 a más trabajadores concentran alrededor del 57.5% de asalariados con contrato de trabajo en el sector privado formal, aunque representan el 1.4% del total de empresas de este sector: en términos absolutos pasaron de 3 602 promedio mensual en 2013 a más de 4 600 promedio mensual en 2021 (3 695 promedio mensual en 2020) (MTPE, Anuarios Estadísticos Sectoriales y Leyendo Números, varios años).

Del 9 al 23 de mayo de 2022, se realizó una investigación de mercados a una muestra de 165 gerentes generales de las principales 2 500 empresas del Perú, es decir, comprendidas en las empresas grandes (con 101 a más trabajadores). Las encuestas se realizaron en línea de manera auto administrada. Los resultados son llamativos. Si bien les sigue preocupando la desaceleración de la economía (65% en 2022 vs 75% en 2021) y la pérdida de poder adquisitivo de la población (30% en 2022 vs 38% en 2021), han desplazado su atención hacia otros riesgos como la paralización de proyectos de infraestructura (38% en 2022 vs 26% en 2021), la inflación (35% en 2022 vs no visible en 2021) y el aumento en el costo de financiamiento (25% en 2022 vs 20% en 2021).

En materia laboral, destaca que 61% considera perjudiciales para su modelo de negocio el aumento de regulación laboral proteccionista hacia el trabajador (en 2021 fue 72%); 19%, al aumento de regulación laboral proteccionista hacia el consumidor (en 2021 fue 24%); y 17%, al aumento del sueldo mínimo (en 2021 fue 27%). En abierto contraste, no más de 3 por cada 10 gerentes genera-

les tienen como prioridad para los siguientes 12 meses mejorar la eficiencia de procesos, su estrategia comercial o impulsar la digitalización de la empresa o su transformación digital (SE-IPSOS, 2022).

Podría resultar comprensible que, en general, las gerencias empresariales estén en contra no solamente del incremento de costos en la planilla laboral, sino de otros costos como el de sus proveedores y de los insumos que el proceso de producción requiere, esto es, de los costos en general.

Sin embargo, ese mismo énfasis también debe encontrarse de cara a mejores ingresos y rentabilidad. Sobre esto último, cabe preguntarse: rentabilidad ¿a costa de reducir costos laborales? ¿en razón al incremento de la productividad y competitividad empresariales? Reducir costos, mayor productividad y competitividad nada tienen que ver con debilitar las condiciones laborales de las personas: es mejor una apuesta por la optimización o innovación de procesos, productos/servicios o a nivel organizacional, con transformación digital donde el cliente es el centro para crear, entregar y captar valor.

Si las normas laborales son mínimos requeridos en una sociedad, es que también nos recuerdan que los objetivos de vida de las personas deben ir más allá (y distinguirse) de los objetivos de las empresas donde laboran. La fusión de ambos es forzosa cuando al trabajador/a -la parte estructuralmente más débil de la relación laboral (agravada con bajas tasas de sindicalización y debilidad institucional persistente para exigir el cumplimiento de la normatividad laboral)- se le coloca en una posición de vulnerabilidad, donde sus opciones son trabajar para sobrevivir o inventarse un empleo (por una motivación de subsistencia, no de emprendimiento como muchas veces quiere hacerse creer).

De modo que, si el entorno de los asalariados privados formales se encuentra así en el sector formal, más dificultades tendrán sus pares sin contrato de trabajo, dentro o fuera del sector formal; y mucho peor, quienes conforman el segmento no asalariado. Recordando que el mercado de trabajo y el empleo derivan de la dinámica económica y que las familias obtienen sus ingresos principalmente en actividades productivas, cabe la advertencia: sin intervención activa y eficaz del Estado con políticas económica, de trabajo y empleo a favor del desarrollo humano en el país. La dinámica antes expuesta continuará su tendencia impulsada, principalmente, por decisiones de corto plazo del mejor posicionado estructuralmente en una relación de trabajo.

3. Modificaciones necesarias ante un nuevo escenario

Declarado en nuestro país el Estado de Emergencia, las normas tuvieron que modificarse y adecuarse al nuevo escenario. En esta oportunidad, analizaremos tres normas que consideramos se han visto trastocadas y que necesitan un replanteamiento; y son la de trabajo remoto, intermediación y tercerización.

Una de las principales modalidades del trabajo a distancia es el teletrabajo. En nuestro país, se cuenta con una regulación específica a través de la Ley N° 30036 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2015-TR. A pesar de tener una normativa que regule esta modalidad de trabajo a distancia el Estado decidió crear otra figura. Es así que por primera vez se reguló el trabajo remoto mediante Decreto de Urgencia 026-2020; institución supeditada en un inicio a la duración de la Emergencia Sanitaria, posteriormente con plazos definidos, y que ahora tiene un plazo dispuesto mediante Decreto de Urgencia N° 115-2021 vigente hasta el 31 de diciembre de 2022.

Según el Dictamen de los Proyectos de Ley 1046/2021-CR y 1292/2021-CR:

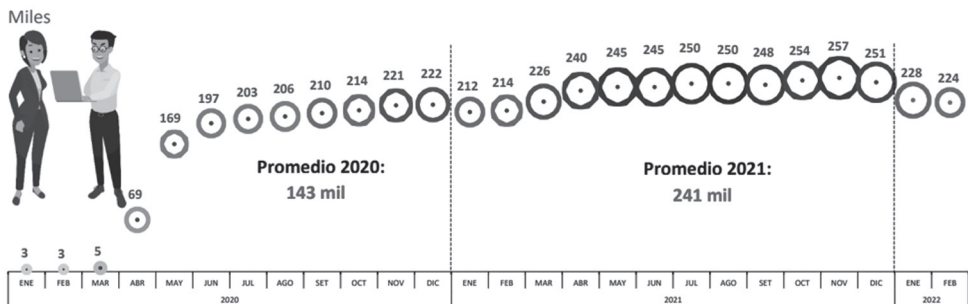
“El teletrabajo, a raíz del COVID-19, se ha consolidado y fortalecido en el mercado laboral, en los sectores público y privado, no solo funciona como un instrumento de subsistencia transitorio, sino como un factor permanente que convivirá con el trabajo presencial en los países de Latinoamérica, pese a la ausencia de leyes especiales; ello, en la medida que la población está adoptando un *modus vivendi* laboral que no se podrá divorciar de la implementación y utilización de medios informáticos y telecomunicaciones en la prestación de servicios subordinados”.

Por ello, a continuación, observaremos que el número de teletrabajadores se ha incrementado. Según datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los puestos bajo esta modalidad crecían con lentitud en nuestro país; en efecto, en el año 2016 se empezó con 648 teletrabajadores y para el 2018 se proyectaron unos 867 adicionales. Ahora bien, para el año 2019, según el Informe de Demanda Ocupacional a nivel nacional, se proyectó contratar 630 personas bajo esta modalidad (La República, 2019).

No obstante, esta lentitud en su crecimiento ha variado en los últimos dos años. En el sector formal privado, el número de teletrabajadores se incrementó sustancialmente, en diciembre de 2020 eran de 222 mil y en diciembre de 2021 llegó a 251 mil. Ahora bien, si hacemos un análisis por actividad económica observamos que en el periodo enero 2022 - febrero 2022, al menos 8 de cada 10 trabajadores en condición de teletrabajo se concentraron en actividades económicas de servicios (suministro de electricidad, gas y agua; hoteles y restaurantes; transporte, almacenamiento y comunicaciones; intermediación financiera; actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler; enseñanza; servicios sociales y de salud; otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales; hogares privados con servicio doméstico; organizaciones y órganos extraterritoriales); y en una cantidad menor en comercio (8.6%) y manufactura (6.8%) (MTPE, 2022b, p. 22).

Gráfico 8

Perú: Trabajadores en el sector formal privado mediante modalidad de teletrabajo - trabajo remoto



Tomado de Perú, ¿y cómo vamos? Informe mensual del empleo formal privado, febrero 2022, N° 44 (pág. 22) – Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

La principal observación que se efectúa al trabajo remoto es la asunción de gastos, ya que los equipos y medios informáticos de telecomunicaciones y análogos que resulten necesarios para la prestación de servicios pueden ser proporcionados por el empleador o el trabajador; es decir, bajo el marco normativo que regula esta figura estas condiciones de trabajo pueden ser asumidas por el trabajador. Lo mismo no ocurre con el teletrabajo como lo contempla la Ley N°

30036, Ley que regula el Teletrabajo, que dispone que cuando el teletrabajador aporte sus propios equipos o elementos de trabajo, el empleador debe compensar la totalidad de los gastos.

Ahora bien, el plazo de duración de la regulación del trabajo remoto vence el 31 de diciembre de 2022. Consideramos que este plazo debería reducirse o no ampliarse, debido a lo dispuesto en el párrafo anterior.

En caso no se amplíe el plazo del trabajo remoto, consideramos que la regulación de la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, debería modificarse, ya que posiblemente muchos empleadores no desearán asumir el costo de los equipos y medios informáticos. Por lo tanto, solicitarán que sus trabajadores realicen trabajo presencial, ya que no querrán tener la contingencia de asumir esos gastos en un futuro. Esta decisión deberá ser tomada de común acuerdo entre el trabajador y empleador porque existirá diversas situaciones; a continuación, procederemos a señalar tres supuestos:

1. Trabajadores que deseen continuar teletrabajando o realizar trabajo mixto, ya que les resulta atractivo por la extinción del tiempo del traslado y/o porque contribuye a conciliar su trabajo y su familia.
2. Trabajadores para quienes el teletrabajo les resulta negativo y, por lo tanto, desean que el empleador asuma los gastos en caso se realice en la modalidad de teletrabajo.
3. Trabajadores para quienes es indiferente el teletrabajo o el trabajo presencial. Asimismo, el empleador no tiene un lugar donde el trabajador pueda realizar su trabajo y por lo tanto el costo de la asunción de gastos es menor en caso el trabajo se realice de manera presencial.

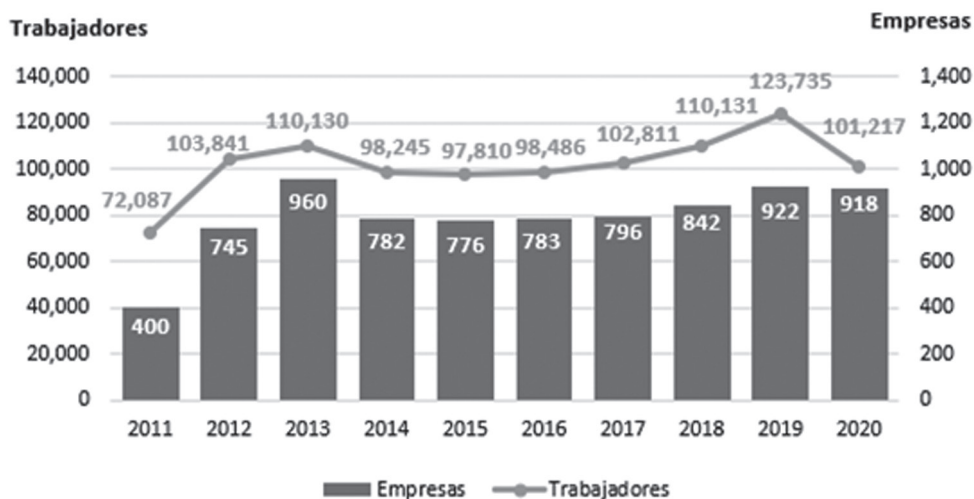
Recientemente la Comisión de Ciencia, Innovación y Tecnología del Congreso aprobó los Proyectos de Ley 1046/2021-CR y 1292/2021-CR, que disponen que, en las instituciones y empresas privadas, la compensación de gastos por el uso de equipos del teletrabajador es asumida por el empleador en cualquiera de las dos modalidades de teletrabajo, total o parcial, y no se condiciona si el teletrabajo se realiza o no en el domicilio del teletrabajador.

Conforme hemos podido observar, el público a quienes se aplica esta normativa se amplió en un 400% y no todos los trabajadores tienen la misma si-

tuación. Por ello, somos de la posición que es posible considerar la regulación existente en Uruguay que dispone, en su Ley 19978 y su reglamento Decreto N° 86/022, que las partes acordarán la forma de provisión de las tecnologías de la información necesarias para que el trabajador desarrolle el teletrabajo, debiendo consignarse debidamente en el contrato de trabajo. En caso de desacuerdo, el empleador deberá proporcionar los equipos, insumos y servicios y demás herramientas necesarias para el desarrollo del teletrabajo, siendo de cargo del empleador los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos.

Con relación con la tercerización, observamos que en los últimos años se ha incrementado el número de empresas (en el año 2020 el número se duplicó con relación al año 2011) y el número de trabajadores (en el año 2011 teníamos 72 mil y en el año 2020 en promedio 101 mil).

Gráfico 9
Perú: Empresas y trabajadores de tercerización



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) – Anuarios Estadísticos Sectoriales (varios años). Elaboración: Propia.

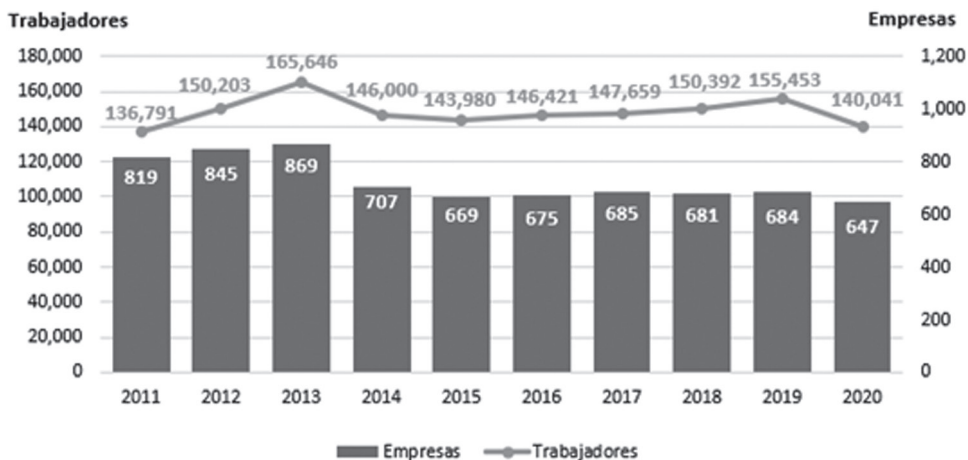
A continuación, veremos que el distanciamiento social ha impactado en la tercerización, ya que muchos trabajadores, dadas las circunstancias del Estado de

Emergencia Nacional, realizaron su labor mediante el trabajo remoto y observamos que la tercerización regulada y protegida en nuestro país según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038 es aquella con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal.

En ese sentido, consideramos que es necesaria una protección desde el marco normativo laboral también para este grupo de trabajadores, es decir para aquellos trabajadores que realizan su trabajo de manera remota y por lo tanto no cumplen el requisito del desplazamiento continuo.

Respecto a la intermediación, según el siguiente gráfico, observaremos que el número inmerso de trabajadores siempre ha sido en promedio 140 mil.

Gráfico 10
Perú: Empresas y trabajadores de intermediación laboral



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) – Anuarios Estadísticos Sectoriales (varios años). Elaboración: Propia.

En este punto, analizaremos el artículo 7 de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, que señala que solo tienen derecho durante dicho período de prestación de servicios a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores cuando estos trabajadores son destacados a una empresa usuaria.

Podemos observar que el requisito en esta regulación es el “destaque del personal”. Lo mismo sucede con la fianza, la solidaridad y las tres modalidades de intermediación (artículo 11, 24, 25 y 26 de la Ley N° 27626); incluso, la definición de trabajador en la misma normativa se define como aquel trabajador subordinado destacado a una empresa usuaria. Por lo tanto, el requisito del destaque de personal para la figura de la intermediación es un requisito sine qua non para encontrarse incluidos en su ámbito de protección.

En este nuevo escenario pareciera que la empresa usuaria no será responsable solidaria respecto de los trabajadores que, bajo un esquema de intermediación, realizan su labor bajo la modalidad de trabajo remoto. Asimismo, pareciera que el empleador no tendrá la obligación de pagar la fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de estos trabajadores. Efectuada esta observación, surge como interrogante bajo qué regulación se encontrarán estos trabajadores y qué derechos se les serían otorgados.

Por otro lado, revisamos la normativa de inspecciones, específicamente el numeral 34.1. del artículo 34 del Reglamento de la Ley General de Inspecciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR, e identificamos que, ante la verificación de una intermediación laboral no registrada, prohibida, o una simple provisión de personal, solo el personal desplazado será incorporado a la planilla de la empresa principal. Por lo tanto, permanecería en incertidumbre analizar qué hará la Inspección del Trabajo con los trabajadores que no han sido desplazados a la principal porque realizan su labor de manera remota.

Este vacío normativo va en contra del derecho tuitivo y protector que tiene el Derecho del Trabajo, que, conforme lo indica la doctrina, “se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes, el trabajador” (Pla, 1998, 61).

En atención a ello, consideramos que es necesario una modificación normativa que no deje desprotegido a este grupo de trabajadores y que abarque a aquellos que se encuentran en situación de teletrabajo.

4. Conclusiones y recomendaciones

En el Perú, la pandemia en su etapa más crítica dejó sin empleo a más de 2.23 millones de personas en 2020, con algunas secuelas para 2021 en el mercado de trabajo: más de un millón de personas buscando activamente un empleo, cifra no registrada en la última década. Si bien se recuperó la cantidad de población ocupada, la calidad del empleo se ha deteriorado: la informalidad del trabajo se ha incrementado, de modo que 77 de cada 100 personas ocupadas se encuentran comprendidas en ella.

Por cada 10 personas ocupadas en alguna actividad productiva, más de la mitad son no asalariadas, en buena medida con empleos informales en el sector informal de la economía, predominante en trabajadores independientes. El resto de la población ocupada la conforman asalariados, es decir, aquellos que realizan labores de naturaleza personal, remunerada y, sobre todo, subordinada.

En la última década, los asalariados han sobrepasado los 7 millones de personas (salvo en 2020), de los cuales más de 3 millones están sujetos a algún tipo de contrato de trabajo en el sector privado formal: 69% a plazo fijo y 31% a plazo indeterminado en 2021. Se han incrementado los trabajadores contratados a plazo fijo en lenta pero sostenida coexistencia con una disminución de quienes están contratados a plazo indeterminado.

Las remuneraciones de los trabajadores a plazo indeterminado son mejores que las de aquellos contratados a plazo fijo, término medio. La tendencia a la mayor contratación a plazo fijo continuará afianzándose porque la mitad de los asalariados privados con contrato de trabajo permanecen en promedio no más de 12 meses continuos en la planilla electrónica. Esta precarización laboral tendría las siguientes manifestaciones: alta rotación y menores remuneraciones, con tendencia al aumento en las ocupaciones secundarias para conseguir los ingresos necesarios.

Lo anterior podría revertirse en el mediano y largo plazo, siempre que las empresas privadas más grandes del país se decidan por la productividad y competitividad, antes que por reducir los costos laborales. Lamentablemente, en una muestra representativa de empresas con más de 100 trabajadores (que concentran más de la mitad de los asalariados privados con contrato de trabajo), solo

3 de cada 10 gerentes están pensando para los próximos 12 meses mejorar procesos, estrategias de venta o impulsar la transformación digital de sus empresas.

Por tanto, se avizora poca capitalización empresarial y más precarización entre asalariados privados formales. Los alrededores, es decir, los asalariados sin contrato de trabajo (dentro o fuera de empresas formales) y los no asalariados estarán con mayores dificultades para procurarse ingresos suficientes que les permitan satisfacer sus necesidades más apremiantes, incluyendo la de sus familias. Ante esto, se requieren políticas públicas económicas, de trabajo y empleo que favorezcan el desarrollo humano en el país, disruptivas con las actualmente operantes.

La política económica sigue sin incorporar una estrategia clara de diversificación productiva para los mercados internos, limitándose a gestionar la importante esfera macroeconómica para un país económicamente pequeño como el nuestro en el contexto mundial. Efectivamente, en una reciente documentación sobre el particular, se destaca que entre 1990 y 2020 la estabilidad macroeconómica procuró al país crecimiento económico elevado y consistente, con impactos favorables en la población peruana en términos de reducción de la pobreza y desigualdad, quedando para la salud y educación aún espacios para las reformas claves y, en consecuencia, para el desarrollo del capital humano que requiere la (actual) estructura productiva del país (Yamada, 2022, pp. 167-182).

Está ampliamente reiterada la constatación que la actual estructura productiva del país no es la deseable, que se requiere de ella su diversificación para acortar sustancialmente las heterogeneidades que la caracterizan (y afrontar mejor los vaivenes de la economía internacional), es decir, además de mejorar el capital humano, también lo propio es exigible a los puestos de trabajo generados bajo el impulso de la acumulación capitalista con innovación y disrupción en concordancia con los estándares laborales mundialmente reconocidos.

Por su parte, en materia laboral y de empleo existen algunas limitaciones: la Política Nacional de Empleo Decente aspira a que, al 2030, solo 1 de cada 5 personas tenga un empleo decente (donde se cumplen las normas laborales más básicas e indispensables, sin agotarlas) y que la informalidad del empleo no supere el 60%. Esta aspiración de sobrevivencia es comprensible en tanto la diversificación productiva del país siga pendiente de abordarse con seriedad y explícitamente. Se espera que el <<Grupo de Trabajo Multisectorial para elabo-

rar una agenda coordinada con medidas de política y/o propuestas de acciones a implementar, vinculadas a una recuperación y promoción del empleo centrada en las personas, hacia la postpandemia>> creado mediante Resolución Ministerial N°113-2022-TR (10 de mayo de 2022), en sus 45 días hábiles de vigencia, pueda proporcionar las soluciones más pertinentes.

Con relación al teletrabajo y trabajo remoto en los últimos dos años el número de trabajadores involucrados se ha incrementado sustancialmente. Consideramos que es necesaria una modificación de la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, respecto de la compensación de gastos por el uso de equipos del teletrabajador, ya que no todos los trabajadores tienen la misma situación, por lo que consideramos que esta decisión debe ser tomada de común acuerdo entre el trabajador y empleador.

Finalmente, el requisito indispensable, según nuestra normativa, para una intermediación y tercerización es el desplazamiento de los trabajadores a las instalaciones de la empresa usuaria. Con relación a esta exigencia, para aquellos que laboren mediante el teletrabajo o mediante trabajo remoto no será posible cumplir este requisito y, ante este vacío normativo, es necesario una modificación normativa que proteja a este grupo de trabajadores.

Bibliografía

- Gamero, J. y Pérez, J (2020) *Perú. Impacto de la Covid-19 en el empleo y los ingresos laborales*. Nota técnica país, Panorama Laboral en tiempos de la Covid-19, Organización Internacional del Trabajo.
- INEI (2021a) *Perú: Evolución de los indicadores de Empleo e Ingreso por departamento, 2007-2020*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- INEI (2021b) *Producción y Empleo Informal en el Perú. Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2020*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- INEI (2022) *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional. Trimestre: Octubre-Noviembre-Diciembre 2021. Año: 2021 (Enero – Diciembre)*. Informe Técnico N°1, Instituto Nacional de Estadística e Informática.

- LA REPÚBLICA. (2019). “*Proponen que el teletrabajo sea obligatorio para empresas*”.
- <https://larepublica.pe/economia/2019/09/30/ministerio-de-trabajo-proponen-que-el-teletrabajo-sea-obligatorio-para-empresas-indecopi/>
- MTPE (varios años) *Anuario Estadístico Sectorial*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- MTPE (2019) *Perú, ¿y cómo vamos? N°7*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- MTPE (2022a) *Perú, ¿y cómo vamos? N°42*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- MTPE (2022b) *Perú, ¿y cómo vamos? N°44*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Mendoza, W. y Chalco, I (2020) *Epidemia y nivel de actividad económica: un modelo*. Documento de Trabajo 494, Departamento de Economía – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Organización Internacional del Trabajo - OIT. (2021) *Panorama laboral 2021. América Latina y el Caribe*. Oficina Regional de la Organización Internacional del Trabajo para América Latina y el Caribe.
- Pla, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. (3° ed.) Editorial Depalma.
- Vega, C. (2020) *Crónica de la economía peruana en tiempos de pandemia*. Documento de Trabajo 495, Departamento de Economía – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Yamada, G. (2022) *Estabilidad macroeconómica y bienestar*. En *Hitos de la Reforma macroeconómica en el Perú 1990-2020*. Las recompensas de los tamías. Universidad del Pacífico.
- SE-IPSOS (2022) *¿Qué opinan los gerentes generales sobre la situación política y económica en el Perú? XVIII Encuesta a Gerentes Generales*. Investigación realizada por Ipsos Perú, por encargo de Semana Económica.

Trabajo presencial o trabajo a distancia: entre lo necesario y lo complementario¹

Face-to-face or telecommuting work: between the necessary and the complementary

Carlos Cornejo Vargas²

Resumen. El autor analiza en el presente artículo las modalidades de trabajo presencial y a distancia. Así, aborda algunas consideraciones del trabajo a distancia y, también, aspectos conceptuales y regulación legal del teletrabajo. Asimismo, desarrolla la definición y regulación legal del trabajo remoto. Además, comenta datos y consideraciones para la regulación del trabajo híbrido. Por último, aborda la temática de la salud mental de los trabajadores.

Abstract. The author analyzes in this article the modalities of face-to-face and telecommuting work. Thus, it addresses some considerations of telecommuting and, also, conceptual aspects and legal regulation of teleworking. It also develops the definition and legal regulation of remote work. It also comments on data and considerations for the regulation of hybrid work. Finally, it addresses the issue of workers' mental health.

Palabras claves. Trabajo a distancia / Trabajo presencial / Derecho laboral / COVID-19 / Regulación

Keywords. Telecommuting work / Face-to-face work / Labor law / COVID-19 / Regulation

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 25 de junio de 2022.

2 Abogado y magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor Universitario de Derecho del Trabajo y Legislación Laboral (Universidad ESAN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Escuela de Negocios CENTRUM).

1. Introducción

La subordinación es un elemento esencial del contrato de trabajo, que lo identifica y que se define como un vínculo jurídico del cual se desprende el deber de obediencia que recae sobre el trabajador, y el poder de dirección que ejerce el empleador.

El poder de dirección le permite al empleador dirigir la prestación del servicio, fiscalizar el cumplimiento de las órdenes impartidas, y sancionar los incumplimientos que se detecten.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde destacar que, en ejercicio del citado poder de dirección, el empleador ha estado y está autorizado a determinar el lugar de prestación del servicio contratado; y que, en ejercicio del referido poder, ha venido determinando como lugar de prestación del servicio contratado sus propias instalaciones.

Ciertamente, en ejercicio del poder de dirección, el empleador ha venido determinando que el lugar de prestación del servicio contratado sean sus propias instalaciones, a pesar de que, en nuestro país, desde marzo del año 2013, con la promulgación de la Ley 30036, Ley del Teletrabajo, estaba autorizado a acordar con los trabajadores que la prestación del servicio contratado se ejecutara desde un lugar diferente, por ejemplo, el domicilio del trabajador.

No obstante, la pandemia generada por el COVID-19, trajo consigo un cambio en la forma de vida de las personas, y afectó también -como no podía ser de otra manera- la forma de ejecución del trabajo dependiente.

Ciertamente, con ocasión de la declaración de la emergencia sanitaria (el 11 de marzo del año 2020) y la ulterior declaración del Estado de Emergencia Nacional (el 15 de marzo del año 2020), se limitó el ejercicio de la libertad de tránsito de las personas, y se reguló el “trabajo remoto”, autorizándose a los empleadores a cambiar por decisión unilateral el lugar de prestación del servicio.

Ahora bien, habiéndose superado los peores momentos de la pandemia, y habiéndose descubierto que el trabajo a distancia es productivo e igualmente satisfactorio que el trabajo presencial, ha surgido la necesidad de determinar cuál es el futuro del trabajo a distancia, y cómo se relacionará con el trabajo presencial.

Y es que, ha llegado el momento de determinar si es necesario optar exclusivamente por el trabajo presencial o por el trabajo a distancia; de decidir si se

mantiene la regulación del teletrabajo o si la misma es modificada para hacerla más atractiva; de resolver si se termina la vigencia del trabajo remoto sin rescatar sus aspectos positivos; y de definir si se construye un nuevo régimen de trabajo a distancia que sea inclusivo, y que recoja lo mejor de las regulaciones del teletrabajo y del trabajo remoto.

En las líneas siguientes, se intentará aportar algunas ideas que pueden ser consideradas para resolver las dudas antes reseñadas.

2. Trabajo a distancia: algunas consideraciones

La evolución natural del Derecho del Trabajo llevó, hace ya algunos años, a pensar en la posibilidad de que el trabajo dependiente se ejecutara desde un lugar distinto al establecimiento del empleador.

Aunque normalmente el trabajo dependiente se ha ejecutado siempre desde el establecimiento del empleador o desde el lugar determinado por este, es un hecho objetivo que el referido trabajo puede también ejecutarse desde un lugar distinto, que incluso podría ser determinado por el propio trabajador. Si el trabajo ejecutado en el establecimiento del empleador se ha denominado presencial, el ejecutado desde un lugar alternativo se ha denominado trabajo no presencial o a distancia.

Refiriéndose al trabajo a distancia, la doctrina ha señalado que el mismo es una “(...) modalidad de prestación del trabajo dependiente ejecutado preponderantemente de un modo alternativo al desarrollado presencialmente en el centro de trabajo de la empresa (...)” (sic) (Rosenbaum, 2020). De acuerdo con lo anterior, resulta que, el trabajo a distancia es una modalidad de trabajo dependiente, que, como su nombre lo sugiere, se ejecuta desde un lugar distinto al establecimiento del empleador, el cual inclusive podría ser determinado por el propio trabajador. Ciertamente, acordada la realización del trabajo desde un lugar distinto al establecimiento del empleador, nada impide a las partes acordar, además, que sea el propio trabajador quien defina el lugar de prestación de servicios.

Nuestra legislación no ha sido ajena a la evolución de las formas de ejecución del trabajo, y específicamente a la aparición del trabajo a distancia, el que se reguló inicialmente bajo la denominación de teletrabajo, y recientemente, con

ocasión de la pandemia generada por el COVID-19, bajo la denominación de trabajo remoto.

Así pues, es claro que nuestra legislación ha intentado no perder de vista las nuevas formas de ejecución del trabajo dependiente, por lo que hace ya casi diez (10) años, decidió regular el teletrabajo; y dadas las limitaciones del teletrabajo para permitir a los empleadores enfrentar las consecuencias de la pandemia se vio en la necesidad de regular una nueva forma de trabajo dependiente, a la que decidió denominar trabajo remoto.

En ese sentido, a continuación, nos referiremos al tratamiento legislativo del teletrabajo y del trabajo remoto.

3. Teletrabajo: aspectos conceptuales y regulación legal

Antes de abordar el tratamiento y desarrollo legislativo del teletrabajo, es preciso destacar y reiterar que el mismo (el teletrabajo) es una forma de trabajo a distancia, cuya primera referencia data de los primeros años de la década de los años setenta, cuando en plena crisis del petróleo, el físico e ingeniero norteamericano Jack Nilles acuñó el término “*telework*” para referirse a esta modalidad de prestación de servicios dependientes.

Asimismo, antes de explicar cómo es que nuestra legislación ha regulado el teletrabajo, y con la finalidad de tener mayores elementos de juicio para calificar la referida regulación, conviene señalar que la doctrina propone que el teletrabajo es “una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa” (sic) (Gray et al, 1995).

Por su parte, Víctor Ferro, importante laboralista peruano, sostiene que es una “(...) forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base en las cuales el teletrabajador desarrolla sus

labores fuera del centro de trabajo manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador” (sic) (Ferro, 2013, p. 303).

Así pues, recogiendo los aportes de la doctrina, resulta que el teletrabajo es una forma de trabajo a distancia que se caracteriza por el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, las mismas que son utilizadas con una doble finalidad, esto es, para la prestación del servicio y para la supervisión del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que, con fecha 5 de junio del año 2013, se publicó la Ley 30036, Ley del Teletrabajo, cuyo artículo 2° señala que el teletrabajo “(...) se caracteriza por 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 (...)” (sic)³.

El artículo 4° de la citada Ley precisa que la ejecución del trabajo dependiente en la modalidad de teletrabajo será consecuencia de un acuerdo de las partes, el cual, según lo establecido en el artículo 1° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-TR, deberá ser formalizado por escrito, precisando los motivos del cambio de modalidad, los objetivos que se persigue y los datos que se señala a continuación:

- Los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos que se utilizarán para la prestación del servicio, así como la parte del contrato responsable de proveerlos;
- Las condiciones de utilización, las responsabilidades del teletrabajador y el procedimiento de devolución, cuando los recursos materiales necesarios para la ejecución del teletrabajo sean aportados por el empleador;

³ En el mismo sentido, el literal h) del Artículo III del Título Preliminar del Reglamento de la Ley 30036, Ley de Teletrabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-TR, señala que el teletrabajo “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” (sic).

- La compensación económica que deberá pagar el empleador, cuando los recursos materiales necesarios para la ejecución del teletrabajo sean proporcionados por el trabajador;
- Las medidas necesarias para la gestión y la seguridad de la información derivadas del uso de los medios con los que se ejecute el servicio contratado;
- La jornada ordinaria de trabajo que respete la jornada máxima legal;
- El mecanismo de supervisión o de reporte del servicio contratado.

La misma norma reglamentaria precisa que las partes están autorizadas a acordar la modificación de los términos inicialmente pactados.

No obstante que para la ejecución del teletrabajo es necesaria la existencia de un acuerdo de las partes, la legislación vigente sobre la materia precisa que, cuando no se alcancen los objetivos pretendidos con ocasión de la ejecución del teletrabajo, el empleador está autorizado para decidir unilateralmente la reversión a la modalidad de trabajo presencial. Sin embargo, ello no lo puede hacer el teletrabajador, a quien solo se le ha reconocido el derecho de solicitar la reversión para volver a la modalidad de trabajo presencial, lo que podrá ser rechazado por el empleador.

Adicionalmente, el artículo 4° de la Ley precisa que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales, salvo la obligación del trabajador de concurrir al centro de trabajo del empleador.

Un tema de singular importancia, son las formas del teletrabajo, a las que se refiere el artículo 2° del Reglamento de la Ley, distinguiendo entre la forma completa y la mixta, y precisando que no se considera teletrabajador a quien ocasionalmente presta servicios fuera del centro de trabajo.

La forma completa de teletrabajo, supone y exige la prestación permanente de servicios fuera del centro de trabajo, permitiendo solo el acudir ocasionalmente al mismo para la realización de las coordinaciones que resulten necesarias. Por su parte, la forma mixta, supone la prestación de servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo del empleador, lo que a la fecha se denomina “trabajo híbrido”.

Finalmente, cabe señalar que, por expreso mandato legal, los teletrabajadores tienen el catálogo completo de derechos y a obligaciones establecidas para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, salvo el derecho a la desconexión digital, que solo ha sido reconocido a quienes presten servicios en la modalidad de trabajo remoto.

No obstante, con relación a los derechos, el artículo 6° del Reglamento, precisa que, a los teletrabajadores se les debe garantizar lo que se señala a continuación:

- Capacitación sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos que utilizarán para el cumplimiento de sus actividades, sobre las restricciones en el empleo de tales medios, sobre las pautas legales de la protección de datos personales, propiedad intelectual y seguridad de la información⁴;
- Intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados;
- Protección de la maternidad y periodo de lactancia;
- Seguridad y salud en el trabajo, considerando las características especiales del teletrabajo; y
- Libertad sindical, pues la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no puede afectar el ejercicio de los derechos colectivos.

Respecto de las obligaciones, el artículo 7° del Reglamento precisa que, los teletrabajadores deben cumplir las obligaciones que se señalan a continuación:

- Cumplir con las normas sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de los datos, y seguridad y salud en el trabajo;
- Estar disponibles durante la jornada ordinaria de trabajo, para las coordinaciones que resulte necesario realizar con el empleador;
- Guardar reserva respecto de la información proporcionada por el empleador para la prestación de servicios;

4 La legislación vigente sobre la materia precisa que la capacitación debe realizarse antes del inicio de la prestación del servicio, y cuando el empleador introduzca modificaciones sustanciales a los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos con los que se preste servicios.

- Cuidar que los bienes que sean proporcionados por el empleador para la realización de labores no sean usados por terceros, y devolverlos -cuando corresponda- sin más deterioro que el generado por un uso regular.

En suma, podemos afirmar que el teletrabajo es una forma de trabajo a distancia, que se ejecuta por acuerdo de partes, por periodo indefinido o temporal, que se caracteriza por el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones, que no afecta la naturaleza del vínculo laboral, y que no resta a las partes ningún derecho u obligación laboral.

4. Trabajo remoto: definición y regulación legal

Como en el caso del teletrabajo, antes de referirnos al tratamiento y desarrollo legislativo del trabajo remoto, es necesario destacar y reiterar que el mismo (el trabajo remoto) es una forma de trabajo a distancia, que no tiene antecedentes en nuestro país, y que nació y se desarrolló con la pandemia generada por el COVID-19.

Ciertamente, la pandemia fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) a principios de marzo del año 2020, y días después, en nuestro país, se declaró la Emergencia Sanitaria, para continuar con la declaración del Estado de Emergencia Nacional, situación que, además, de suspender el ejercicio de varios derechos fundamentales, entre ellos la libertad de tránsito, trajo consigo la regulación del trabajo remoto, inicialmente pensada para unas pocas semanas, las que luego se convirtieron en meses y años. Y es que, desde marzo del año 2020, han transcurrido más de veinticuatro (24) meses o más de dos (2) años, fecha desde la cual el trabajo remoto ha cobrado especial relevancia, la misma que debería conservarse hasta el 31 de diciembre del año 2022, fecha señalada para la terminación de su aplicación, aunque nada impedirá que dicha fecha sea nuevamente modificada y diferida en el tiempo.

Habiendo ya, hecho referencia al contexto en el que surgió el trabajo remoto, corresponde señalar que el artículo 17° del Decreto de Urgencia N° 26-2020 establece que los empleadores están facultados a modificar el lugar de prestación

de servicios para la ejecución de trabajo remoto, el que es definido, por el literal a) del artículo 3° del Decreto Supremo N° 010-2020-TR, como la:

“Prestación de servicios subordinada con la presencia física del/la trabajador/a en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo que no requiera la presencia física del/la trabajador/a en el centro de labores” (sic).

De acuerdo con lo anterior, resulta que el trabajo remoto es una modalidad de trabajo a distancia que es compatible con cualquier tipo de actividad que pueda ser ejecutada fuera de las instalaciones del empleador, sin que sea necesaria la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

A su turno, el artículo 5° del mismo texto normativo precisa que para ejecutar el trabajo remoto no es necesario un acuerdo de las partes, y que, para tal efecto, solo es suficiente una comunicación del empleador al trabajador informándole la modificación del lugar de prestación de servicios a través de cualquier medio físico (documento escrito) o digital (correo electrónico institucional o corporativo, intranet, extranet, aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales, u otros análogos que permitan dejar constancia de la comunicación individual).

La referida comunicación debe señalar la duración del trabajo remoto, las labores asignadas, los mecanismos de supervisión, los medios o mecanismos para su desarrollo, la parte responsable de proveerlos, las condiciones de seguridad y salud en el trabajo aplicables, y otros aspectos relativos a la prestación de servicios que las partes estimen necesarias. Al respecto, resulta de singular importancia precisar que si el empleador no remite la comunicación antes citada estará impedido de acusar incumplimientos de labores.

Como en el caso del teletrabajo, en el del trabajo remoto, se precisa⁵ que la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones laborales, salvo la obligación del trabajador de concurrir al centro de trabajo del empleador.

Con relación a los medios empleados para ejecutar el trabajo, la legislación laboral vigente, específicamente el artículo 6° del Decreto Supremo N° 010-2020-TR, establece que corresponde al empleador determinar los medios y mecanismos para la ejecución del trabajo remoto; brindar a los trabajadores las facilidades necesarias para acceder a sistemas, plataformas, o aplicativos informáticos que pudieran resultar necesarios; e informar las instrucciones necesarias para la adecuada utilización de los recursos proporcionados y las reglas de confidencialidad y protección de datos que resulten aplicables

La misma legislación precisa que, a diferencia de lo que sucede en el caso del teletrabajo, cuando los trabajadores aporten los recursos materiales necesarios para la prestación del servicio, no tendrán derecho a ser compensados económicamente por el empleador, aunque nada impedirá que puedan acordar el reconocimiento y otorgamiento de alguna compensación.

De manera similar a lo que sucede con el teletrabajo, en el caso del trabajo remoto, la jornada ordinaria aplicable al trabajo presencial será también aplicada al trabajo remoto, respetándose la jornada máxima; y el trabajador deberá estar disponible durante la jornada de trabajo para las coordinaciones que resultara necesario realizar. No obstante, las normas sobre trabajo remoto establecen que las partes pueden pactar la distribución de su jornada laboral hasta en seis (6) días a la semana, y en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades.

Con relación a la seguridad y salud en el trabajo, se establece⁶ la obligación del empleador de observar el principio de prevención; de informar a los trabajadores a través de soporte físico o digital las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo que deberá observar durante la ejecución del trabajo remoto, incluyendo las medidas que deberá observar para eliminar o reducir los riesgos más frecuentes del trabajo remoto; precisándole el

5 Ver numeral 18.1.1. del artículo 18° del Decreto de Urgencia N° 26-2020.

6 Ver artículo 8° del Decreto Supremo N° 010-2020-TR.

canal a través del cual el trabajador pueda comunicar los riesgos adicionales que identifique, o la ocurrencia de accidentes de trabajo.

Un dato importante sobre el trabajo remoto es que se trata de una modalidad “temporal” de trabajo a distancia, que nació inicialmente para ser aplicada durante la Emergencia Sanitaria, pero que luego ha sido extendida hasta el 31 de diciembre del año 2022⁷.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que el trabajo remoto, como el teletrabajo, es una forma de trabajo a distancia; que se ejecuta por decisión unilateral del empleador; por un periodo de tiempo determinado⁸; que puede ser ejecutado por cualquier medio; que no afecta la naturaleza del vínculo laboral; y que no resta a las partes ningún derecho u obligación laboral.

5. Trabajo híbrido: datos y consideraciones para su regulación

El trabajo híbrido es una modalidad de prestación de servicios dependientes que alterna el trabajo presencial y el trabajo a distancia. Es decir, es una forma de trabajo dependiente que mezcla la ejecución del trabajo desde las instalaciones del empleador y desde locaciones diferentes, y que no está regulado por nuestra legislación laboral vigente.

Ciertamente, refiriéndonos a la última afirmación, corresponde destacar que no existe, en la legislación laboral vigente, ninguna referencia -expresa y explícita- al trabajo híbrido, aunque sí existe referencia a lo que implica la realización del mismo. Con relación a esto último, es necesario recordar que el teletrabajo tiene dos (2) formas de ejecución, la completa y la mixta, y que esta consiste en la prestación alternada de servicios dentro y fuera del centro de trabajo del empleador.

Reforzando lo anterior, cabe afirmar -sin temor de incurrir en error- que el término “trabajo híbrido” no es de tipo legal o jurídico; y que ha sido acuñado por la gestión empresarial. Basta con poner la referida expresión en cualquier

7 Ver artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 115-2021.

8 A la fecha, ese periodo de tiempo determinado no debería ir más allá del 31 de diciembre del año 2022.

buscador web para obtener la referencia a textos no legales ni jurídicos sobre el tema, lo que confirma que el citado término ha sido creado por una disciplina que no es el Derecho del Trabajo.

Sobre el particular, podemos señalar que, Julián Torres, administrador de empresas, y cofundador de las plataformas Fitpal y Ontop, ha afirmado que:

“(..). El año pasado el mundo laboral vivió una transición agresiva hacia el trabajo remoto a causa del Covid-19. Todas las empresas tuvieron que de alguna u otra manera adoptar nuevas prácticas y políticas para poder adaptarse. Ahora, casi un año y medio después de que las cuarentenas generales empezaron, los países comienzan su proceso de reapertura y reactivación económica y está naciendo un nuevo concepto, el trabajo híbrido, un modelo mixto en el cual algunos empleados regresan a las oficinas y otros continúan trabajando desde casa (...)” (sic) (Torres, 2021).

A mayor abundamiento, Oscar Galvez, Especialista en Recursos Humanos y fundador de *HR Connect*, ha señalado que:

“(..). A medida que los lugares de trabajo comienzan a reabrirse, las organizaciones descubren que su fuerza laboral no está dispuesta a renunciar al trabajo remoto. Las personas que comenzaron a trabajar de forma remota debido a COVID-19 lo apoyan abrumadoramente y quieren seguir haciéndolo. Las empresas ya no pueden decir que no pueden operar de forma remota (una razón común para evitar el trabajo remoto antes de 2020), pero con una pandemia global en curso, tampoco pueden pedir a los empleados que regresen a la oficina a tiempo completo. La solución más popular es aquello con lo que todas las organizaciones parecen estar lidiando en este momento: el modelo híbrido (...)” (sic) (Gálvez, s.f.).

Las citas precedentes no corresponden a abogados laboristas, sino a especialistas en administración y gestión de personas, lo que -en mi opinión- confirma que el término “trabajo híbrido” no ha sido creado por la ciencia jurídica; y que, antes bien, esta (la ciencia jurídica) a través del Derecho del Trabajo, se ha empezado a interesar en el mismo a partir de la relevancia que ha alcanzado. Y es que, el Derecho, como ciencia social, se empieza a interesar, para finalmente re-

gular aquellos hechos que, por su recurrencia, se convierten en relevantes y como tales exigen y requieren de regulación. Tal es el caso de lo que hoy se denomina “trabajo híbrido”.

Ahora bien, volviendo sobre el tema que nos interesa, corresponde preguntarnos si es necesaria la regulación legal del trabajo híbrido. Para responder la interrogante planteada es necesario recordar que la legislación sobre el teletrabajo se refiere y regula el trabajo híbrido, aunque sin denominarlo como tal.

Asimismo, es necesario tener en cuenta el siguiente dato objetivo: la regulación del teletrabajo ha fracasado. En efecto, si tenemos en cuenta que las normas se promulgan para ser aplicadas; que, a marzo del año 2020, la legislación sobre teletrabajo tenía casi siete (7) años de vigencia; y que, a la misma fecha, en nuestro país, el número de teletrabajadores era reducido, es claro que la citada regulación fracasó porque no logró el objetivo planteado con su promulgación: su masiva utilización.

Ciertamente, sobre el tema, se ha afirmado que, “(...) Antes de la pandemia, el teletrabajo solo era usado por 2000 de 4.2 millones de trabajadores registrados en planilla (...)” (sic) (Cárdenas, 2021), lo que confirma que, se trataba de una regulación que para el empleador peruano -casi- no existía, pues, de otro modo, no se explica cómo es que, durante casi siete (7) años de vigencia, solo se había registrado a poco más dos mil (2,000) teletrabajadores⁹, es decir, un promedio de poco más de trescientos (300) teletrabajadores por año, lo que resulta ser un número poco significativo.

En virtud de los datos expuestos, es claro que la regulación del teletrabajo ha tenido un pobre impacto y un uso absolutamente residual, lo que confirma su fracaso y la necesidad de introducir mejoras a su regulación para hacerla más atractiva. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario e impostergable modificar -prontamente- la regulación del teletrabajo.

Para responder la interrogante, previamente planteada, sobre la necesidad de contar con una regulación legal del trabajo híbrido, es necesario, además, re-

9 Sobre el particular, se afirma que “(...) A pesar de que dicha modalidad se regula desde 2013, su implementación ha sido residual: a fines de 2019, en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo solo se había registrado 2,116 acuerdos de teletrabajo en el sector privado (...)” (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo citado por VINATEA & TOYAMA, 2022).

conocer que la regulación del trabajo remoto es “temporal”, y que la misma fue resultado de una situación específica, la pandemia, la que a la fecha estaría cerca de ser finalmente superada. En ese sentido, es claro que no parece conveniente extender la vigencia de una regulación que fue concebida y que nació para enfrentar una coyuntura específica.

En ese sentido, y dada la situación descrita, la alternativa más conveniente parece ser aprobar una nueva y única regulación para el trabajo a distancia, que recoja y rescate lo mejor de cada modalidad de trabajo a distancia. De acuerdo con lo anterior, podría rescatarse el carácter indefinido y las formas -completa y mixta- del teletrabajo; y establecerse que el trabajo no presencial se ejecute por decisión unilateral del empleador, reconociéndose a todos los trabajadores a distancia el derecho a la desconexión digital, como actualmente sucede solo en el caso del trabajo remoto.

Adicionalmente, será necesario promover la contratación de los colectivos que mayores dificultades tienen para conseguir trabajo; permitir el acuerdo de las partes para definir si corresponde compensar económicamente al trabajador cuando este aporte algunos de los recursos necesarios para prestar el servicio; regular las pautas para definir el lugar de prestación del servicio, precisando si el trabajador puede decidir el cumplir con sus obligaciones desde el extranjero; precisar las obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo; y reforzar la obligación de los empleadores de capacitar a los trabajadores en el uso de aplicativos informáticos, y seguridad de la información.

Volviendo sobre una idea previa, es preciso señalar y destacar que la nueva regulación no tiene -necesariamente- que buscar una nueva denominación, pues nada obliga a regular el trabajo híbrido y a olvidar el trabajo remoto. Y es que, nada impide modificar la Ley de Teletrabajo, para relanzar la referida modalidad de trabajo a distancia, manteniendo los aspectos positivos de la misma, y corrigiendo los negativos.

Sobre el particular, cabe apuntar que, siendo un hecho objetivo que existen trabajos que, por su naturaleza, tendrán que ser ejecutados de manera presencial, no debería haber objeción para calificar como teletrabajo a todas las demás actividades, las que para su ejecución deberían -necesariamente- utilizar tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Reforzando y complementando todo lo anterior, es preciso señalar que la pandemia ha impulsado el desarrollo tecnológico, y modificado para siempre el paradigma del trabajo presencial, por lo que en el futuro -de corto plazo- la gran mayoría de trabajadores serán híbridos, y como tales, alternarán la ejecución de su trabajo desde las instalaciones del empleador y desde locaciones diferentes.

A mayor abundamiento, es necesario reconocer que, a pesar de los cambios vividos y reseñados precedentemente, el trabajo presencial y el trabajo a distancia no son incompatibles, pues cada uno tiene un rol que cumplir, lo que debe ser entendido y atendido por la legislación laboral vigente. No se trata de incentivar el trabajo a distancia y de obstaculizar e impedir el trabajo presencial, sino de establecer reglas claras que permitan a trabajadores y empleadores acordar y ejecutar el trabajo según convenga a sus necesidades e intereses.

Con relación a esto último, no es posible olvidar que el trabajo híbrido no está libre de cuestionamientos y que, para algunos incluso no funciona, habiendo, en consecuencia, fracasado. Al respecto, Camila Cavendish (2022), de *Financial Times*, citando a varios autores, afirma que el trabajo híbrido debilita los vínculos laborales, hace olvidar a los trabajadores lo que les gustaba de sus empleos, disipa el capital social que se necesita para ser una organización exitosa, y que las empresas que adopten modelos de trabajo híbrido estarán en desventaja competitiva.

En el mismo orden de ideas, Ben Schneider (2022), empresario y Director del MBA de *Pacífico Business School*, citando una encuesta global realizada por la firma Cushman & Wakefield, afirma que, para la mayoría de los trabajadores encuestados, el modelo de trabajo híbrido les genera estrés y cansancio, afecta la recuperación de la camaradería, y la interacción social y las experiencias compartidas.

Tampoco se trata de obligar a trabajadores y empleadores a optar entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, sino de establecer un marco normativo que sea capaz de satisfacer las necesidades de las actividades empresariales, teniendo en cuenta que el cambio de paradigma sobre el lugar de trabajo es un hecho inminente y que no ha afectado la productividad laboral.

6. Salud mental: afectación y protección

Como ya ha quedado dicho, el trabajo a distancia también tiene desventajas y enfrenta dificultades para su aceptación, masificación y consolidación. En ese sentido, recogiendo lo que nos revela la experiencia, es claro que una de las principales, sino la más importante desventaja del trabajo a distancia es la pérdida de contacto personal y socialización entre trabajadores. Y es que compartir la oficina (en el sentido más amplio de la palabra), y especialmente los espacios comunes y de uso compartido, como el comedor y los pasillos, es una actividad que se ve seriamente afectada, lo que puede afectar la estabilidad emocional de los trabajadores, que, como personas, son seres sociales.

La situación descrita, puede crear, y de hecho lo hace, malas costumbres y “hábitos tóxicos”, entre los cuales destacan la realización de nuevas actividades (algunas que no se realizaban en un esquema de trabajo presencial) y tomar descansos más breves y reducidos.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que la salud mental de los trabajadores, que no es un nuevo problema, se ha visto afectada, hecho objetivo que obliga a los empleadores a tomar acción y cartas en el asunto.

Ciertamente, es hora de tratar el tema de la “salud mental” con la mayor seriedad posible, pues estudios recientes revelan que una (1) de cada diez (10) personas ha sido diagnosticada con algún problema de salud mental; y que las personas con problemas de salud mental tienen mayores complicaciones para adaptarse a su entorno cultural, social y laboral. En ese sentido, es importante recordar y destacar que el artículo 7° de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la salud, la que incluye la salud mental.

Es un dato objetivo que la pandemia ha agudizado los problemas de salud mental; sin embargo, es también un dato objetivo que, antes de la misma, el agotamiento, el estrés y la ansiedad eran problemas críticos en el lugar de trabajo, lo que ya había generado la necesidad de hablar de la salud mental de manera clara y abierta. Y es que, la pandemia ha generado que los trabajadores laboren más horas; que tengan mayores dificultades para conciliar el trabajo y la vida personal; que muchas personas pierdan sus trabajos; que muchas otras tengan temor de perder sus trabajos, etc., lo que -sin ninguna duda- afecta la salud mental.

Sobre el particular, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha señalado que, en el contexto actual marcado por la pandemia, los trabajadores enfrentan incertidumbre, lo que puede generar cambios de humor, baja motivación, fatiga, ansiedad, agotamiento, ideas suicidas, alteraciones físicas (como problemas de digestión, alteración del apetito, variación del peso, reacciones dermatológicas, cansancio, enfermedades cardiovasculares, problemas músculo esqueléticos, migrañas, etc.), y puede, además, aumentar el uso del alcohol, tabaco y drogas -todo ello- para enfrentar el estrés.

Y es que, cuando se hace referencia a salud mental, no solo se debe pensar en esquizofrenia, alzhéimer, alcoholismo, retraso mental, epilepsia, etc., sino también “depresión”. La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que, en el mundo, alrededor de trescientos (300) millones de personas viven y sufren de depresión, la que puede afectar a cualquier persona provocándole angustia y afectando su capacidad de realizar actividades cotidianas, entre las cuales destacan las laborales.

Nuestra legislación laboral no ha sido ajena a lo anterior, por lo que con fecha 21 de mayo del año 2019, promulgó la Ley 30947, Ley de Salud Mental, la que fue reglamentada algunos días antes de la que se declarara la Emergencia Sanitaria en nuestro país, mediante el Decreto Supremo N° 007-2020-SA, norma que establece una serie de nuevas obligaciones para los empleadores.

La citada ley, recogiendo lo establecido por la OMS¹⁰, establece que, la salud mental es un proceso dinámico de bienestar, producto de la interrelación entre el entorno y el despliegue de las diversas capacidades humanas, tanto de los individuos como de los grupos y colectivos que forman la sociedad; que tiene por objeto establecer un marco legal para garantizar el acceso a servicios, promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud mental, como condiciones para el pleno ejercicio del derecho a la salud, y el bienestar de la persona, de la familia y de la comunidad; y que la atención de la salud mental considera el

10 La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud mental como “(...) un estado de bienestar en el cual el individuo se da cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad” (sic) (OMS, 2004).

respeto a los derechos humanos y la dignidad de la persona, sin discriminación, para erradicar la estigmatización de las personas con problemas de salud mental.

Teniendo en cuenta que los trabajadores no son ajenos a sufrir afecciones de su salud mental, nuestra legislación laboral vigente establece que los empleadores están obligados a desarrollar una serie de actividades para promover la salud mental y prevenir la afectación de la misma. En este sentido, deben contar con planes y programas continuos de cuidado del personal, que promueva la nutrición y alimentación saludable, la actividad física, la gimnasia laboral y los cuidados ergonómicos, el acceso a servicios sociales y de salud, el manejo flexible del tiempo, el autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia, el respeto a la diversidad étnica, cultural y sexual, la prevención y sanción del hostigamiento sexual, la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, especialmente si tienen familiares directos en situación de vulnerabilidad, la prevalencia del bienestar de la persona por encima de los intereses laborales, la identificación, evaluación, atención y protección ante el estrés laboral, acoso, malestar, desmotivación, desconfianza, agotamiento laboral, violencia institucional, entre otros factores que afecten la salud mental de los trabajadores.

La OIT también se ha interesado en el tema y en los efectos que la pandemia genera sobre la salud mental de trabajadores, para lo cual ha publicado una guía sobre cómo gestionar riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante pandemia, la que se refiere a diez (10) ámbitos de acción durante el confinamiento, y con ocasión del regreso al lugar de trabajo: organización del espacio físico en lugar del trabajo; evaluación del volumen y distribución del trabajo; conciliación del trabajo y vida privada; cómo abordar la violencia y acoso en el trabajo; como ejercer un liderazgo firme y eficaz para generar impacto positivo sobre los trabajadores; como prevenir comportamientos negativos durante la pandemia; apoyo social y psicológico, etc.

Así pues, corresponde reconocer que la salud mental, en la actual coyuntura, ha cobrado especial relevancia; que las políticas de compensación de las empresas han cambiado para adaptarse a las nuevas necesidades de trabajadores; que las empresas reconocen que el bienestar físico y emocional de los trabajadores es el “reto” más importante; y que las necesidades de apoyo psicosocial y de salud mental vienen aumentando de manera considerable, por lo es necesario invertir en programas de salud mental.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que, la idea es que la salud mental de trabajadores sea una preocupación permanente, y no solo el 10 de octubre de cada año¹¹; y que la regulación del trabajo a distancia no puede ignorar la salud mental de los trabajadores.

7. Conclusiones

En función de las consideraciones precedentemente expuestas, es necesario proponer a modo de conclusión, las ideas que se señalan a continuación:

1. La pandemia ha impulsado el desarrollo tecnológico y ha modificado, para siempre, el paradigma del trabajo presencial, por lo que, en un futuro cercano, la mayoría de trabajadores serán híbridos y alternarán la ejecución de su trabajo desde las instalaciones del empleador y desde locaciones diferentes.
2. La regulación del teletrabajo ha fracasado y la del trabajo remoto está por cumplir su ciclo, por lo que es necesario crear un nuevo marco normativo que responda a las exigencias de las actividades empresariales, sin perder de vista y menos ignorar los intereses de los trabajadores.
3. Será necesario proponer un nuevo marco normativo que recoja los aciertos de las regulaciones del teletrabajo y del trabajo remoto, que incluya las mejoras que resulten necesarias para atender las necesidades empresariales, y que no tenga que hacer referencia a una nueva denominación.
4. El trabajo híbrido es una modalidad de prestación de servicios dependientes que alterna el trabajo presencial y el trabajo a distancia; es decir, es una forma de trabajo dependiente que mezcla la ejecución del trabajo desde las instalaciones del empleador y desde locaciones diferentes; que no está regulado por nuestra legislación laboral vigente; y que seguirá evolucionando con el desarrollo de la tecnología.

11 A iniciativa de la Federación Médica de la Salud Mental y de la OMS, el 10 de octubre de cada año, se celebra el Día Mundial de la Salud Mental, con la finalidad de crear conciencia sobre los problemas que la afectación de la misma genera, y de erradicar los mitos existentes sobre el tema.

5. El trabajo presencial y el trabajo a distancia no son incompatibles, pues cada uno de ellos tiene un rol que cumplir, lo que debe ser entendido y atendido por la legislación laboral vigente para, de ese modo, establecer reglas claras que permitan a trabajadores y empleadores acordar y ejecutar el trabajo en la modalidad que convenga a sus necesidades e intereses.
6. La pandemia ha confirmado la necesidad de prestar mayor atención a la salud mental de los trabajadores, toda vez que la afectación de la misma impide el desarrollo de los trabajadores y afecta la productividad laboral.

Bibliografía

- Cárdenas, E. (2021). ¿El trabajo remoto llegó para quedarse? Conexión ESAN.
- Cavendish, C. (2022). Es hora de reconocer que el trabajo híbrido no funciona. Financial Times.
<https://www.expansion.com/economia/financial-times/2022/01/12/61dea54de5fdea51738b4582.html>
- Ferro, V. (2013). El Teletrabajo: Una aproximación a un fenómeno complejo. Homenaje Aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Gálvez, O. (s.f.). ¿Qué es un modelo de trabajo híbrido y cómo hacer que funcione? HR Connect.
<https://www.hrconnect.cl/tendencias/que-es-un-modelo-de-trabajo-hibrido-y-como-hacer-que-funcione/>
- Gray, M.; Hodson, N. & Gordon, G. (1995). El Teletrabajo. Fundación Universidad - Empresa.
- Organización Mundial de la Salud-OMS. (2004). Informe Compendiado.
http://www.asmi.es/arc/doc/promocion_de_la_salud_mental.pdf
- Rosenbaum, F. (2020). El teletrabajo: una regulación justa con adecuada protección.
- Schneider, B. (2022). Trabajo remoto ¿hasta cuándo? Noticias de Pacífico Business School.
<https://pbs.edu.pe/noticias/trabajo-remoto-hasta-cuando/>

Torres, J. (2021). Trabajo híbrido: el modelo de trabajo del futuro. Red Forbes.

VINATEA & TOYAMA. (2022). Conoce las diferencias entre teletrabajo, trabajo remoto y trabajo a domicilio.
<https://www.vinateatoyama.com/conoce-las-diferencias-entre-teletrabajo-trabajo-remoto-y-trabajo-a-domicilio-peru-vinatea-toyama-jorge/>

El proceso laboral post pandemia y las reformas normativas pendientes¹

The post-pandemic labor process and pending regulatory reforms

Carlos Alberto Quispe Montesinos²

Resumen. El autor inicia el estudio efectuando un balance sobre los resultados de la implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo durante sus primeros años de vigencia. Luego, analiza los efectos que la pandemia COVID-19 ha tenido sobre los juicios laborales y la compatibilidad de las prácticas y experiencias desarrolladas en respuesta a ella con los principios y el contenido de nuestro modelo procesal laboral. Finalmente, plantea las reformas que debieran considerarse en una próxima modificación legislativa de la ley de la materia.

Abstract. The author begins the study by making a balance on the results of the implementation of the New Labor Procedural Law during its first years of enforcement. Then, the author analyzes the effects of the COVID-19 pandemic on labor lawsuits and the compatibility of the practices and experiences developed in response to it with the principles and content of our labor procedural model. Finally, the author proposes the reforms that should be considered in a forthcoming legislative modification of the law on the matter.

Palabras claves. COVID -19 y proceso laboral / Reforma procesal laboral / Audiencias virtuales / Casación laboral / Derecho laboral

Keywords. COVID-19 and labor process / Labor procedural reform / Virtual hearings / Labor appeal before Supreme Court / Labor law

1 El presente artículo fue enviado el 29 de junio de 2022 y actualizado para su publicación el 12 de noviembre de 2022.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Dirección de Recursos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Consultor de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

1. Introducción

La Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) ha cumplido doce años desde que inició su vigencia progresiva. A poco de regir en los primeros distritos judiciales en los que fue implementada, se constituyeron sucesivas comisiones reformativas³ dirigidas a introducir modificaciones legislativas en la nueva norma procesal. Ninguna modificación legal se ha concretado a la fecha, salvo la efectuada por la Ley N° 30229 sobre el artículo 13 referido a las notificaciones en los procesos laborales. Sin embargo, se han desarrollado una serie de prácticas y experiencias, respaldadas en decisiones administrativas y jurisdiccionales que vienen renovando los procedimientos propios de los juicios laborales. Ellas no han sido producto de ley alguna, sino, en gran medida, expresan una respuesta frente a los efectos que la pandemia COVID-19 ha tenido sobre actuaciones procesales institucionalizadas.

Tales prácticas y experiencias, a la par de necesarias reformas normativas pendientes, generan un escenario para la configuración, en un futuro cercano, de un “nuevo” proceso laboral, el cual esbozamos a continuación.

2. La NLPT antes de la pandemia por COVID-19

La NLPT fue promulgada el 15 de enero de 2010 y su vigencia se inició a partir del 15 de julio del mismo año. El primer ámbito territorial en el que se implementó fue el distrito judicial de Tacna y, desde entonces, empezó a regir

3 Inicialmente la Corte Suprema a través de la Resolución Administrativa de Sala Plena N° 10-2015-SP-CS-PJ habría de constituir la Comisión de Trabajo encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Más adelante, en distintos momentos, lo habría de hacer el Gobierno. Así, mediante la R.M. N° 079-2017-TR se creó la “Comisión Técnica encargada de analizar y revisar la implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497”. Luego, mediante la R.M. N° 220-2018-TR se constituyó la “Mesa de trabajo para analizar y elaborar propuesta para la reforma de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo”. Posteriormente, a través de la R.M. N° 188-2019-TR se habría de crear el “Grupo de Trabajo para analizar y elaborar propuesta para la reforma de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo”.

progresivamente en el resto de las cortes superiores de justicia del país. Recién en el año 2022 podría entrar en vigor en los 34 distritos judiciales del país⁴.

Las expectativas que se generaron a su expedición fueron muy grandes. Se creyó extendidamente (entre jueces, abogados, trabajadores y empleadores) que la duración de los juicios laborales se reduciría sustancialmente en todas sus etapas y se presentó al nuevo modelo procesal cual suerte de panacea de la solución de todos los problemas judiciales de la especialidad laboral. Se despertó un entusiasmo cual si la reforma normativa pudiera: garantizar una radical transformación en la dirección y gestión de la organización judicial; modificar comportamientos y desempeños de jueces, personal jurisdiccional, partes y litigantes; y, atenuar los niveles de conflictividad en la materia.

Muchas de tales expectativas no llegaron a concretarse.

A la fecha, la NLPT no se aplica en todas las controversias laborales en trámite. Se mantienen vigentes, simultáneamente, dos modelos procesales, el regulado por la Ley N° 26636 y el de la NLPT. Incluso, en aquellas jurisdicciones en las que esta última entró en vigor desde hace varios años, miles de procesos se tramitan bajo su norma predecesora⁵.

Si el leitmotiv de la reforma fue la celeridad procesal, esta no llegó a convertirse en una característica distintiva en la tramitación de la mayoría de los juicios. La NLPT diseñó procesos con estructuras concentradas, pero la realidad revela que la duración de los juicios es casi la misma a la que se observaba bajo el modelo procesal anterior. De acuerdo a los indicadores de desempeño correspondientes a los años 2013 a 2017, el tiempo de duración de los juicios ordinarios y abreviados de la NLPT, fue de 210 días en 2013, 277 días en 2014, 317 días en 2015, 423 días en 2016 y 537 días en 2017 (Poder Judicial, 2017). A la fecha, sin duda, tal duración es significativamente mayor en un gran número de las cortes de justicia del país.

4 A través de la R.A. N° 000040-2022-CE-PJ del 14 de febrero de 2022, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso el inicio de la etapa de ejecución de la implementación de la NLPT en la última de las cortes superiores: Huancavelica.

5 Por ejemplo, la Corte Superior de Justicia de Lima cuenta con cuatro juzgados de trabajo transitorios y una sala superior transitoria que únicamente conocen procesos laborales regulados bajo la Ley N° 26636.

Normalmente, ni la calificación de las demandas ni la oportunidad de desarrollo de las audiencias se producen dentro de los plazos previstos legalmente. Incluso, con una frecuencia cada vez mayor, las sentencias son expedidas fuera del término de cinco días de concluida la audiencia de juzgamiento (o audiencia única en el caso de los procesos abreviados). Mención aparte corresponde a la etapa de ejecución de los procesos, cuya duración es totalmente incierta.

A pesar de que al implementarse la NLPT se tenía por horizonte el uso intensivo de la tecnología y la digitalización de los expedientes en el mediano plazo (Pasco, 2010, pp. 30-33), ello hasta antes de la pandemia COVID-19 había tenido un reducido nivel de concreción. El expediente electrónico, cuya finalidad es permitir la presentación de escritos, expedición de resoluciones, notificaciones y acceso al íntegro del expediente en línea tuvo un tímido y limitado desarrollo en los años previos a la pandemia. En el año 2017 se inició como plan piloto en la Corte Superior de Justicia de Lima, comprendiendo a 67 órganos jurisdiccionales de las especialidades comercial, contencioso administrativo y laboral. Recién a través de la Resolución Administrativa N° 041 -2018 – CE-PJ del 24 de enero del 2018, el Poder Judicial aprobó el plan de implementación del Expediente Judicial Electrónico (EJE) que comprendía a determinados juzgados de trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ello habría de ampliarse luego a las cortes de Lima Norte, Cajamarca, Tacna y Puente Piedra y Ventanilla.

Bajo tal panorama, cuando a través del D.S. 044-2020 - PCM se declaró el estado de emergencia nacional y se dispuso un aislamiento social obligatorio (medidas cuya vigencia habría de prorrogarse sucesivamente), la actividad jurisdiccional laboral, y el sistema de impartición de justicia en general, paralizó, manteniéndose tal situación durante varios meses⁶.

⁶ El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial determinó la suspensión de las labores judiciales y plazos procesales a partir del 16 de marzo de 2020, extendiendo tal suspensión, a través de la R.A. N° 157 -2020 -CE-PJ, hasta el 30 de junio del mismo año. Luego, la situación se habría de prolongar en varios distritos judiciales del país.

Después de aproximadamente dos años de trabajo mayoritariamente remoto y desarrollo de audiencias y atención a abogados en modo virtual, recién a través de la R.A. N° 000196-2022-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso que, a partir del 1 de junio de 2022, los magistrados y personal jurisdiccional laboraran en jornada presencial completa y que las audiencias y atención a las partes y abogados se den de manera presencial o a través de herramientas informáticas.

En resumen, el texto de la NLPT plasmó un muy buen modelo procesal. Sin embargo, los resultados de su implementación y ejecución no permiten contar con el mejor de los balances.

3. Procedimientos desarrollados a raíz de la pandemia

La pandemia ha propiciado una intensa recurrencia a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), pero la NLPT ya contenía varias previsiones sobre su empleo en el marco de los juicios laborales. Tenemos así el registro de audio y video de las actuaciones en audiencias (artículo 12), la casilla y notificación electrónicas (artículo 13), la exhibición de la planilla electrónica por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (artículo 27), la publicación de las resoluciones en la página web del Poder Judicial (primera disposición transitoria) y la implementación de un soporte informático para los expedientes electrónicos (primera disposición transitoria).

Durante el período de la suspensión de la actividad judicial a raíz del estado de emergencia nacional, los distintos órganos de gestión del Poder Judicial (Consejo Ejecutivo y las presidencias de las cortes superiores de justicia) expidieron una serie de resoluciones administrativas implementando medidas tales como uso de plataformas virtuales para las audiencias, creación de mesas de partes electrónicas, trabajo remoto para magistrados y auxiliares jurisdiccionales, digitalización de expedientes, mecanismos de comunicación con los despachos judiciales como “El Juez te escucha” y el “Módulo de atención al usuario judicial”, notificación electrónica de demandas y sentencias, entre otras.

Varias de tales medidas fueron compendiadas en el “Protocolo de adecuación de los procedimientos del Módulo Corporativo Laboral (MCL) y Sala Superior al tiempo de pandemia ocasionada por el Covid-19” aprobado por la Resolución Administrativa N° 190 -2020-CE-PJ del 16 de julio de 2020 (El Protocolo).

Analicemos las “innovaciones” más resaltantes.

3.1. La presentación de la demanda

El Protocolo prevé la presentación de la demanda y sus anexos a través de una Mesa de Partes Electrónica. Tal previsión es perfectamente compatible con la NLPT en cuyo artículo 16 se ha previsto la presentación de la demanda por escrito con los requisitos y anexos establecidos en el Código Procesal Civil.

La presentación física de los documentos a través de la tradicional mesa de partes ha devenido en ineficiente y contraria al principio de economía procesal, habiéndose tornado contraria a las previsiones sanitarias de distanciamiento físico derivadas de la pandemia COVID-19.

La digitalización de los procesos implica el uso de una mesa de partes electrónica para que las partes y abogados desde sus domicilios u oficinas presenten demandas, recursos y escritos en general, todos ellos firmados digitalmente. Permite a demandantes y demandados acceder al expediente, a través de internet. Hace posible que todas las resoluciones expedidas, incluso las sentencias, sean notificadas a la casilla electrónica. Facilita la propia organización del trabajo en el despacho judicial al prescindir del voluminoso expediente cosido y foliado manualmente.

La posibilidad de que los anexos sean digitalizados en formato PDF o ingresados vía Google Drive indicando el enlace en la demanda, así como que las sentencias, resoluciones administrativas o documentos no sean presentados en versión completa, sino que baste indicar el enlace de acceso web, implica una reducción en el volumen de los documentos y debiera imponer a las partes la necesidad de elaborar actos postulatorios más breves.

Si bien la vigencia de El Protocolo ha sido prevista hasta cuando “se disponga que las labores puedan realizarse en la forma que se venía trabajando antes del surgimiento de la pandemia ocasionada por el COVID -19”, la medida debería tornarse en una de carácter permanente, más aún ante un escenario de intensificación en la implementación del expediente electrónico.

3.2. El emplazamiento con la demanda

El artículo 13 de la NLPT prevé que la notificación de las resoluciones debe de efectuarse fundamentalmente mediante sistemas de comunicación elec-

trónica, reservando para determinados actos procesales hacerlo a través de cédula. Entre estos últimos se encuentra considerado el traslado de la demanda. Ella, de acuerdo con la previsión legal debiera efectuarse de manera física y así se viene dando en la mayoría de los casos.

En el Protocolo se han contemplado acciones dirigidas a posibilitar una notificación electrónica de la demanda dirigiéndola a la casilla electrónica de la parte emplazada en tanto esta cuente con aquella. En concordancia con ello, a través de la Resolución Administrativa N° 189 -2020-CE-PJ del 16 de julio del 2020 se creó el “Registro de Casillas Electrónicas Institucionales para fines de Emplazamientos Judiciales o Citación con la Demanda (RECEI)” en el que deberían incorporarse las casillas electrónicas institucionales de las entidades estatales de alcance nacional o cuyo alcance comprenda más de un distrito judicial. Asimismo, las cortes superiores de justicia deberán contar con un registro distrital correspondiente a las entidades de su localidad. La Corte Superior de Justicia de Lima lo creó a través de la R.A. N° 231-2020-P-CSJLI-PJ.

En el caso de las empresas e instituciones privadas, el Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (ETIINLPT) habría de coordinar la implementación de un “Registro de empresas e instituciones privadas para la obtención de datos que ayuden en la prevención de contagio del COVID-19 en el trámite de los procesos judiciales laborales”. No se cuenta con mayor información sobre la concreción de este registro.

El acto procesal que más tiempo debe tomar en un juicio laboral es el de la notificación física de la demanda. Implica que un mensajero, contratado para realizar exclusivamente tal función, deba concurrir presencialmente, en ocasiones en más de una oportunidad, al domicilio proporcionado para hacer entrega del escrito que contiene la demanda.

La notificación electrónica de la demanda se justifica en atención a las medidas sanitarias de distanciamiento físico derivados de la pandemia, pero en realidad su utilidad trasciende tal situación. Reduce tiempos, porque la notificación es recibida por su destinatario tan pronto como le es cursada a la casilla electrónica, reduce esfuerzos y gastos al demandante (quien no tiene que presentar, adicionalmente, la versión impresa de la demanda ya ingresada por la Mesa de Partes Electrónica) y al propio Poder Judicial (quien no tiene que imprimir tal

texto ingresado para correr traslado a la contraparte ni contar con el número de mensajeros habitualmente previstos para tal fin).

Sin perjuicio de que en varias oportunidades son los demandantes quienes proporcionan la casilla electrónica a la cual debe de dirigirse la demanda, varios juzgados han desarrollado la práctica de emplazar físicamente al demandado solamente con el auto admisorio, exigiéndole en este que se proporcione la casilla electrónica a efectos de notificarle por esa vía la demanda. También se ven casos en los que la notificación es efectuada directamente en la casilla electrónica proporcionada en juicios anteriores seguidos contra el mismo emplazado ante el mismo órgano jurisdiccional.

La validez de tales actos se encontrará sujeta a convalidación en los términos del artículo 172 del Código Procesal Civil⁷, lo contrario puede implicar una severa afectación al derecho constitucional de defensa⁸, más aún si la NLPT prevé como exigencia la notificación física de la demanda.

Nos encontramos entonces ante una necesaria modificación de la norma procesal de notificación de la demanda, de tal manera que expresamente se permita el emplazamiento electrónico, sin que ello implique una restricción a los derechos de defensa y al contradictorio.

3.3. La oportunidad de presentación de la contestación de la demanda

La NLPT ha diferenciado la oportunidad de presentación de la contestación de la demanda según el tipo de proceso por audiencias en el que se tramita la causa.

En el caso de los juicios ordinarios será en la audiencia de juzgamiento en tanto no se haya solucionado totalmente la controversia en la etapa de conciliación (artículo 45.3). Para los juicios abreviados, la oportunidad será el décimo día hábil de efectuada la notificación de la demanda (artículo 48.b).

7 Artículo 172 del Código Procesal Civil: “Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de modo que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución (...)”.

8 Artículo 139 de la Constitución Política: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

En ambos casos, el demandante recibirá el escrito de contestación una vez fracasada la conciliación prevista en la audiencia. Ello determina una serie de desventajas.

En el caso de los juicios ordinarios, ni el juez ni la parte demandante contarán con la información contenida en el escrito de contestación de demanda, reduciendo las posibilidades de conciliación y las de un eventual juzgamiento anticipado, ya que la parte demandante desconocerá las defensas propuestas por el emplazado y el juez carecerá de información suficiente para determinar los alcances de la controversia, por lo que difícilmente podría determinar si en el caso se presentan las situaciones habilitantes para prescindir de la audiencia de juzgamiento y resolver anticipadamente el conflicto (el artículo 43.3 de la NLPT permite la posibilidad de ello frente a determinados supuestos).

En el caso de los procesos abreviados, pierde sentido que se exija al demandado presentar su escrito de contestación dentro de los diez días de recibida la demanda cuando esta queda en custodia del juzgado y no es notificada al demandante previamente a la audiencia única. Ello limita el derecho de acceso a tutela jurisdiccional de la parte actora debido a que esta desconocerá las defensas sustantivas y procesales propuestas por el demandado hasta la oportunidad de la misma diligencia en la que se debe resolver el conflicto.

En el Protocolo se ha previsto que, en el caso de los procesos ordinarios, la parte demandada puede presentar su escrito de contestación de la demanda con una anticipación de cinco días hábiles antes de la audiencia de conciliación. Esta exigencia normalmente es inducida en el auto de calificación de demanda y resulta útil ya que posibilita que sea notificada electrónicamente a la parte demandante con anterioridad a la audiencia de conciliación, de tal manera que existan mejores condiciones para la conciliación y un eventual juzgamiento anticipado.

En el caso del proceso abreviado, al contarse con el escrito de contestación de manera previa a la ocasión de desarrollo de la audiencia única, igualmente puede ser notificada a la contraparte de tal manera que se encuentre en una mejor situación para conciliar y para enervar las defensas de la emplazada.

La práctica de la notificación de la contestación de la demanda previamente a la audiencia (de conciliación o única) no deriva de la literalidad de la NLPT, pero reporta mayor eficiencia al proceso y amerita considerarla dentro de las modificaciones que podrían efectuarse a la ley procesal.

3.4 Desarrollo de audiencias

El aspecto más resaltante de las prácticas implementadas en los procesos laborales a raíz de la pandemia es el del modo de llevar a cabo las audiencias. Ellas se desarrollan en modo virtual a través de la plataforma *Google Meet*.

Si bien se ha sostenido, al abordar la oralidad en el proceso civil peruano, que el modelo de oralidad no ha sido concebido a partir de un proceso electrónico ni tampoco ha sido diseñado para que, en su seno, se incorpore un proceso de tal naturaleza, sino que se inserta en un claro régimen de presencialidad (Cavani, 2020, pp. 160-161), consideramos que existe una perfecta compatibilidad entre el desarrollo de procesos por audiencias y el empleo de entornos virtuales.

El modelo procesal plasmado en la NLPT tiene a la oralidad como uno de sus principales ejes. Al positivizarla como principio, se consideró que habría de facilitar la vigencia efectiva de otros principios procesales, entre ellos, el de inmediación. “La intermediación y la oralidad constituyen el marco más adecuado para mediatizar, absolver y redefinir el proceso laboral” (Gamarra, 2010, p. 150).

Por intermediación se alude a la relación directa del juez con las partes y con las pruebas. Por su parte, la oralidad sustenta el privilegio de las actuaciones orales sobre las escritas y viabiliza que en las audiencias se desarrollen los actos más trascendentes del proceso.

¿El desarrollo de audiencias virtuales mella la vigencia efectiva de la intermediación y la oralidad?

Abanto, apropiadamente sostiene “que mientras en la audiencia virtual se asegure una comunicación directa y en tiempo real, de modo que pueda asegurarse el diálogo y la interacción entre las partes y entre estos y el juez, no se afecta el derecho de defensa, ni el de un debido proceso, ni menos el principio de intermediación procesal” (2020, p. 11).

En efecto, ni la intermediación ni la oralidad debieran entenderse en términos de presencia física en un mismo ambiente. Jueces, partes, abogados y terceros pueden verse y escucharse a través de videoconferencias y pueden interactuar con facilidad cual si se encontraran en la sede de un tribunal. La prevalencia de las manifestaciones verbales sobre el contenido de los escritos presentados y la actuación probatoria en audiencia se dan en similares términos a los que se venían

observando en las audiencias presenciales. El rol del juez en la dirección de las diligencias no es mínimamente enervado en tales diligencias.

La relación directa del juez con las partes y los medios de prueba no exige una cercanía física, puede darse por medios virtuales incluso con ocasión de los interrogatorios a las partes, testigos y peritos en los que sus manifestaciones verbales pueden ser captadas debidamente. Por otro lado, la prueba que principalmente se sigue ofreciendo en los juicios orales es la escrita y su actuación y valoración en una audiencia presencial o virtual no difiere mayormente.

A su vez, las audiencias de vista de la causa derivadas de recursos de apelación y casación, en tanto se sustentan fundamentalmente en los alegatos fácticos y jurídicos de las partes, son perfectamente compatibles con su desarrollo a través de plataformas virtuales.

Es cierto, que en nuestro país existen apreciables problemas de accesibilidad y conectividad a internet y que ello podría limitar el acceso a la justicia en ciertos sectores de la población y localidades geográficas. Sin embargo, tal situación no justifica que la regla continúe siendo el desarrollo de audiencias presenciales como si nada particular hubiese ocurrido. En tales casos, corresponderá que el juez determine qué diligencias deben desarrollarse presencialmente. Como ha sido previsto en la Resolución Administrativa N° 0000196-2022-CE/PJ, los órganos jurisdiccionales se encuentran habilitados para desarrollar las diligencias judiciales en modo presencial o virtual. Tal habilitación podría ser válidamente recogida en una reforma de la NLPT.

3.5. Notificación de las sentencias

Al igual que en el caso del emplazamiento con la demanda, la NLPT previó que la notificación de las sentencias debiera efectuarse de manera física, en este caso, en el propio juzgado o sala que las expide. Esto requería que las propias partes, a través de sus abogados concurren presencialmente a la sede del órgano jurisdiccional con la finalidad de recabar la sentencia (artículos 13, 47, 33 y 37 de la NLPT).

La concurrencia personal del justiciable al correspondiente órgano jurisdiccional no reporta ningún beneficio para la parte procesal ni para el sistema de impartición de justicia. Más bien consume tiempos innecesarios de ambos. Por

ello, el Protocolo ha previsto que la notificación de la sentencia sea efectuada únicamente en la casilla electrónica señalada en autos por las partes, prescindiéndose de la citación personal para hacerlo en estrado. La notificación electrónica ofrece las suficientes garantías sobre el contenido de la resolución y sobre la certeza de la oportunidad de realización de tal acto procesal, por lo que la posibilidad de hacer efectivo el derecho a la impugnación contra la decisión expedida no se ve mínimamente mermada.

El paulatino retorno a las actividades presenciales en los juzgados no debe significar que se reanude la notificación de las sentencias en estrado. La modificación de los correspondientes artículos de la NLPT debería garantizar la continuidad de la eficiente práctica desarrollada.

3.6. Votos para hacer sentencia en salas superiores

La Ley N° 31281, publicada el 16 de julio de 2021, modificó el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determinando que en las salas superiores laborales o en las que resuelvan materias laborales o de seguridad social, se requiere de dos votos conformes para formar resolución, salvo las excepciones que pudiera señalar la ley.

A partir de entonces, las discordias que pudieran producirse en el colegiado al votar una causa no generan la necesidad de llamar a un magistrado de otra sala con la finalidad de dirimir la discordia. Basta ahora una mayoría simple de dos votos conformes para que se pueda expedir una sentencia.

La norma pretende privilegiar la celeridad, aunque no creemos que venga teniendo una significativa incidencia en ella ya que las discordias no han constituido una situación habitual o recurrente en nuestras salas laborales. Por otro lado, el procedimiento para dirimir no generaba mayor dilación, pues la nueva audiencia de vista de la causa, con el magistrado dirimente de otra sala de la especialidad, se desarrollaba unos días después de producida la discordia.

Creemos más bien que la nueva regulación afecta el natural debate e intercambio de pareceres al interior del colegiado ante casos complejos o singulares, pues basta que dos magistrados se adhieran a una posición para que pierda trascendencia e interés ahondar mayormente en el problema jurídico. En varias ocasiones, una inicial posición minoritaria, a raíz de la adhesión de los magistrados

dirimentes, se ha tornado en mayoritaria y por lo tanto en sentencia. Ello es algo que ya no se viene dando, debido a que una mayoría simple define los términos del fallo.

En casos en los que, de acuerdo a la Sexta Disposición Transitoria de la NLPT, corresponde el desdoblamiento de las salas laborales en tribunales personales para resolver apelaciones de sentencias que reconocen obligaciones de dar no superiores a las 70 URP, se justifica la medida por lo reducido de la cuantía. Sin embargo, en el resto de las situaciones, consideramos que existen mayores garantías de una debida impartición de justicia si las sentencias de segunda instancia se forman a partir de tres votos conformes.

3.7. Tramitación del recurso de casación

Mediante la Resolución Administrativa N° 344 -2021 -CE-PJ se ordenó que cuando, en materia laboral, exista una sentencia estimatoria de segunda instancia contra la que se haya interpuesto recurso de casación, las salas superiores deben remitir, de oficio, el expediente original al juez especializado que conoció la demanda. A su vez, debe remitir a la Corte Suprema únicamente fotocopias certificadas digitales del referido expediente. Solo excepcionalmente la sala suprema podrá solicitar la remisión completa del expediente judicial.

Lo dispuesto tiene incidencias en la ejecución anticipada de las sentencias estimatorias expedidas en segunda instancia. El artículo 38 de la NLPT prevé que la interposición del recurso de casación no suspende su ejecución. En virtud a ello, ante un recurso de casación, las salas superiores solían elevar el expediente principal a la Corte Suprema y formaban un cuaderno de ejecución dirigido al juzgado de origen. Adicionalmente, como se reconoce en la referida resolución administrativa, en la propia Corte Suprema se formaba un tercer cuadernillo de casación. Todo ello no expresaba más que réplica de procedimientos, mayores cargas administrativas y dificultaba la propia ejecución anticipada en tanto esta debía formarse en un incidente adicional a cargo del propio juzgado de origen.

La ejecución anticipada puede darse ahora directamente en el propio expediente principal, agilizándola y reduciendo los actos procesales que anteriormente la ralentizaban.

4. Las reformas pendientes

Como hemos advertido, varias de las prácticas y experiencias reseñadas requerirían ser recogidas en normas modificatorias de la NLPT. Adicionalmente, se avizoran otras propuestas que podrían tener el mismo tratamiento legislativo. Las referimos a continuación.

4.1. La competencia de los juzgados de paz letrados laborales y de los juzgados especializados de trabajo

La NLPT concibió la existencia de juzgados de paz letrados laborales (JPLL) como órganos especializados que pudieran abocarse exclusivamente a resolver controversias de trabajo. Ello debería haber propiciado el descongestionamiento de la carga procesal de los órganos de superior grado y a la vez la celeridad procesal, ya que las causas iniciadas ante los JPLL deberían culminar con el pronunciamiento de los juzgados especializados de trabajo (JET), en segunda instancia, sin posibilidad de acceder al recurso extraordinario de casación.

Sin embargo, la propia NLPT les otorgó a los JPLL un ámbito de competencia material acotado. Solamente pueden conocer las controversias derivadas de pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a 50 Unidades de Referencia Procesal (URP); los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía no supere las 50 URP, salvo de la cobranza de aportes previsionales a las AFP, en cuyo caso no existe límite de cuantía; y, los asuntos no contenciosos con prescindencia de la cuantía.

Contrariamente, para los JET fue prevista una competencia material omnicompreensiva, ya que esta no se restringió a la lista enunciativa del artículo 2.1. de la NLPT, previéndolos más bien competentes en aquellas otras materias que a su criterio, en función a su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral. Es decir, el JET debe resolver los conflictos sobre las materias que les han sido asignadas y, adicionalmente, las no atribuidas expresamente a los otros órganos que conforman la jurisdicción laboral.

Ello determinó que mientras los JET rápidamente se sobrecargaron procesalmente, los JPLL tuvieron, en general, una carga procesal marcadamente in-

ferior a aquella que sus recursos humanos y logísticos asignados podía atender⁹. Así, en el año 2022, de las 27 cortes superiores de justicia que aplican la NLPT, solamente 2 presentarían sobrecarga procesal, otras dos tendrían carga estándar y en las 22 cortes restantes existiría subcarga procesal (Poder Judicial, 2022).

Una de las primeras reformas que se propusieron en la NLPT fue la significativa ampliación de la competencia material de los JPLL tal como se propuso en el proyecto presentado por la Comisión Técnica creada por la R.M. N° 079-2017-TR, sin embargo, no se llegó a concretar modificación legislativa alguna al respecto.

El panorama descrito ha determinado que, recientemente, las salas supremas transitorias de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través del IX Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, expidan reglas dirigidas a ampliar la competencia de los JPLL. Tales reglas son las siguientes:

- “Los juzgados de paz letrados laborales son competentes para conocer pretensiones cuantificables hasta 50 URP”.
- “Los juzgados de paz letrados laborales son competentes para conocer pretensiones no cuantificables relativas a la protección de derechos individuales, con excepción de las pretensiones vinculadas a la libertad sindical, y siempre que estas no sean de competencia de los juzgados especializados de trabajo, conforme a las materias señaladas en el artículo 2 de la Ley N° 29497”.
- “Los juzgados de paz letrados laborales son competentes para conocer pretensiones no cuantificables acumuladas con una pretensión cuantificables hasta 50 URP vinculadas entre sí”.
- “Los juzgados de paz letrados laborales son competentes para conocer, en la vía del proceso abreviado laboral, las pretensiones de impugnación de sanciones disciplinarias distintas al despido, dentro de una relación laboral en el régimen laboral de la actividad privada, con excepción de los derechos vinculados a la protección de la libertad sindical”.

9 Ello llevó, por ejemplo, a que los iniciales diez JPLL de la Corte Superior de Justicia de Lima sean reducidos a solamente siete.

Mientras el enunciado del acápite “a” es meramente repetitivo en tanto se encuentra contenido en el artículo 1.1 de la NLPT, en cada uno de los restantes (“b”, “c” y “d”) encontraríamos uno de carácter normativo, esto es que el enunciado “no se limita a ser una interpretación de la legislación; por el contrario, se revela como un auténtico acto de creación legislativa (...) Para todos los efectos, significa una modificación de la legislación” (Cavani, 2018, p. 179).

Repárese en que la regla del enunciado “b” contradice frontalmente el contenido del artículo 2.1 de la NLPT en el que se prevé que los JET conocen en proceso ordinario laboral, “todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos ...” sin dejar margen para que órganos jurisdiccionales de inferior grado sean competentes frente a esta materia.

Consideramos que el “traslado” de competencias propias de los JET referidas a las pretensiones no cuantificables relativas a la protección de derechos individuales como la impugnación de sanciones disciplinarias de menor intensidad al despido, contraviene no solo la NLPT sino también el artículo 6 del Código Procesal Civil por el cual “la competencia solo puede ser establecida por la ley”¹⁰.

Coincidimos en que deben ampliarse significativamente las competencias de los JPLL. Ello reportará celeridad y descongestionamiento de carga procesal en el sistema de justicia, sin embargo, tal tarea debe realizarse a través del instrumento adecuado: la reforma legislativa. Admitir que los plenos jurisdiccionales puedan reasignar competencias materiales y modificar normas con rango de ley es generar mayor incertidumbre y desorden en la justicia laboral, debido a que habrá órganos jurisdiccionales que se alineen a la Corte Suprema y quienes no (ya con anterioridad los órganos de inferior grado del Poder Judicial han desco-

10 El 26 octubre de 2022, con posterioridad a la presentación del presente trabajo, se publicó la Ley N° 31592 a través de la cual se modificó el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo que los jueces de las salas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales, pudiendo estos apartarse de dichos criterios en tanto motiven tal decisión. En realidad, los plenos jurisdiccionales son acuerdos que recogen criterios concordados sobre situaciones jurídicas recurrentes o de determinado nivel de complejidad. Su finalidad es uniformizar los pronunciamientos de nuestras cortes de justicia, pero en modo alguno debieran tener la obligatoriedad de un precedente vinculante el cual, como los prevé el artículo 40 de la NLPT, solo podría derivar de un pleno casatorio.

nocido el pretendido carácter vinculante de los plenos supremos¹¹), exponiendo un sinnúmero de procesos a eventuales nulidades por no haberse iniciado ante el juez predeterminado por ley.

4.2. La audiencia de conciliación en los procesos ordinarios

En la estructura de los procesos ordinarios, a través de los cuales se resuelven la gran mayoría de los juicios laborales, se han concebido dos audiencias: la de conciliación y la de juzgamiento.

En la primera de ellas, como se prevé en el artículo 43 de la NLPT, se desarrollan actos trascendentes para el proceso. Así, se da la posibilidad que las partes, con la activa participación del juez, concilien sus posiciones y compongan el conflicto. El acuerdo aprobado adquiere la calidad de cosa juzgada y permite concluir definitivamente la controversia.

De no lograrse el acuerdo conciliatorio, el juez, en atención al contenido de la demanda, precisa las pretensiones materia de juicio, luego de lo cual, la parte emplazada debe presentar su escrito de contestación de demanda, generando ello que el juez programe la ocasión de la segunda audiencia, la de juzgamiento.

La existencia de una audiencia de conciliación se explica por la relevancia de este acto en la solución de las controversias laborales. Fue “pensada para que sea, en la generalidad de los casos, la única audiencia que se llegue a celebrar” (Paredes, 2018).

Sin embargo, un mínimo número de juicios terminan por conciliación. De acuerdo a estadísticas presentadas en junio de 2019 por el Programa Presupuestal 0099 del Poder Judicial (Poder Judicial, 2019), los niveles de conciliación en las

11 Los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el pleno distrital 2020 desconocieron expresamente la categoría “daños punitivos” que pretendió instaurar la Corte Suprema a través del V Pleno Supremo Laboral. Algo similar ocurrió también frente al acuerdo del mismo pleno supremo por el cual se señaló que los casos de despidos incausados y fraudulentos no se generan remuneraciones devengadas, ya que en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2018 los jueces superiores de todas las cortes distritales del país acordaron que “en caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones devengadas dejadas de percibir” (aunque en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2019 se habría de variar esta posición).

cortes de justicia del país son significativamente reducidos, tal como se refleja en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Corte	Conciliaciones 2018	Número de órganos jurisdiccionales	Promedio por juzgado
La Libertad	462	8	58
Junín	62	2	31
Ancash	29	1	29
Lima Este	106	4	27
Arequipa	118	5	24
Santa	140	6	23
Cajamarca	43	2	22
Callao	58	3	19
Lambayeque	66	4	17
Lima	332	24	14
Cusco	25	2	13
Ucayali	13	1	13
Lima Sur	11	1	11
Ica	20	2	10
Tacna	18	2	9
Tumbes	5	1	5
Moquegua	4	1	4
Puente Piedra – Ventanilla	2	1	2

Las escasas conciliaciones que se producen en estas audiencias han generado que, en la práctica, devengan en “diligencias de presentación de la contestación de la demanda”, lo cual es ineficiente y desnaturaliza totalmente el modelo procesal. Consumen muchos recursos en tiempo, esfuerzo y dinero del sistema de justicia y de las partes procesales y prolongan la duración de cada juicio en varios meses (mínimamente, los existentes entre la audiencia de conciliación y la de juzgamiento) a la par que llenan la agenda de los juzgados limitando que se

programen en su lugar, diligencias en las que sí podrían emitirse pronunciamientos sobre el fondo de la controversia.

La posibilidad de que las partes concilien en el interior del proceso es importante pero no es imprescindible que se cuente con una audiencia exclusivamente para intentar ello. Más aún cuando el nivel de conciliación en tales diligencias es sumamente bajo.

Por ello, en una reforma legislativa podría considerarse comprender una etapa de conciliación dentro de la propia audiencia de juzgamiento, la cual tornaría en una audiencia única. Consideramos que ello no desestructuraría el proceso laboral ordinario, más bien coadyuvaría a su celeridad y concentración. Los juicios tendrían una duración menor y los jueces liberarían tiempos para ocuparlos en el desarrollo de audiencias de juzgamiento correspondientes a otros procesos.

4.3. El recurso de casación

Sobre el recurso de casación regulado por la Ley N° 26636 se expresó, en su oportunidad que “importaba una suerte de retardo en la administración de justicia” (Toyama, 2010, p. 202). Percepción similar se ha desarrollado en referencia a la regulación de la casación en la NLPT. Así, el Poder Judicial, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 00930/2021 – PJ que presentó al Congreso de la República con la finalidad de modificar el referido recurso, expresó que la regulación de la casación en la NLPT contiene defectos que propician la demora y dilación en la tramitación de los procesos (Poder Judicial, 2021).

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en la sesión ordinaria del 25 de mayo y 1 de junio de 2022, aprobó el referido proyecto de ley con un texto sustitutorio denominado “Ley que modifica la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, a fin de optimizar el recurso de casación para fortalecer las funciones de la Corte Suprema de Justicia de la República” (Congreso de la República, 2022).

En aras de limitar el acceso al recurso de casación y propiciar que las controversias laborales iniciadas ante los JET culminen con un pronunciamiento de segunda instancia de las salas superiores, en el referido texto sustitutorio se ha planteado que la procedencia del recurso corresponde solamente cuando el

monto ordenado pagar en la sentencia de vista supere las 500 URP (en el vigente artículo 35 de la NLPT el importe debe ser superior a las 100 URP).

También se ha previsto la figura del doble conforme en tanto que no correspondería la interposición del recurso si la resolución de vista contra la que se pretende dirigir es confirmatoria del auto o sentencia de primer grado. Sin embargo, se ha hecho la salvedad para permitir la procedencia del recurso a pesar de existir doble conformidad, en los casos en los que el monto reconocido en la resolución a impugnarse supere las 1,000 URP.

Pese a la previsión de tales restricciones, el propio texto desdice la finalidad de ellas cuando contempla que “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en los supuestos no previstos en este artículo, cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial” (artículo 35 del proyecto), posibilitando que en todos los casos (aun así el monto reconocido en la sentencia de vista sea inferior a 500 URP o haya existido doble conformidad) las partes, alegando algún singular interés casacional, planteen el recurso peticionando el ejercicio de tal facultad discrecional y generando que la Corte Suprema (en tanto la sala superior concediera el recurso) evalúe el escrito y determine la existencia de la situación excepcional alegada.

En cuanto a las causales de interposición del recurso de casación, si bien se han consignado en número de cinco, todas ellas pueden ser comprendidas dentro de los supuestos de la norma vigente: infracción normativa que incide directamente en la decisión y apartamiento de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

A la luz del artículo 141 de la Constitución Política¹², el recurso de casación no da lugar a una tercera instancia por lo que no todo proceso iniciado ante un JET debería encontrarse en la posibilidad de ser revisado por la Corte Suprema. Esta, actualmente a través de sus dos salas constitucionales y sociales transitorias, tampoco podría materialmente avocarse a todas las controversias provenientes de las distintas cortes superiores de justicia del país.

12 Artículo 141 de la Constitución Política. - “Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley (...)”.

Por ello, una de las formas de limitar la procedencia del recurso, en los casos de obligaciones de dar sumas de dinero, se ha determinado en función al importe ordenado a pagar en la sentencia de vista, entendiéndose que una suma elevada podría ser un indicador de la trascendencia del caso. Así, en la versión original de la Ley N° 26636, se concibió la procedencia del recurso para el caso de sentencias cuyos procesos tuvieran una cuantía superior a las 50 URP. Tal importe, a raíz de la modificación efectuada por la Ley N° 27021 se habría incrementar a 100 URP y en la vigente NLPT se mantiene el referido monto, pero esta vez en función a la suma reconocida en la sentencia de vista.

En el proyecto la suma se incrementa considerablemente a 500 URP, lo que reduciría significativamente el número de procesos susceptibles de ser revisados por la Corte Suprema, pero ello se daría solamente en tanto las obligaciones demandadas sean exclusivamente de dar sumas de dinero (remuneraciones, beneficios sociales y resarcimientos por daños y perjuicios), en tanto que bastará que se encuentre acumulada una pretensión no cuantificable económicamente para satisfacer la exigencia de procedibilidad, como lo viene reconociendo desde un principio la Corte Suprema en los autos de calificación del recurso de casación¹³.

En cuanto a la propuesta de la doble conformidad, repárese que en este modelo existe la posibilidad de plantear una pluralidad de impugnaciones promotoras de ulteriores instancias, pero la posibilidad del planteamiento se detiene tan pronto se obtiene una doble decisión con el mismo tenor (Ariano, 2015, p. 55)

Es discutible su implementación en una realidad judicial laboral como la peruana donde regularmente la unidad de criterio se encuentra ausente y la falta de predictibilidad es una constante. Los pronunciamientos de las salas superiores laborales (como los de los JET) pueden ser bastante disímiles entre sí, por lo que dejar en manos de una sala laboral la decisión final y definitiva de un juicio (en el caso que confirme la sentencia) podría poner en entredicho la seguridad jurídica, más aún si actualmente bastan dos votos de los magistrados superiores para hacer

13 Por todos, el auto calificadorio del recurso de Casación Laboral N° 823 -2012 Lambayeque.

una sentencia de vista, a pesar de poderse producir una discordia en el seno del colegiado superior¹⁴.

Consideramos que la elevación de la cuantía puede constituir un mecanismo adecuado para limitar el acceso a la casación ante casos en los que únicamente se dilucidan pretensiones dinerarias que no son particularmente elevadas. Sin embargo, establecer la doble conformidad para casos en los que existan importes reconocidos en la sentencia de vista superiores a 500 URP o pretensiones no cuantificables económicamente, podría afectar la necesaria uniformidad de criterios en la impartición de justicia, ya que nuestras salas laborales suelen evidenciar disparidad de pareceres ante problemas jurídicos afines tanto en la interpretación normativa como en la valoración probatoria.

Potenciar la casación laboral como mecanismo para uniformizar la jurisprudencia nacional impone que la Corte Suprema seleccione un número reducido de situaciones problema relevantes de los que tome conocimiento con ocasión de resolver un recurso casatorio y, en ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 40 de la NLPT, expida precedentes vinculantes que propendan a la predictibilidad de las decisiones judiciales. Esta es una tarea pendiente del máximo órgano de impartición de justicia ordinaria y a la que inexplicablemente se ha resistido en estos primeros doce años de vigencia de la actual ley procesal del trabajo.

5. Conclusiones

- La pandemia COVID – 19 ha tenido una serie de incidencias sobre los juicios laborales. Ha generado nuevos procedimientos, no sustentados

14 Con posterioridad a la presentación del presente trabajo, se promulgó la Ley N°31591 a través de la cual se modificaron, entre otros, el artículo 386 del Código Procesal Civil y el artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello ha determinado que en el marco del proceso civil (el proceso laboral cuenta con norma especial propia) dos votos conformes emitidos en una sala superior puedan hacer una sentencia de vista, que, de ser confirmatoria, adquirirá la condición de firme al no ser susceptible de ser impugnada a través de un recurso de casación.

aún en reformas legislativas, pero sí en decisiones administrativas y jurisdiccionales que, en algunos casos, contravienen la literalidad de la NLPT.

- A pesar de que la NLPT tiene varias previsiones sobre el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procesos laborales, ha sido la pandemia la que ha propiciado una intensa recurrencia a ellas. Hoy las notificaciones son casi todas electrónicas, se ha acelerado la digitalización de los procesos y todas las audiencias son virtuales, sin que se hayan mellado pilares procesales tales como la intermediación y la oralidad.
- El paulatino retorno a las actividades presenciales no debería significar la reanudación de los procedimientos, que hemos identificado, a los términos previos a las innovaciones efectuadas. Se requiere más bien un sustento normativo que garantice la continuidad de las prácticas eficientes desarrolladas.
- Existen necesarias reformas legislativas que deberían abordarse en una próxima modificación de la NLPT: la competencia de los órganos de la justicia laboral, la prescindencia de la audiencia de conciliación en los procesos ordinarios y el recurso de casación.

Bibliografía

Abanto, C. (2020). Proceso laboral digital 2.0. Las audiencias judiciales virtuales y la NLPT. *Actualidad Laboral*. Lima, julio, pp. 5- 17. Consulta: 1 de junio de 2022. <https://actualidadlaboral.com/wp-content/uploads/2020/08/revista-julio-2020.pdf>

Ariano, E. (2015). Impugnaciones procesales. Instituto Pacífico.

Cavani, R. (2020). Tecnología y oralidad en el proceso civil peruano. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*. Lima, volumen 8 (1), pp. 143 -173. Consulta: 1 de junio de 2022 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/view/22579>

Cavani, R. (2018). Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Comisión de Justicia y Derechos Humanos. (2022). Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 930/2021-PJ, en virtud del cual se propone la “Ley que modifica la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, a fin de optimizar el recurso de casación para fortalecer las funciones de la Corte Suprema de Justicia de la República”. Consulta: 26 de junio de 2022. [https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzA0MjI=/pdf/PL%20930%20\(U\)](https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzA0MjI=/pdf/PL%20930%20(U))
- Gamarra, L. (2010). El Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Jurista, pp. 147 - 192.
- Paredes, P. (2018). Base doctrinal del juzgamiento anticipado. Consulta: 5 de junio de 2022. https://www.academia.edu/37518079/Base_doctrinal_del_juzgamiento_anticipado
- Pasco, M. (2010). “La Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú”. En SPDTSS. *IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima, pp. 21 - 44.
- PODER JUDICIAL. (2022). IX Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral. Separata especial en el Diario Oficial El Peruano. Lima 28 de mayo de 2022.
- PODER JUDICIAL. (2021). Proyecto de Ley N° 930 – 2021- PJ. Proyecto de Ley que reforma el recurso de casación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Consulta: 8 de junio de 2022. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/ODI0Mw==/pdf/PL093020211209>
- PODER JUDICIAL. (2019). “I encuentro de experiencias administrativas. Programa presupuestal 0099: Celeridad en los procesos judiciales laborales” (diapositiva).
- PODER JUDICIAL. (2017). Indicadores de desempeño del PP0099 “Celeridad en los procesos judiciales laborales”. Consulta: 31 de mayo de 2022. https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e312530041f19a8bba89fe09e-23c56e1/Indicadores+PP0099-2017_Mediana.pdf?MOD=AJPERES&-CACHEID=e312530041f19a8bba89fe09e23c56e1
- Toyama, J. (2010). “La Casación Laboral”. En Academia de la Magistratura del Perú. *Doctrina y análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: AMAG, pp. 199-211.

La ejecución a distancia de las relaciones laborales: desafíos organizacionales en su implementación¹

The remote execution of labor relationships: organizational challenges in its implementation

Cecilia Calderón Paredes²

Resumen. El trabajo realizado a distancia conlleva retos organizativos, que implican la necesaria adaptación de las partes de la relación laboral a estas nuevas circunstancias. El presente artículo analiza algunas situaciones en las que el control ejercido por el empleador puede resultar controvertido, a la luz de la normativa sobre protección de datos personales.

Abstract. The work carried out remotely carries out organizational challenges, which imply the necessary adaptation of the employment relationship parties to these new circumstances. This article analyzes some situations in which the control exercised by the employer can be deemed controversial, considering the regulation on personal data.

Palabras claves. Trabajo remoto / Privacidad / Poder de dirección / Fiscalización / Derecho laboral

Keywords. Remote working / Right to privacy / Power of direction / Fiscalization / Labor Law

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 1 de julio de 2022.

2 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP y cuenta con un Master en Transacciones Internacionales por el Centro de Estudios Garrigues España. Docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociada Senior en Cornejo & Santivañez Laboralistas. Correo electrónico: ccalderon@cslaboralistas.pe.

1. Introducción

La pandemia de la Covid-19 ha generado un gran impacto en la forma cómo los seres humanos organizamos nuestras vidas e, inclusive, en cómo valoramos nuestro tiempo, el contacto con otras personas y, desde luego, la salud de cada uno.

La llamada nueva normalidad, introducida en marzo del año 2020 cuando el gobierno peruano dispuso la vigencia del estado de emergencia nacional y, con él, la limitación del derecho constitucional a la libre circulación generó un cambio profundo en las relaciones laborales, las que hasta ese momento se desarrollaban de forma predominantemente presencial.

De acuerdo con la información recopilada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en los Anuarios Estadísticos que publica de acuerdo a cada ejercicio fiscal, hacia febrero del año 2020 -es decir, el mes previo al inicio de las medidas más radicales adoptadas como consecuencia de la proliferación de la Covid-19- únicamente un 0.08% de los trabajadores del Sector Privado realizaba alguna forma de teletrabajo -ya sea mixto o completo-, estadística que presentó un cambio importante a raíz de la pandemia, pues hacia diciembre de ese mismo año el número de trabajadores sujetos a alguna forma de teletrabajo se multiplicó por setenta y cinco (75)³.

Al respecto, conviene indicar que, aunque a la fecha el Anuario Estadístico correspondiente al año 2021 no ha sido publicado por la Autoridad de Trabajo, dadas las nuevas “olas” de la Covid-19 así como la mayor aceptación de los empleadores por el trabajo a distancia, estimamos que el volumen de personas declaradas como teletrabajadores ha continuado en aumento.

Ahora bien, el incremento de personas que realizan actividad laboral subordinada de forma remota ha traído consigo diversos retos, entre los cuales destacan aquellos referidos a la organización y control de la actividad laboral, surgiendo la necesidad de idear nuevas formas de dirección y fiscalización de esta, lo que puede implicar, eventualmente, adentrarse en el terreno de la normativa sobre datos personales.

3 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2020. Cuadro N° 30 – Trabajadores del sector privado por mes, según situación especial (teletrabajo).

Sobre este punto, es necesario señalar que, para cualquiera de nosotros, puede ser complicado entender qué abarca la protección que tenemos todas las personas respecto de nuestros datos personales; ello se debe a que este es un derecho poco difundido y al que, además, los conceptos asociados a él -entre ellos, el propio término “datos personales” o, inclusive, la acción emblemática de la normativa referida al “tratamiento” de ellos- no resultan ser esclarecedores a partir de su sola lectura.

En este contexto, el presente artículo tiene como objetivo plantear algunas cuestiones problemáticas que hemos identificado a partir de la nueva normalidad, las que no solo se refieren a la gestión de las relaciones laborales a distancia, sino también a la implicancia de algunas decisiones de naturaleza laboral frente al derecho a la protección de los datos personales de los trabajadores.

2. El trabajo a distancia y la Covid-19: el necesario cambio de paradigma

Como se había adelantado, la organización de las relaciones laborales pre pandemia era predominantemente presencial y, por ello, un gran número de tareas asociadas a su gestión se materializaban presuponiendo la proximidad física de las personas.

Pensemos, por ejemplo, en actividades comunes en toda empresa, como la selección de personal, la inducción de los nuevos trabajadores a la cultura empresarial y a sus funciones o el día a día de cualquier equipo de trabajo, el que implica la distribución de encargos, las coordinaciones para su ejecución y la supervisión correspondiente.

En todos estos casos, lo habitual sería ejecutar estas actividades valiéndose de la proximidad de los intervinientes: en los procesos de selección, se solicitaba a los candidatos acudir a la empresa con el objetivo de realizar pruebas psicotécnicas o para sostener entrevistas personales con las áreas de Recursos Humanos o posibles jefes. Una vez seleccionados, los nuevos trabajadores solían ser capacitados en sesiones de formación generales, que reunía a todos los ingresantes por categoría, área o sección de trabajo; inclusive, en las nuevas formas de organización -las ya famosas metodologías ágiles-, los equipos de trabajo prestan servicios juntos, reunidos en mesas compartidas, buscando optimizar los recursos y favorecer

el proceso de propuesta-solución del equipo a partir de la generación de ideas en conjunto; las jefaturas solían impartir indicaciones y supervisar el cumplimiento de estas a partir de una verificación presencial; entre otros.

Como se aprecia, vivíamos en un entorno laboral en el que la comunicación y el contacto presencial era la piedra angular de muchas realidades empresariales, ello pese a que la gran mayoría de las compañías cuenta desde hace muchos años con herramientas que favorecen la comunicación remota -las más difundidas, el correo y las líneas telefónicas corporativas y, en algunos casos, las salas de chat empresarial- y permiten, por tanto, que no se dependa de la asistencia física a las instalaciones de la empresa para que gran parte de sus actividades se ejecute. Nos referimos a gran parte de ellas pues sabemos que, en algunos casos, existen tareas que, por su naturaleza, solo podrían realizarse de forma presencial.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el obligado aislamiento social domiciliario impuesto a raíz de la pandemia de la Covid-19 significó un cambio radical en la forma de organizar las relaciones laborales, y ha hecho a los empleadores cuestionarse cómo gestionar en remoto sus vínculos laborales y, sobre todo, qué herramientas se tiene para hacerlo. No falta quien se ha preguntado si, como empleador, se tiene el derecho de monitorear al trabajador haciendo uso del IP o de la cámara web de las computadoras portátiles con las que trabaja o si constituye una falta laboral conectarse a prestar servicios desde un lugar distinto al domicilio conocido por la empresa.

Estos son aspectos que, en algunos casos, encuentran su solución en instituciones propias del Derecho como, por ejemplo, cuáles son las fuentes de las obligaciones o cuáles son los poderes del empleador y a qué lo facultan. Mientras que, en otros casos, presentan problemas más complejos, en los que se involucran otros derechos como la imagen, la intimidad e, indirectamente, la protección de datos personales de los trabajadores.

En este entendido, en las siguientes secciones abordaremos brevemente tres situaciones controvertidas que hemos identificado en el desarrollo de la nueva normalidad, lo que realizaremos a partir de recordar cuáles son las reglas vigentes en materia de protección de datos personales en el marco de la relación laboral.

3. La problemática sobre la fiscalización y/o vigilancia del personal en remoto

3.1. Concepto y reglas para el tratamiento de los datos personales de acuerdo con la legislación vigente

A efectos de realizar una revisión sobre si la posible problemática derivada de la nueva realidad organizacional de las empresas genera alguna vulneración al derecho a la protección de datos personales de los trabajadores, el primer aspecto relevante consiste en determinar qué puede ser objeto de esta normativa.

Para tales efectos, recurrimos tanto a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, como a su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, normas que contienen apartados en los que se define el concepto “datos personales”, señalando que se entenderá como tal a “(...) toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados (...)” (Ley de Protección de Datos personales, 2011, Artículo 2) (sic) y, más precisamente, a “(...) información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables (...)” (Reglamento de la Ley de Protección de Datos personales, 2013, Artículo 2) (sic), respectivamente.

Como se aprecia, ambas normas son expresas en señalar que un “dato personal” no es únicamente aquel que identifica indubitablemente a una persona, sino también aquel que puede “hacerla identificable”, siendo esta última situación la que incrementa el espectro de información protegida por la normativa.

Conforme a ello, existe información que indiscutiblemente se considerará un “dato personal”, como, por ejemplo, los nombres y apellidos de una persona o sus documentos de identidad y firma; así como también existe información más amplia que, aunque de primera instancia no la identifica, sí la hace identificable, como podría suceder con la fecha de nacimiento o el domicilio de una persona o, inclusive, su historial académico o profesional.

Sumado a ello, es necesario tener presente que existe también una categoría especial de datos personales, conformada por los “datos sensibles”⁴, que son aquellos que resultan particularmente críticos, pues, mal utilizados, podrían generar consecuencias negativas en perjuicio de su titular.

Se trata, específicamente, de información biométrica -los rasgos físicos de una persona, sus huellas digitales o su iris- e información por la cual el Estado comúnmente despliega esfuerzos para prevenir la discriminación -como podría ser el origen, la religión, sexualidad, salud, creencias y convicciones e, inclusive, afiliación sindical de una persona-, siendo particularmente relevante que en este grupo se incluya, además, información propia del ámbito personal, afectivo y familiar de una persona⁵.

Habiéndose determinado qué son los datos personales, corresponde que nos refiramos a las reglas para su tratamiento.

El criterio general se encuentra previsto en el numeral 5) del artículo 13º de la Ley N° 29733, que dispone que los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de ellos, siendo que el numeral 6) del mismo artículo precisa que, en el caso de los datos sensibles, dicho consentimiento debe constar por escrito.

No obstante, resulta relevante señalar que el artículo 14º de la Ley N° 29733 prevé un listado de situaciones excepcionales en las que no será necesario recopilar el consentimiento del titular para realizar el tratamiento de sus datos personales, entre las que destacamos las incluidas en el numeral 5). Estas se refieren situaciones propias de la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual de naturaleza laboral, para las que se exceptúa la obligación

4 De conformidad con el artículo 2º de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, los datos sensibles se definen como: “datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual” (sic).

5 De conformidad con el artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29733, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, los datos sensibles se definen como: “aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad” (sic).

de obtener el tratamiento de los datos personales, siempre que la información recopilada sea necesaria para la ejecución -a grandes rasgos- del contrato de trabajo, lo que incluye tanto los actos previos a su inicio como aquellos vinculados a su desarrollo⁶.

Bajo este entendido, conviene cuestionarnos, ¿cómo evaluamos que se cumpla el citado requisito de necesidad? Por nuestra parte, consideramos oportuno recurrir a uno de los criterios contenidos en el conocido Test de Proporcionalidad desarrollado en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Constitucional peruano, en el que como uno de los criterios para ponderar entre dos derechos se analiza si determinada medida supera un examen de necesidad (Tribunal Constitucional. STC N° 045-2004-AI/TC, Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima; 29 de octubre de 2005).

De acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, el examen de necesidad implicará realizar un análisis de “medio-medio”, por el que se determine si existen medios alternativos -igualmente idóneos- que no sean gravosos frente al derecho que se busca proteger o que, de serlo, lo sean en menor intensidad que el medio elegido.

Siendo ello así, aplicado al caso en concreto, el tratamiento de datos personales de los trabajadores superará el examen de necesidad -y, por tanto, no requerirá del consentimiento previo de su titular- si la información aludida no solo es idónea, sino también estrictamente necesaria para el fin que se busca -la celebración o la ejecución del contrato de trabajo-, pues solo así estaremos frente a la ejecución de una facultad del empleador que resulta no intrusiva de cara a los derechos del trabajador.

6 De conformidad con el artículo 14° de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: “No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos: (...) 5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de los datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento” (sic).

3.2. Tres situaciones enmarcadas en la relación laboral que podrían determinar contingencias respecto del tratamiento de los datos personales de los trabajadores

3.2.1. Registro de control de asistencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 3º del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, todo empleador que realice actividades en el sector privado está obligado a llevar un registro permanente de control de asistencia, en el que sus trabajadores -así como los beneficiarios de modalidades formativas laborales y el personal destacado o desplazado por terceros- consignen de manera personal el tiempo de trabajo, lo que se deberá realizar en un medio físico o digital, teniéndose como único requisito que el mismo incluya medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o pérdida.

En principio, es importante mencionar que la normativa antes aludida no se detiene en desarrollar qué entiende por medio digital y que, por ello, por nuestra parte, lo asimilaremos al concepto más amplio del término, considerando que será todo aquel que funcione generando un código legible para una máquina; por lo que un software, las imágenes y/o videos digitales, los programas y sitios web, entre otros, forman parte de esta categoría.

Ahora bien, pese a la ausencia de una definición, el solo hecho de que la norma prevea la posibilidad de que el registro de control de asistencia se almacene en un medio digital nos anticipa que una situación como el trabajo a distancia no vuelve anacrónica la obligación, pues, mientras la empresa implemente alguna forma digital para que cada trabajador desde el lugar donde preste servicios registre el inicio y fin de su jornada de trabajo, estará en cumplimiento de la misma. Recordemos, pues, que la normativa vigente no contiene un catálogo cerrado de medios para almacenar el registro de asistencia y que, por ello, la obligación no se ve satisfecha únicamente a través de un registro llevado en forma física, o por lectores de tarjetas de proximidad o de características físicas de las personas -como el rostro o las huellas digitales-; por lo que, aunque estas opciones puedan ser las más comunes en el mercado laboral peruano, no son limitativas.

¿Cuál sería, entonces, la dificultad? En principio, ninguna, más que la necesaria inversión en un medio digital que permita el registro del inicio y fin

de la jornada haciendo uso de medios electrónicos -computadoras o teléfonos celulares- y que, desde luego, prevea determinadas características que garanticen que los trabajadores, a distancia, cumplan personalmente con su obligación de registro, como lo establece la norma.

Se deberá implementar, entonces, un sistema que no solo permita garantizar la conservación del formato, sino que, además, garantice la fiabilidad e invariabilidad posterior de cada registro.

Siendo ello así, y teniendo como premisa que el registro de control de asistencia es un medio que tiene su origen en una obligación legal, lo primero que debemos destacar en su vinculación con la recopilación de datos personales es que nos encontramos ante una de las excepciones previstas en el numeral 13.5) de la Ley N° 29733, pues el control del inicio y fin de la jornada de trabajo es necesario para la ejecución del contrato de trabajo, no solo porque se trata de una obligación legal impuesta al empleador sino porque, además, será necesaria para la retribución del personal.

Teniéndose ello resuelto, un segundo aspecto a analizar es qué tipo de dato personal podría ser tratado por el empleador para, unilateralmente, establecer un sistema de control de asistencia que le permita cubrir la obligación dispuesta por la normativa y, a su vez, ser lo menos intrusivo en la esfera de derechos del trabajador, garantizando así que se trate de información estrictamente necesaria.

Habíamos señalado que la obligación consiste en conocer el inicio y fin de la jornada de trabajo de cada persona, a partir del registro que cada individuo debe realizar personalmente. Siendo ello así, y pensando en utilizar solo aquellos datos personales que sean imprescindibles para lograr estos objetivos, la marcación de ambos momentos tendría que hacer indubitable que es determinado individuo quien realiza el registro, lo que podría realizarse a partir de la utilización de un código personal de trabajador -el que, desde luego, debe ir asociado a la obligación de no divulgar y/o compartir esta información con terceros, siendo usuario exclusivo del mismo, bajo responsabilidad- o, inclusive, de algún software que verifique la imagen de la persona que realiza el registro, activándose la cámara de la computadora o del equipo de telefonía que se utilice para tal fin.

En este caso en específico, dado que la norma implica la necesidad de que el registro sea realizado de manera personalísima, nos parece que el uso de la imagen del trabajador es una forma adecuada, pertinente y acorde a la obligación,

siendo necesario tener presente que, sin embargo, la captura de la imagen del personal únicamente deberá ser utilizada y limitarse a los fines para los cuales es obtenida.

¿Por qué es esto relevante? Porque si el examen de necesidad de capturar la imagen del trabajador al momento que realiza el registro del inicio o fin de su jornada de trabajo tiene como único objetivo validar que es el trabajador -y nadie más que él- quien cumple con la acción, la imagen que se requiere será únicamente la de su rostro. Siendo ello así, el plano a capturar deberá limitarse a este y no incluir el entorno que rodea a la persona, pues este, por sí mismo, representa también información que califica como un dato personal. Ciertamente, es necesario tener presente que los hechos o circunstancias de la vida familiar o afectiva de una persona e, inclusive, lo que resulte indicativo de sus hábitos personales, son datos personales y, particularmente, son datos sensibles, y que en este caso no son necesarios para el cumplimiento de la finalidad buscada con el registro de asistencia, por lo que su tratamiento requerirá de una autorización previa y expresa, no estando cubierto por la excepción.

Sobre este punto, es relevante señalar que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales aprobó la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, Directiva para el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia, que prevé disposiciones expresas sobre las reglas aplicables para la videovigilancia en el ámbito laboral, actividad que se define como la realización de “(...) monitoreo y captación de imágenes, videos o audios de lugares, personas u objetos (...)” (Resolución Directoral N° 02-2020-JUS/DGTAIPD [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos].14 de febrero de 2020) (sic). Por lo que, la verificación de la identidad de un trabajador a partir de la captura fotográfica de su persona se encuentra dentro de su ámbito de aplicación.

Esta norma se pronuncia en idéntico sentido al que venimos comentando, reconociendo que, en virtud del poder de dirección del empleador, este se encuentra facultado para realizar controles o tomar medidas destinadas a vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores, entre las que se encuentra la captación y/o tratamiento de datos a través de sistemas de videovigilancia, sin que para ello sea necesario obtener el consentimiento previo del personal.

Para estos efectos, sin embargo, el empleador se deberá restringir la videovigilancia al cumplimiento de determinadas condiciones⁷, entre las cuales destacan los siguientes deberes u obligaciones:

- Informar a sus trabajadores de la existencia de videovigilancia.
- Limitar el tratamiento de los datos personales de los trabajadores a las finalidades propias del control y supervisión de la relación laboral, siendo fines legítimos la protección de bienes y recursos del empleador y la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, entre otros.
- Limitar la realización de actividades de videovigilancia a aquellos casos en los que sea pertinente, adecuada y no excesiva para el cumplimiento del fin.
- Restringir el ámbito de captación de las imágenes a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral.

Consideramos que la claridad de los requisitos nos exime de realizar mayores comentarios sobre el particular, restando únicamente destacar que la normativa especial sobre protección de datos personales armoniza con la regulación laboral, tal y como venimos planteando.

3.2.2. Validación de la actividad laboral: la eficiencia como una necesidad ante la crisis y su relación con la posibilidad de monitorear la actividad de los trabajadores.

Habiendo mencionado en el numeral precedente la jornada de trabajo, queremos empezar este apartado recordando que el contrato de trabajo regula “(...) la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de un individuo para que un tercero haga uso de ella (...)” (sic) (Ferro, 2019, p. 17).

Conforme a ello, ni el contrato ni la jornada de trabajo se refieren a la realización de trabajo efectivo, sino al tiempo en que un trabajador está a disposición

⁷ Ibid. Véase numerales 7.10 a 7.16

de su empleador, quien es el encargado de dirigir su prestación haciendo uso de las facultades⁸ que la normativa laboral le confiere para ello.

¿Por qué resulta esto importante? Porque, en el contexto de la pandemia y considerando la imposibilidad de supervisar y/o fiscalizar presencialmente la ejecución de actividades por parte del personal, algunos empleadores se han preguntado si es posible implementar registros de asistencia que, además de controlar el inicio y el fin de la jornada de trabajo, sean utilizados para supervisar su ejecución de forma más frecuente -no solo en dos ocasiones al día- y/o exhaustiva.

Sobre el particular, debemos recordar que el objetivo del registro de asistencia no es realizar una revisión pormenorizada de la jornada de trabajo y que, por ello, su implementación no cubre la supervisión permanente de las actividades del personal -incluso cuando ello fuera tecnológicamente viable-; por lo que una propuesta como la reseñada no se encuentra amparada por los fines previstos en la normativa sobre la materia.

Sin perjuicio de ello, esto no quiere decir que la intención del empleador de controlar y/o vigilar la realización de actividad laboral durante el tiempo dispuesto para la jornada de trabajo sea un fin ilegítimo. Como hemos mencionado, el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, confiere al empleador un conjunto de facultades que le permiten dirigir la actividad laboral que ha contratado, potestades entre las que se encuentran no solo la reglamentación de la actividad y la impartición de órdenes, sino también la supervisión y/o fiscalización de las labores, lo que se complementa con la posibilidad de sancionar disciplinariamente cualquier incumplimiento cometido por el trabajador.

Siendo ello así, la base jurídica que permite el control -a distancia- de la ejecución de los servicios contratados es la propia existencia de la relación laboral y, en particular, la facultad de supervisión y/o control que tiene todo empleador respecto de los servicios y actividades ejecutadas por sus trabajadores en el marco del contrato de trabajo. Se trata, pues, de un requerimiento empresarial que deriva de la ejecución de la relación jurídica que vincula a las partes y que, por tanto,

8 Véase artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

permite el tratamiento de los datos personales de los trabajadores sin necesidad de obtener su consentimiento previo para ello.

Ahora bien, el hecho de que nos encontremos -nuevamente- ante una excepción a la regla general prevista por la normativa de protección de datos personales, obliga a que el tratamiento de estos se realice atendiendo al criterio de necesidad antes mencionado, debiéndose procurar que los datos personales solicitados y/o recopilados por el empleador sean aquellos que menor impacto causen respecto de los derechos de privacidad e intimidad de las personas.

¿Cuál sería la implicancia práctica de esto? Que si lo que se requiere es conocer si los trabajadores se encuentran prestando servicios durante el tiempo destinado a su jornada de trabajo, se implementen los medios de control idóneos que permitan la verificación de ello -es decir, que logren la finalidad buscada- siendo lo menos invasivos posible.

Sobre el particular, es oportuno recordar que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado ya que la facultad de fiscalización que el ordenamiento jurídico concede al empleador no es un derecho absoluto que pueda limitar de forma desproporcionada e injustificada los derechos de los que, como persona goza un trabajador -entre ellos, los derechos a la intimidad, privacidad, imagen, entre otros-, incluso reconociendo que toda relación laboral implica el cumplimiento de obligaciones por parte del trabajador y el derecho del empleador de fiscalizarlo, "(...) ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce (...)" (Tribunal Constitucional. STC N° 1058-2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza; 18 de agosto de 2004) (sic).

Así las cosas, aunque el Tribunal Constitucional reconoce que el empleador puede ejercer su poder fiscalizador durante el desarrollo y/o cumplimiento de la relación laboral, la validez de este ejercicio se determinará considerando si los mecanismos implementados son razonables y permiten, sin afectar innecesariamente el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales propios del contrato de trabajo⁹.

Desde nuestra perspectiva, un análisis de esta naturaleza determinará que videovigilar indiscriminadamente a cualquier trabajador haciendo uso de las cá-

9 Ibid. Fundamento Jurídico N° 20.

maras instaladas en las computadoras otorgadas como herramientas de trabajo no es razonable y/o proporcional a la finalidad perseguida, pues, tratándose de personas que pueden ejecutar su trabajo de forma remota que están dotadas de una computadora para tales fines, la forma menos lesiva a su derecho a la intimidad consistirá en medir el uso o la actividad de esta herramienta de trabajo durante la jornada laboral.

¿Es posible llegar a esta información sin necesidad de capturar imágenes o videos de las personas? Desde luego, para ello existen herramientas informáticas que, instaladas en las computadoras, informan sobre (i) el uso que se ha dado al equipo, pormenorizando los programas y aplicaciones utilizados en cada momento, así como el tiempo de actividad en cada uno; o, (ii) la actividad e inactividad de una persona, en base al uso que le ha dado al teclado de la computadora.

En este entendido, para monitorear el uso del equipo individual otorgado como herramienta de trabajo no se requiere de la autorización del trabajador, aunque, desde luego, la sola posibilidad de esta verificación debe ser previa y debidamente informada a cada persona -pues podría implicar el acceso a comunicaciones o archivos propios de la vida privada de ella-, algo que puede realizarse al momento en que se hace entrega del equipo de trabajo. Sobre el particular, resulta relevante recordar que la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, Directiva para el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia, contiene reglas aplicables a la videovigilancia en el ámbito laboral, y que, aunque esta norma no se refiere a la geolocalización, consideramos que para efectos del análisis que nos encontramos realizando, resulta útil tener presente los criterios que propone, entre los cuales se encuentra el deber de informar a los trabajadores de la posibilidad de monitoreo.

Adicionalmente, no queremos dejar de mencionar que, desde nuestra perspectiva, una solución informática menos intrusiva y, quizás, más práctica y menos compleja podría consistir en implementar una herramienta destinada a que, siempre que la computadora esté encendida, efectúe periódica y aleatoriamente preguntas al usuario, las que podrían aparecer a manera de ventana emergente. Este mecanismo permitiría validar si un equipo de trabajo encendido, del que aparentemente se estaría haciendo uso durante la jornada laboral, efectivamente tiene a un usuario frente a él, atento a la pantalla: formulada la pregunta, el equi-

po permanecerá bloqueado hasta obtener una respuesta satisfactoria, generando alertas que midan el tiempo en que se ha permanecido en inactividad -es decir, el tiempo en que no se ha dado respuesta a lo requerido- desde iniciado el bloqueo.

Para facilitar esta solución, las preguntas deberían ser de respuesta objetiva y sencilla como, por ejemplo, qué hora es en este momento, qué programa informático te encuentras utilizando o cuál es el nombre de la persona que ocupa determinado puesto de trabajo. Ello se debe a que el objetivo de efectuar la interrogante no será evaluar la capacidad de respuesta ante un problema complejo sino determinar si el trabajador está en uso del equipo en algún momento de la jornada laboral elegido aleatoriamente, pues, por estarlo, podrá responder rápidamente a lo consultado, evidenciando que se encuentra a disposición de los requerimientos de su empleador.

Finalmente, resulta relevante señalar que, aunque el encontrarse en uso del equipo informático y responder prontamente ante un requerimiento pueden ser indicadores de que la persona se encuentra a disposición del empleador y que, por tanto, está cumpliendo con su obligación principal del contrato de trabajo, lo cierto es que ninguna de estas situaciones acredita de forma fehaciente la eficiencia de una persona en la prestación de servicios -es decir, que emplee el tiempo de trabajo de la mejor manera posible para las tareas que le son encomendadas-.

Si, como presumimos, lo que a un empleador interesa es determinar si la inversión que realiza al contratar a una persona es acorde a sus objetivos y maximiza sus recursos en un contexto económico adverso como el generado por la crisis económica global que ha dejado la pandemia de la Covid-19, quizás la herramienta más eficiente resulte ser reestructurar la organización del trabajo para medirlo por la consecución de metas u objetivos más que por el tiempo en que la persona se encuentra “conectada” a la red empresarial.

Así lo ha dejado a entrever, por ejemplo, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), la que al pronunciarse sobre el “control de asistencia en el trabajo remoto” ha señalado que el trabajo remoto debería medirse por la consecución de metas u objetivos, es decir, “(...) por el cumplimiento de encargos y

no por la cantidad el tiempo que el servidor se encuentre conectado a los medios digitales que emplea para realizar sus funciones (...)”¹⁰ (sic).

De acuerdo con este pronunciamiento, el trabajo remoto sería “incompatible” con la implementación de un registro de control de asistencia, pues el objetivo de este régimen sería que las personas desarrollen sus actividades “(...) en los horarios que mejor se adapten a sus actividades rutinarias, cuidando el balance entre la vida laboral y la familiar (...)”¹¹ (sic).

Por nuestra parte, discrepamos de la supuesta incompatibilidad entre el régimen y la obligación de control de asistencia, pues, si bien el trabajo remoto es más flexible en cuanto a los momentos en los que se presta el servicio, sigue siendo un régimen en el que el trabajador se sujeta a una jornada de trabajo y al pago de sobretiempo. Ciertamente, en el trabajo remoto continúa siendo necesario medir el tiempo de dedicación de las personas a las actividades laborales, pues la mayor flexibilidad no significa, de forma alguna, la eliminación del número de horas de la jornada de trabajo.

Pese a esta discordancia, el Informe Técnico N° 1234-2020-SERVIR-GPGSC representa un pronunciamiento que, aunque no vinculante, introduce un criterio relevante sobre cómo adaptar la organización de la relación laboral a los retos del trabajo a distancia: a efectos de medir la productividad, el empleador puede recurrir a determinar cuáles son las actividades asociadas a cada puesto de trabajo y su producción “regular” en un periodo de tiempo determinado -por ejemplo, una semana o un mes- de forma tal que los encargos asignados durante el trabajo remoto sean equivalentes o proporcionales a los que comúnmente desarrollaba de forma presencial¹².

3.2.3. Ubicación física del trabajador: la geolocalización

Adentrándonos en las múltiples posibilidades que permite el uso de tecnología, encontramos la geolocalización, que no es otra cosa que una herramienta

10 Véase numeral 2.5 del Informe Técnico N° 1234-2020-SERVIR-GPGSC, de fecha 11 de agosto del año 2020.

11 Ibid. Numeral 2.7.

12 Ibid. Numeral 2.6.

que permite ubicar geográficamente a una persona u objeto en un momento determinado.

Siendo ello así, conviene preguntarnos, ¿es necesario situar geográficamente a un trabajador para el desarrollo y/o cumplimiento de su contrato de trabajo? Desde nuestra perspectiva, la respuesta será depende: depende de cuál sea la forma de su relación laboral; depende de si, por sus funciones, el trabajador necesita encontrarse en un lugar específico para la prestación del servicio -o si, visto de forma inversa, se necesita que no preste servicios en determinados espacios-; y, finalmente, depende de qué ha sido acordado en el contrato de trabajo.

Comencemos refiriéndonos a este último aspecto. No debemos perder de vista que la relación laboral puede basarse en la suscripción de un contrato de trabajo y que, de ser el caso, estaríamos ante un acuerdo expreso de voluntades, regulado a partir de las cláusulas del documento que las partes han suscrito.

Bajo este entendido, si en el contrato de trabajo las partes acuerdan que la prestación de servicios a distancia se realice exclusivamente en determinado lugar -por ejemplo, en el domicilio del trabajador- o dentro de un ámbito geográfico específico -el que podría ser un distrito, una provincia, un departamento, una región o, inclusive, un país-, parece razonable que, advertido de la posibilidad, el trabajador pueda ser sometido a una revisión que alerte al empleador cuando el equipo informático otorgado para la prestación del servicio se encuentre fuera de la zona geográfica para la que ha sido asignado.

Esto podría efectuarse, por ejemplo, identificando a qué red de internet se conecta la computadora entregada como herramienta de trabajo. Para ello, bastará con implementar un sistema que remita alertas cuando el IP con el que el equipo se conecte al sistema empresarial provenga de una red ubicada en un lugar distinto al que, por contrato, le corresponde.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a las funciones del trabajador, consideramos que se trata de una característica que debe abordarse desde dos aspectos: el primero, referido a la geolocalización como fin en sí misma; y, el segundo, referido a la geolocalización como un medio para un fin.

En el primero de estos casos -la geolocalización como fin en sí mismo-, nos referimos a trabajadores cuyos servicios hayan sido contratados para desarrollarse en determinadas zonas geográficas y que, por tanto, deban limitarse a ellas. Se nos ocurre, por ejemplo, casos como el del personal comercial, repartido

estratégicamente a lo largo de un territorio y que, por cuestiones de orden y de organización del negocio, debe ejecutar sus actividades sin interferir en zonas ajenas a la designada; o a personal que, por sus funciones y por la información de la que disponen, estén prohibidos de prestar servicios en lugares públicos -ya sea a vista de cualquiera o conectándose a redes abiertas- o en lugares distintos a su domicilio o, inclusive, de transportar y/o movilizar constantemente el equipo informático otorgado, pues realizar cualquiera de estas acciones expone innecesariamente al empleador a una pérdida de información crítica para la empresa.

En el segundo de estos casos -la geolocalización como fin medio para un fin-, nos referimos a supuestos en los que conocer la ubicación geográfica de la persona no es el fin perseguido, pero es la forma cómo salvaguardar otros bienes jurídicamente protegidos, como podría ser garantizar la seguridad de bienes y personas. Este sería el caso de la geolocalización realizada en unidades de transporte de caudales o de vehículos de transporte de pasajeros, casos en los que suele ser necesario conocer que se está cumpliendo con la ruta y el itinerario previsto para llegar al punto de destino sin mayor contratiempo, pues, de existir alguno, será necesario activar un protocolo de respuesta por tratarse de una situación insegura o irregular.

En todo caso, consideramos que en ambas situaciones la geolocalización sí resulta ser una herramienta válida para verificar la ejecución de la relación de trabajo pues, para prestaciones de servicios como las aludidas, el lugar donde se ejecuten las actividades resulta ser consustancial al cumplimiento de la obligación del trabajador o, en su defecto, relevante para garantizar el resultado esperado.

Finalmente, en cuanto al primer aspecto, referido a la forma de la relación laboral, nos referimos a un criterio más coyuntural que los dos anteriores, pues está vinculado con el elemento jurídico que habilita el trabajo a distancia: la regulación del trabajo remoto o del teletrabajo.

Como es sabido, el teletrabajo, tal y como está hoy regulado en la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo, es un régimen que habilita la prestación de servicios dentro del territorio nacional¹³, por lo que la ubicación geográfica de la persona contratada resulta ser un elemento relevante al momento de evaluar la

13 Véase artículo II del Decreto Supremo N° 009-2015-TR, Reglamento de la Ley 30036, Ley que regula el teletrabajo.

prestación del servicio. Por su parte, el trabajo remoto¹⁴, propio de una coyuntura de emergencia, no nació limitado al territorio nacional sino que, en realidad, surgió para facilitar la prestación de servicios de los trabajadores, donde fuere que estos se encontrasen en el mes de marzo del año 2020, sea que su lugar de aislamiento coincidiera con su domicilio o no, pudiendo encontrarse dentro o fuera del territorio nacional -recordemos que el trabajo remoto fue la respuesta que dio el Gobierno tras haber dispuesto el cierre de fronteras del territorio, lo que dejó en el extranjero a buena cantidad de ciudadanos-.

Esta diferencia entre ambos regímenes determina que, mientras una persona permanezca realizando trabajo remoto, la geolocalización para identificar si se encuentra en su domicilio o dentro o fuera del país devenga en innecesaria, pues el lugar físico desde donde el trabajador se conecta a ejecutar sus obligaciones laborales no es consustancial al régimen que lo habilita. Distinta solución podría tenerse en un régimen de teletrabajo, pues la regla de este es que el servicio se ejecute dentro del territorio nacional, por lo que su validez dependerá del lugar de la prestación.

4. Conclusiones

- La llamada nueva normalidad ha obligado a que muchas empresas reorganicen sus procesos internos, lo que incluye no solo la ejecución de los estos sino, además, la forma cómo se controla y/o vigila la actividad laboral.
- En el contexto de la prestación de servicios remota, el ejercicio de la facultad de fiscalización del empleador podría vulnerar derechos constitucionales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad de la persona y el derecho a la autodeterminación informativa, siendo este último el que permite que toda persona controle el acceso y/o suministro que se

14 Decreto de Urgencia N° 026-2020, Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional, y Decreto Supremo N° 010-2020-TR, Desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020.

tiene de información que puede afectar su intimidad, lo que desde luego incluye sus datos personales.

- De acuerdo a la normativa de protección de datos personales, aunque la regla para el tratamiento de estos consiste en obtener el consentimiento previo e informado de su titular, cuando se trate de datos necesarios para la celebración y ejecución de la relación laboral, el empleador se encontrará exento de obtenerlo.
- Para encontrarse amparado por la excepción, el empleador deberá garantizar que los datos personales tratados superan un examen de necesidad, es decir, que se trata de información estrictamente necesaria e idónea para el fin que se busca cubrir -esto es, la ejecución del contrato de trabajo- y que, además, se ha informado al trabajador del ejercicio de esta facultad.
- Dado que el poder de dirección y las facultades inherentes al mismo habilitan al empleador a supervisar la ejecución de los servicios de su personal, este es un fin lícito que el empleador puede alegar para prescindir del consentimiento previo del trabajador y gestionar el vínculo laboral tratando sus datos personales.

Pese a ello, esta habilitación no es absoluta, sino que deberá evaluarse en cada caso si el dato recopilado por el empleador es pertinente para el fin que se busca y si no existe alguna forma menos intrusiva de lograr el mismo resultado; de haberla, no se superaría el examen de necesidad y el tratamiento realizado sería desproporcionado o excesivo, no estando amparado por la normativa.

Bibliografía

Decreto Supremo N° 003-97-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 21 de marzo de 1997.

Decreto de Urgencia N° 026-2020 [Presidencia de la República del Perú]. Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional.

- Decreto Supremo N° 010-2020-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020.
- Ferro Delgado, Víctor (2019). *Derecho individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ley de Protección de Datos Personales. Por la cual se garantiza el derecho fundamental a la protección de los datos personales a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen. 02 de julio de 2011.
- Ley N° 30036. Por la cual se regula el teletrabajo, como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo. 04 de junio de 2013.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Directiva N° 01-2020-JUS/DG-TAIPD aprobada por Resolución Directoral N° 02-2020-JUS/DGTAI-PD. 14 de febrero de 2020.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2020. Serie Histórica /27. Edición Mayo, 2021.
- Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales. 21 de marzo de 2013. Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.
- Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo. 02 de noviembre de 2015. Decreto Supremo N° 009-2015-TR.
- Tribunal Constitucional. STC N° 1058-2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza; 18 de agosto de 2004.
- Tribunal Constitucional. STC N° 045-2004-AI/TC, Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima; 29 de octubre del año 2005.

El impacto y la evolución de la virtualidad en los procesos judiciales laborales¹

The impact and evolution of virtuality in the labor judicial process

César Abanto Revilla²

Resumen. En el presente ensayo se revisa, en tono crítico, las medidas que ha tomado el Poder Judicial, producto de la digitalización derivada (y acelerada) por la llegada de la COVID-19, que ha generado una carrera por la implementación integral, a nivel nacional: Del Expediente Judicial Electrónico (EJE), el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE), entre otras herramientas tecnológicas, como la Audiencia Virtual, cuya aplicación en Sede Laboral ha originado posturas a favor y en contra de su validez y legitimidad procesal. En tal sentido, se revisa si dichas medidas han afectado la implementación de la reforma procesal laboral del 2010, basada en la oralidad y el uso de las tecnologías, pero dando cuenta también de los cuestionamientos a promesas incumplidas, que parten de una desconexión aparente de los objetivos del cambio y las labores que cada partícipe de la relación conflictual debería cumplir.

Abstract. This essay critically reviews the measures that the Judiciary has taken, as a result of digitalization derived (and accelerated) by the arrival of COVID-19, which has generated a race for comprehensive implementation, at the national level. national: of the Electronic Judicial Record (EJE), the Electronic Notification System (SINOE), among other technological tools, such as the Virtual Hearing, whose application in Labor Headquarters has originated

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 1 de julio de 2022.

2 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magister en Derecho de los Negocios por la USMP. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo. Ex Procurador Público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Correo electrónico: cabanto@er.com.pe.

positions for and against its validity and procedural legitimacy. In this sense, it is reviewed if these measures have affected the implementation of the labor procedural reform of 2010, based on orality and the use of technologies, but also accounting for the questioning of unfulfilled promises, which are based on an apparent disconnection of the objectives of the change and the tasks that each participant in the conflictive relationship should fulfill.

Palabras claves. Proceso Laboral / Virtualización / Oralidad / Inmediación / Flexibilidad

Keywords. Labor Process / Virtualization / Orality / Immediacy / Flexibility

1. Introducción

En los últimos dos años, el litigio laboral se ha visto impactado por la irrupción de la virtualidad operativa informática que de manera inesperada -y acelerada- se ha tenido que implementar como consecuencia de la llegada (y permanencia a la fecha) de la pandemia de la COVID-19. Hemos transitado por un camino en el cual se cruzan las reglas y formas de la oralidad junto a los protocolos y la actividad inherente a la virtualización de las actuaciones del Poder Judicial, en lo que ha sido nuestro pasado, es el presente y posiblemente subsista -así sea de manera parcial- en el futuro cercano.

Sobre el particular, compartimos lo sostenido por Susskind (2019, p. 95), quien afirma que la incorporación de la tecnología a la justicia debe partir de una premisa: concebir a las Cortes no como un lugar, sino como un servicio.

Este servicio, sin embargo, debería brindar parámetros, principios, reglas y condiciones mínimas que sean aplicables y estén al alcance de ambas partes, en y durante el proceso, pues de lo contrario existirían márgenes y fisuras que dejarían en el aire ciertas sombras de afectación del acceso a la tutela judicial igualitaria y, con ello, vulnerarían el derecho a un debido proceso legal. No solo debe parecerlo, sino serlo.

En tiempos en los cuales existen herramientas jurídicas con sustento en la Inteligencia Artificial (IA), impensables hasta hace algunos años, pues hasta hace unos cuarenta años atrás -en la década de los ochenta- aún se utilizaban máquinas de escribir mecánicas y las citas se escribían a mano, en fichas en las bibliotecas

de las Facultades de Derecho. Entrando a los noventa, las computadoras personales empezaron a dominar el mercado y ello no fue ajeno al mundo jurídico y procesal: Aparecen software con normas legales y precedentes jurisprudenciales, luego otros que programaban diligencias y avisaban del vencimiento de plazos procesales, entre otros. La informática se convirtió en parte del litigio, tanto en sede judicial como ante las autoridades administrativas correspondientes, según el tipo de conflicto en discusión.

Sería mezquino no reconocer las ventajas que la modernidad y la era digital nos brindan, como personas, abogados y litigantes. Pero ello no puede (ni debe) llevarnos a pensar en la posibilidad que la administración de justicia sea reemplazada en su totalidad por la informática, pues -por avanzada o brillante que sea- hay evaluaciones que solo pueden sustentarse en la experiencia que se construye como consecuencia de haber andado los juzgados y absuelto (en directo) cientos de procesos, así como haber vivido los pesares y alegrías de quienes han estado involucrados en un litigio, combinada y enriquecida por el intercambio académico de la docencia.

Si un robot administrara justicia, posiblemente, condenaría por hurto a la mujer que en 1898 tomó (impulsada por el hambre) una hogaza de una panadería en Francia, y que fuera absuelta por el famoso Juez Magnaud, priorizando el derecho a la vida. Decisión que nos recuerda el IV Mandamiento del Abogado, reseñado por el maestro uruguayo Eduardo Couture, que nos dice: Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres un conflicto entre el derecho y la justicia, lucha por la justicia.

En sentido similar opina Nieva (2018, pp. 16-17), cuando señala que “la inteligencia artificial es humana, porque la han hecho humanos, incluso aunque sea capaz de aprender de los datos que va recopilando. Pero la inteligencia artificial no dicta sentencias (...) sólo ayuda a dictarlas. Quizá en un futuro nos interpelará si queremos realizar un fallo incompatible con sus algoritmos, pero siempre estará en nuestra mano no hacerlo, lo que nos obligará a motivar por qué, cosa que hará más completa la motivación”.

Por supuesto que hay etapas y procedimientos del proceso que pueden y deben estar sujetas a la informatización y digitalización, pero hay otras, en especial aquellas en las cuales se encuentra sobre la mesa (o el teclado) la decisión respecto a bienes inherentes a un ser humano, que deben -con la ayuda y apoyo

de la tecnología- permanecer dentro de una imperfecta pero terrenal decisión del hombre, que ciertamente estará resguardada (de existir un error) por la posibilidad de ser revisada por una instancia superior.

Para Reiling (2019, p. 18), las Tecnologías de la Información (TI) deben apoyar principalmente en un lado del espectro de la administración de la justicia: El procesamiento de los datos. Desde su perspectiva, “el rol de los tribunales es producir decisiones ejecutables, en otras palabras, proveer un título. La decisión ejecutable, entonces, es su producto. La primera pregunta que exploramos es, cómo estas decisiones ejecutables producidas por los tribunales son valiosas para los usuarios de los tribunales. Hay dos factores que tienen un gran efecto en los procesos de los tribunales: (i) La incertidumbre de los resultados; y, (ii) La relación entre las partes. El resultado es el contenido de la decisión”.

El problema se presenta en países como el Perú, donde los criterios jurisprudenciales son zigzagueantes; por tanto, no puede ser determinada una permanencia temporal de criterios jurídicos. Lo que hoy es blanco, mañana puede ser azul y pasado verde.

Hay que innovar e incorporar la TI en la administración de justicia, pero comenzando con lo básico, que sería la implementación integral, a nivel nacional, del Expediente Judicial Electrónico (EJE), el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE), la carga de todos los procesos en la plataforma de Consulta de Expedientes Judiciales (CEJ) y la modernización de los Módulos Básicos de Justicia en todas las provincias y distritos judiciales del país, con herramientas (hardware y software) que les permitan aplicar de forma eficiente este nuevo Gobierno Digital Judicial, para luego pasar en una segunda etapa al uso de tecnologías más avanzadas como el *blockchain* y la IA, dirigidos a una mayor transparencia, seguridad y agilidad en los trámites procedimentales.

Estoy a favor de la informatización de los procesos judiciales, pero en tanto se garantice que existan parámetros claros y equitativos durante el desarrollo de la *litis* para las partes intervinientes; asimismo, ratificando que al momento de la decisión final (presente y futura) la última palabra corresponderá a un ser humano, no a un algoritmo, a una computadora o a un robot³.

3 En China y Estonia existen Tribunales en los cuales las partes pueden someterse voluntariamente a la decisión de un Juez Robot, sin perjuicio que la parte agraviada pueda recurrir en apelación a un Tribunal Superior de jueces humanos.

2. COVID-19: Acelerada virtualización del proceso

Por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se dispuso el Estado de Emergencia Nacional y, al mismo tiempo, se fueron emitiendo una serie de disposiciones a nivel del Poder Judicial que ordenaban la suspensión de las actividades jurisdiccionales, entre otras medidas excepcionales. La primera, del 16 de marzo, fue emitida por el Consejo Ejecutivo, que a través de la Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ dispone la suspensión de las labores y los plazos procesales, salvo en casos de extrema urgencia. Luego de esta, fueron emitidas las Resoluciones Administrativas N° 117, N° 118 y N° 061-2020-CE-PJ, por las cuales se extendió dicha suspensión de forma consecutiva, a la par que se fueron implementando medidas complementarias.

Posteriormente, el 27 de abril se emitió la Resolución Administrativa N° 129-2020-CE-PJ, que aprobó las llamadas “Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio” (Protocolo). En términos generales, se estableció en plan secuencial de retorno (virtual y presencial) por fases.

Estas medidas eran el preludeo del reinicio de las actividades jurisdiccionales, pero en la práctica se fueron dilatando y reajustando, conforme el COVID-19 fue mostrando mayor incidencia de contagios y fallecidos, incluyendo personal del Poder Judicial; por ello, las disposiciones posteriores se encaminaron a una virtualización de la actividad jurisdiccional, tutelando la integridad y salud del personal, priorizando así:

- La realización de audiencias de forma virtual. Solamente por excepción, podrían ser presenciales. Asimismo, podrían llevarse a cabo audiencias los sábados.
- La comunicación de sentencias se llevará a cabo vía cédula de notificación y a la casilla electrónica. Es de uso obligatorio el SINOE para las partes.
- Las personas que ingresen al Poder Judicial deberán hacerlo portando una mascarilla quirúrgica o similar; se va a controlar la temperatura a todo el público que ingrese y se entregará gel antibacterial al ingreso. La salida y el ingreso serán por la misma puerta.

- Los jueces que se encuentren en el grupo de riesgo no podrán atender los locales del Poder Judicial, sino que prestarán servicios de forma remota.
- Las entrevistas con los jueces y/o magistrados será de forma virtual y deberá ser programada con anticipación.

En paralelo a las normas que regulaban estos aspectos operativos, se dictaron otras que permitían al personal jurisdiccional la prestación de servicios remotos y la celebración de audiencias a través de plataformas informáticas, a saber:

- Resolución Corrida N° 004-2020-CE-PJ del 11 de abril, por la cual se permitía que los Jueces se apersonen a sus despachos para recoger los expedientes judiciales para avanzar su trabajo en sus domicilios.
- Resolución Administrativa N° 123-2020-CE-PJ del 24 de abril, por la cual se autorizó a los Jueces a utilizar la aplicación *Google Hangout Meets* para la comunicación entre las partes intervinientes en los procesos judiciales.

Se incidió también en la utilización del EJE y en la presentación de escritos por la Mesa de Partes Virtual (MPV). A nivel de la Corte Suprema, se habilitaron cuentas de correo electrónico para cada especialidad, para la realización de las audiencias virtuales.

El objetivo era que los servicios judiciales operativos se desarrollen a través del uso de la TI, permitiendo a jueces y litigantes realizar sus actos sin presencia física. Pero, sin impedir la actuación de diligencias, el ingreso de escritos y otras actuaciones que eran ejecutadas de forma presencial (notificaciones de sentencia, lectura de expedientes, etc.). En la práctica, los juzgados utilizaron de forma adicional los medios de comunicación general (celulares, WhatsApp, etc.) como apoyo para las coordinaciones con las partes, llevando a cabo actos de preparación previa a la audiencia, para verificar si ambas partes contaban con los implementos informáticos que permitieran llevar a cabo las diligencias, sin afectar el derecho de defensa y las garantías del debido proceso.

Para Cavani y Vergel (2020) antes de la pandemia el Poder Judicial ya contaba con una serie de problemas de organización administrativa, acostumbrados a un tipo de trabajo manual (aún se taladraban y cosían expedientes) y con una

implementación tecnológica a medio camino, que ante el COVID-19 tuvo que cerrar sus puertas y suspender los procesos de forma abrupta, con excepción de los casos tramitados bajo el EJE, que en términos comparativos eran un número menor respecto del total de los procesos judiciales a nivel nacional: 126 mil EJE versus 3 millones de expedientes físicos.

En dicho escenario de virtualización forzada de labores judiciales, dichos autores se preguntaban: (a) Si es que la realización de audiencias virtuales es compatible con la legislación procesal; y, (b) Qué aspectos se deberían tomar en cuenta para la realización de audiencias virtuales.

En cuanto al primer punto, es decir, si ¿existe el derecho a una audiencia presencial?, en opinión que compartimos, los citados autores precisan lo siguiente:

“A pesar de que la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil de 1993 se elaboraron en una era pretecnológica (al menos en el Perú), en un contexto como el actual, en que sencillamente no se puede salir de casa para asistir a las clásicas audiencias e informes orales, creemos que ninguna de sus normas otorga derecho a una audiencia presencial o, lo que es lo mismo, no hay norma que prohíba o que sea incompatible con la posibilidad de llevar a cabo audiencias virtuales.

De hecho, desde el ámbito constitucional, la realización de audiencias virtuales no se encuentra prohibida, dado que estas ya se realizan en el ámbito penal, así como en procedimientos ante la OCMA. Asimismo, el hecho que las audiencias y la actuación de medios probatorios deba realizarse ante el juez (art. V, CPC) y que este deba dirigirla personalmente (art. 202, CPC) no quiere decir que no pueda realizarse a través de un computador. (...)

Siendo ello así, tampoco habría prohibición de que los jueces de órganos colegiados puedan comparecer, cada uno remotamente, desde sus hogares. Por supuesto, deberán “concurrir” a la audiencia (esto es, conectarse) los auxiliares jurisdiccionales que correspondan, como el especialista, el asistente de juez, el relator de sala, entre otros.

En suma, si bien las partes tienen derecho a una audiencia porque así lo prevé la ley, no tienen derecho a una audiencia presencial”.

En cuanto a la operatividad de las audiencias, añaden que una objeción podría ser que el artículo 204 del Código Procesal Civil obliga a registrar en video o audio las audiencias de pruebas y, además, a entregar copia a las partes “dejando constancia” de dicha entrega. Sin embargo, a través del SINOE se deja constancia de la correcta notificación a las partes, lo que bien puede hacerse con la entrega de las actas; además, las audiencias virtuales podrían ser grabadas, y esas grabaciones también ser enviadas a las partes.

No podemos ignorar la brecha tecnológica que existe en nuestro país (y que habrá entre las partes), pudiendo cuestionarse que sólo algunos sectores podrán ser beneficiados de las herramientas de mayor (y mejor) nivel, ante lo cual el Poder Judicial debería evaluar la implementación de Módulos de Apoyo al Usuario (como SUNAT) en todas sus sedes, en los que, con el apoyo del personal administrativo y el cumplimiento previo de los protocolos sanitarios, las partes (y sus abogados) que no cuenten con un computador en casa (u oficina) y/o con los conocimientos informáticos necesarios, puedan participar con iguales condiciones en las audiencias virtuales. De lo contrario, afectaría las garantías del debido proceso y la igualdad que tutela la Carta Magna.

Como anota Lama (2020, pp. 11-12), si bien algunos afirman que el principio de inmediación, que inspira a la oralidad, aplicaría siempre y cuando las partes y el Juez se encuentren uno frente al otro y presentes en un mismo lugar, para asegurar interacción personal entre ellos, tales argumentos no son atendibles, pues lo que interesa en la oralidad es el diálogo, la comunicación simultánea o en tiempo real: existe oralidad cuando uno habla y el otro escucha, cuando el diálogo unilateral se convierte en bilateral; es decir, que cada uno participe, escuchando y hablando. Con ello, queda establecido que mientras que en la audiencia -aun virtual- se asegure una comunicación directa y en tiempo real, de modo que exista diálogo e interacción entre las partes y entre ellos y el juez, no se afecta el derecho de defensa, ni el derecho al debido proceso, ni mucho menos el principio de inmediación procesal.

3. La virtualización del proceso judicial laboral

Para Huerta (2020), como consecuencia de este nuevo y dramático escenario social, era legítimo formularse en ese momento algunas preguntas:

- ¿El proceso laboral actual podrá aplicarse sin más?
- ¿No será acaso necesario formular ajustes de emergencia al proceso?
- ¿Pueden afectarse algunos aspectos del proceso, relacionados con sus principios basilares?
- ¿Hasta qué punto podrá atenuarse la intermediación, la concentración y, sobre todo, la oralidad?

Precisaba el autor que nuestro proceso laboral es dual: Algunas actuaciones son escritas y otras orales. Por ejemplo, la demanda, el admisorio, la contestación, la sentencia, la apelación, la sentencia de vista, son escritos; la conciliación, la audiencia de juzgamiento y la audiencia única son orales, concentradas, escenario en el cual, hay una mayor intermediación del juez con las partes y las pruebas a través de la comunicación oral. Son estas etapas las que diametralmente resultarían hoy incompatibles con la regla del distanciamiento social, pero la justicia laboral no puede detenerse, pues también responde a otro drama social de atención urgente.

En tal sentido, agregaba que resultaba necesario que el proceso laboral -de modo temporal- sufra una alteración en su estructura, potenciando lo escrito frente a lo oral, que permita que las causas continúen desarrollándose, en busca de la justicia en materia laboral. Para ello, era necesario abandonar toda fascinación por la oralidad en desmedro del proceso escrito, siendo razonable, entre otras, las siguientes medidas:

(i) Prescindir de la audiencia de conciliación y recibir la contestación a través de un medio electrónico (escaneado y vía online); calificar el escrito, proveerlo y trasladarlo al demandante el mismo día de programada la audiencia y continuar con la siguiente etapa. De haber observaciones, poner a conocimiento de las partes vía correo electrónico, de modo que cada órgano jurisdiccional atienda de manera ordenada la agenda judicial programada.

(ii) En cuanto a la audiencia de juzgamiento, limitar la intervención oral de las partes, abogados y jueces a lo mínimo, atenuando la oralización de la prueba documental, que se aplicaría solo para los medios de carácter personal (testigos, peritos, reconocimientos, etc.).

En sentido similar, Valera (2020) sostenía que, si bien la justicia no puede vivir de espaldas a la tecnología, existen una serie de problemas que podrían llevar a que este sueño (de una virtualización del proceso judicial laboral) se convierta en una pesadilla, pues según el INEI, a diciembre del 2019 sólo el 38.8% de la población tiene acceso a computadora con internet; el 6.1% tiene internet en su casa, en el trabajo y/o en el celular; y, el 7.3% cuenta con una suscripción de banda ancha. Ello, genera la siguiente problemática:

- La barrera del justiciable en el acceso a internet, que no le permitiría el uso de las TI para una correcta utilización del *Google Hangouts Meet* y participar en cualquier diligencia programada por los diferentes juzgados laborales.
- La incorporación de habilidades tecnológicas con las que no cuentan todas las partes intervinientes en las audiencias limita el ejercicio del principio de oralidad e inmediación: las partes, abogados y terceros no actuarán “cara a cara” con el Juez, que no apreciará en forma directa, su conducta, gestos y otros aspectos que son visibles en una audiencia presencial.
- La realización de audiencias virtuales es una imposición social en tiempos de pandemia; sin embargo, deben priorizarse los procesos que tienen audiencias y/o sentencias programadas para su actuación antes del 16 de marzo.

Para dicho autor, la realización de audiencias virtuales es compatible con los principios del proceso laboral, en la medida que existan cambios estructurales en la NLPT, en aras de cautelar la tutela jurisdiccional efectiva. Existiría una compatibilidad relativa, cuando las partes deciden libremente someterse a reglas de juego *intraproceso*, dictadas por el Juez en una resolución inimpugnable, o las que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Estas reglas pueden tener cierta flexibilidad, no necesariamente compatibles con la norma procesal; sin

embargo, si se ejecutan -una vez aceptadas por las partes- no podría alegarse indefensión procesal o una nulidad, al existir convalidación.

Desde una perspectiva procesal general, Balarezo (2020) consideraba que caben dudas razonables respecto de estas medidas adoptadas por el Poder Judicial, especialmente sobre su coherencia con los principios, derechos y normas procesales, consagrados en nuestro ordenamiento, que resume en las siguientes interrogantes:

1. ¿Puede haber una violación al principio de inmediación, pues durante el curso intermedio del protocolo las partes no podían entrevistarse directamente con el Juez?
2. ¿Existe una violación al principio de publicidad, pues las audiencias, al ser virtuales, sólo contarán con la presencia de las partes convocadas en la plataforma informática correspondiente?
3. ¿Las resoluciones infringen el artículo 203 del Código Procesal Civil, que establece que a las audiencias deben concurrir las partes personalmente?
4. ¿El derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva son afectados en algún sentido?

Sus dudas son absueltas -desde la teoría contemporánea- con el principio de audiencia, que según Priori y Alfaro (2018, p. 46) debería delimitarse a dos concepciones: la primera, denominada formal, según la cual se concibe que las partes son libres de adoptar las estrategias que mejor consideren: el juez no se involucra y es solo un mero espectador del duelo; la segunda, que es la concepción sustancial del principio de audiencia, formulada desde una visión contemporánea del proceso e implica concebirlo través de una participación efectiva y real. En conclusión, el principio de audiencia debe velar para que las partes tengan en todo momento la oportunidad de desenvolverse de manera plena y sin limitaciones injustificadas, para lo cual es necesario que las mismas participen en la aportación de los hechos y de las pruebas; y, además, en la formación y elaboración de la decisión del juez.

Para lo laboral, Corrales (2020, pp. 3-4) añadía que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su 32 periodo de sesiones del 27 de junio de 2016, acordó adoptar (numeral 5) el llamado “derecho humano de acceso

a internet”, que se fundamenta en los principios generales de acceso, pluralismo, no discriminación y privacidad, que han llevado en su desarrollo a la aparición de la “e-justicia”. Para dicho autor, el “e-proceso” se construye sobre la base de los principios siguientes:

- Conectividad. Toda persona tiene derecho al acceso a la justicia virtual, y al suministro por el Estado de los medios informáticos que le garanticen la accesibilidad a la comunicación, participación y el ejercicio de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso en soporte electrónico.
- Concentración procesal digital.
- Economía y celeridad en el uso del Internet.
- Intermedialidad. Interacción y registro de varios medios de audio y vídeo informáticos, en la formación del expediente judicial electrónico.
- Autenticidad. Los medios utilizados para la realización de las audiencias virtuales y actuaciones judiciales deben garantizar la identidad de las partes intervinientes, el derecho de defensa y fidelidad de los documentos escaneados, y de la reproducción de lo registrado en audio y vídeo.
- Instantaneidad. El sistema informático debe permitir, en tiempo real, la simultaneidad de la publicidad y actuaciones procesales en línea.
- Seguridad en la preservación de datos sensibles y reserva (ciberseguridad).
- Transparencia tecnológica y de difusión pública en redes sociales.
- Extraterritorialidad. Implica superar la obligatoriedad del radio urbano, ya que no será necesario domiciliar en ciudad determinada para producir actuaciones procesales o participar en la audiencia virtual, ampliando así las competencias a nivel nacional de los órganos jurisdiccionales.
- Interoperabilidad. La integración de los sistemas informáticos de las distintas instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, a fin de facilitar las operaciones en línea desde varias plataformas en internet, intercambio de información instantánea, en el marco del Gobierno Digital y convenios internacionales.

En definitiva, concluye (Corrales, 2020, p. 24) que la desmaterialización de los procesos laborales regidos por la NLPT, a la luz de los nuevos principios

anunciados, el ingreso acelerado de la Justicia a la era digital, con el uso de las audiencias virtuales, el trabajo remoto de sus operadores, mediante el teledespacho judicial y los Estudios Jurídicos Virtuales, conectado a las redes sociales, van a modificar ciertos actos procesales, transitoriamente, mientras dure la pandemia del COVID-19; empero, en más de los casos éstas vienen a quedarse definitivamente, por su contribución a la optimización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Lo que no solo implicará modificaciones sustanciales al ordenamiento procesal, sino también desarrollar las bases para pasar a la fase superior de la “e-justicia 3.0”.

Para el suscrito, algunas de las medidas que se tomaron de forma directa en la mayoría de los Juzgados de Trabajo (en especial, en los procesos ordinarios), a nivel nacional, como solicitar la presentación previa de las contestaciones de demanda y la notificación de las sentencias a la Casilla Electrónica, requerían de reformas expresas a la NLPT, pero la realidad era que esperar a dichas modificaciones implicaría contravenir el Principio Procesal de Celeridad, pero especialmente atentaría contra el Principio Tuitivo (protector), inherente al Derecho Laboral en sí, por lo que, de forma excepcional (y temporal), debería aplicarse el Principio de Flexibilidad en cuanto a disposiciones procedimentales como el numeral 3 del artículo 43 (sobre entrega de la contestación en el acto de audiencia) o el artículo 47 (referido a la notificación de la sentencia en la sede del juzgado). Estas disposiciones fueron previstas en el “Protocolo de adecuación del Módulo Corporativo Laboral y Sala Superior al COVID-19”, que fuera aprobado por la Resolución Administrativa N° 190-2020-CE-PJ.

En sentido similar se ha pronunciado Toledo (2020), quien ha señalado que:

“...se ha superado en la judicatura ese criterio formalista de que el escrito de contestación debe ser entregado a la demandante una vez fracasada la conciliación, incluso algunos consideran un fetichismo legal, por lo que debería modificarse la NLPT para que haya un paso previo de entrega del escrito de contestación, para que el demandante tome conocimiento. Así, una suerte de lo que sucede en el proceso abreviado laboral, que se presenta tal escrito antes de la conciliación...y se puede correr traslado al demandante. **Nosotros consideramos que no hay ningún impedimento**

legal, y no es necesaria una modificación legislativa. Hay que destacar la función del juez director del proceso, si no existe ninguna afectación al derecho de las partes, entonces, es posible que el juez tome decisiones, precisamente, con el objeto de la entrega de la contestación antes de la conciliación, le permitirá proponer fórmulas conciliatorias atractivas a las partes. En consecuencia, **es necesario, sobre todo en la presente circunstancia, que el juez pueda adoptar un conjunto de decisiones.** Es cierto que, la contestación de la demanda tendrá que presentarse a través de la MPE”.

Si bien es cierto, existen algunos países en los cuales se ha cuestionado la validez, la legalidad y la constitucionalidad de las audiencias virtuales, como en Colombia⁴ y España⁵, consideramos, a partir de lo señalado en los puntos precedentes, que en el Perú debe existir un marco flexible que priorice los derechos que son materia de los reclamos laborales, respecto a un estado de emergencia (caso fortuito o fuerza mayor) temporal generado por el COVID-19.

Finalizamos el ensayo tomando nuevamente las palabras de Susskind (2020), en el siguiente sentido:

“Nuestros sistemas judiciales enfrentan actualmente tres desafíos importantes. Dos de estos surgen directamente del virus y, por lo tanto, son nuevos; mientras que el tercero, es de larga data. El **primer** desafío es mantener un nivel de servicio suficiente mientras nuestros tribunales tradicionales están cerrados. El alcance de este desafío no está claro y varía en todo el mundo. Una visión optimista es que hemos superado lo peor y ya se está

4 La Corte Constitucional, con una votación de 5 a 4, declaró inconstitucional el artículo 12 del Decreto Presidencial N° 491 del 28 de marzo de 2020, que permitía a otras ramas del Poder Público, incluido el Congreso, ejercer sus competencias (y diligencias) de manera virtual por la pandemia. Si bien esta decisión se enfocó más en el ámbito administrativo, se cree que en un futuro el criterio podría afectar también a las audiencias judiciales virtuales.

5 Si bien referido a un fallo del Tribunal Supremo del 2005 sobre cuestionamientos a la limitación de derechos del procesado en un proceso penal, se considera que las observaciones a la ausencia de garantía del principio de inmediatez (en cuanto a la actuación de la prueba), podría extenderse también a las audiencias judiciales virtuales.

restableciendo el servicio normal. Una visión más realista es que el virus, de una forma u otra, nos afligirá durante muchos más meses y posiblemente años. El problema más importante aquí es que aún no tenemos métodos alternativos para manejar algunos tipos de audiencias judiciales, como las relacionadas con delitos graves.

El **segundo** desafío surge del primero. Esta es la acumulación de casos atrasados que se suman mientras los tribunales no pueden manejar su carga normal. Los sistemas de justicia que se considera que están haciendo frente a la crisis están eliminando alrededor de un tercio de su rendimiento normal. Los aplazamientos y los retrasos se están acumulando a un ritmo alarmante.

El **tercer** desafío, el de larga data, surge de una verdad alarmante: que incluso en los sistemas de justicia que consideramos los más avanzados, la resolución de disputas en los tribunales públicos generalmente toma demasiado tiempo, cuesta demasiado y el proceso es ininteligible para todos. En términos más generales, lo llamamos el problema del “acceso a la justicia”. Podemos optar por culpar a la reducción generalizada de la financiación legal pública, podemos argumentar que la maquinaria judicial y judicial actual es desproporcionada en muchos casos, podemos afirmar que a veces los abogados son el problema porque pueden inflamar las disputas, podemos lamentar la poca información está disponible para ayudarnos incluso a comprender el dilema, podemos condenar el sistema por ser anticuado y arcano, y más. Pero sea cual sea la explicación que se prefiera, la pura realidad es que la mayoría de la gente en nuestro planeta no puede permitirse hacer valer sus derechos legales en los tribunales públicos. A nivel mundial, las estadísticas son claras. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, solo el 46 por ciento de los seres humanos viven bajo la protección de la ley.

4. Conclusiones

- En los últimos dos años, el litigio laboral se ha visto impactado por la irrupción de la virtualidad operativa informática que de manera inespe-

rada -y acelerada-se ha tenido que implementar como consecuencia de la llegada (y permanencia a la fecha) de la pandemia de la COVID-19.

- Hay etapas y procedimientos del proceso que pueden y deben estar sujetas a la informatización y digitalización, pero hay otras, en especial aquellas en las cuales se encuentra sobre la mesa (o el teclado) la decisión respecto a bienes inherentes a un ser humano, que deben -con la ayuda y apoyo de la tecnología- permanecer dentro de una imperfecta pero terrenal decisión del hombre, que ciertamente estará resguardada (de existir un error) por la posibilidad de ser revisada por una instancia superior.
- Mientras que en la audiencia -aun virtual- se asegure una comunicación directa y en tiempo real, de modo que exista diálogo e interacción entre las partes y entre ellos y el juez, no se afecta el derecho de defensa, ni el derecho al debido proceso, ni mucho menos el principio de inmediación procesal.
- Algunas de las medidas que se tomaron de forma directa en la mayoría de los Juzgados de Trabajo (en especial, en los procesos ordinarios), a nivel nacional, como solicitar la presentación previa de las contestaciones de demanda y la notificación de las sentencias a la Casilla Electrónica, requerían de reformas expresas a la NLPT, pero la realidad era que esperar a dichas modificaciones implicaría contravenir el Principio Procesal de Celeridad, pero especialmente atentaría contra el Principio Tuitivo (protector), inherente al Derecho Laboral en sí.

Bibliografía

BALAREZO CONTRERAS, Lidia (2020). ¿La virtualidad como un agresor a los principios procesales? Un análisis sobre la implementación de protocolos virtuales para el avance de los procesos. <https://ius360.com/publico/procesal/la-virtualidad-como-un-agresor-a-los-principios-procesales-un-analisis-sobre-la-implementacion-de-protocolos-virtuales-para-el-avance-de-los-procesos-lidia-balarezo-contreras/>

- CAVANI, Renzo y VERGEL, Alessandro (2020). ¿Audiencias Judiciales Virtuales? <https://laley.pe/art/9543/audiencias-judiciales-virtuales>
- CORRALES MELGAREJO, R. (2020). El advenimiento de la e-justicia laboral 2.0. En: Revista Derecho y Cambio Social (61), pp. 3-4. <https://www.derechocambiosocial.com/>
- HUERTA RODRÍGUEZ, Hugo (2020). Proceso Oral y Pandemia. <https://actualidadlaboral.com/proceso-oral-y-pandemia/>
- LAMA MORE, H. (2020). Oralidad, intermediación y audiencias virtuales. En: VV.AA. Comentarios sobre la Oralidad Civil, Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- NIEVA FENOLL, J. (2018). Inteligencia Artificial y Proceso Judicial. Madrid: Marcial Pons.
- PRIORI, G. y ALFARO, L. (2018) El Principio de Audiencia y su efecto democratizador en la aplicación del Iura Novit Curia. En: Reforma del Proceso Civil, Lima: Fondo Editorial PUCP.
- REILING, D. (2019) Comprendiendo las tecnologías de la información para la resolución de conflictos. En: Revista Sistemas Judiciales (16). Buenos Aires: CEJA
- SUSSKIND, R. (2019). Online courts and the future of justice. Londres: Oxford University Press.
- SUSSKIND, Richard (2020). The future of courts. <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>
- TOLEDO TORIBIO, Omar (2020). Audiencias Virtuales y Proceso Laboral remoto. https://www.youtube.com/watch?v=r_xwbai7QoI&t=2896s
- VALERA MALCA, César (2020). Entre la economía colaborativa y la justicia digital: Bondades y limitaciones de las audiencias virtuales en el proceso laboral. <https://laley.pe/art/9847/entre-la-economia-colaborativa-y-la-justicia-digital-bondades-y-limitaciones-de-las-audiencias-virtuales-en-el-proceso-laboral>

Legislar para prevenir: Seguridad y salud en el teletrabajo post Covid-19¹⁻²

Legislate to prevent: Safety and health in telework post Covid-19

Javier H. Espinoza Escobar³

Renato Estremadoyro Amaya⁴

Resumen. El presente artículo incide en la importancia que el teletrabajo irá adquiriendo en la realidad laboral post COVID-19 en el Perú. La pandemia dejó en evidencia una serie de carencias legislativas vinculadas, entre otras cuestiones, a las relacionadas con la seguridad y salud de los teletrabajadores. Por esa razón, en el presente artículo se propone el contenido mínimo que la legislación peruana sobre teletrabajo debe incorporar a fin de garantizar la seguridad y salud de los teletrabajadores. En la construcción de dicho contenido mínimo se ha tomado en cuenta las experiencias normativas internacionales sobre el particular.

Abstract. This article focuses on the importance that teleworking will acquire in the post COVID-19 labor reality in Peru. The pandemic revealed a series of legislative shortcomings

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 21 de junio de 2022.

2 Los autores agradecen el apoyo de Dannyza Marcos, Nicole Herrera, Brigitte Espejo, Brineyt Escarcena, miembros del Grupo de Investigación “Para la protección del trabajo humano en un mundo global” de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

3 Abogado por la Universidad de Piura. Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura. Máster Universitario en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos - España. Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos - España. Profesor Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Correo electrónico: jespinozae@usil.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>.

4 Miembro del grupo de Investigación “Para la protección del trabajo humano en un mundo global” de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Correo electrónico renato.estremadoyro@usil.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0133-4382>.

linked, among other issues, to those related to the safety and health of teleworkers. For this reason, this article proposes the minimum content that should be incorporated by the Peruvian legislation on teleworking must incorporate in order to guarantee the safety and health of teleworkers. In the construction of said minimum content, international experiences on the subject have been taken into account.

Palabras claves. Teletrabajo / Seguridad y salud en el trabajo / Riesgos laborales / prevención / Derecho laboral

Keywords. Telework / Safety and health at work / Occupational risks / Prevention / Labor law

1. Introducción

En nuestro país, la modalidad de teletrabajo fue introducida en el año 2013 mediante la Ley N°30036, ante la necesidad de adaptar el sistema laboral peruano a las exigencias del siglo XXI, por la prevalencia del uso de las tecnologías de la información (TIC's). Desde el Estado, el teletrabajo constituyó un intento para lograr el acceso al empleo de personas en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, pese a la exigencia legal del artículo 1° de la citada ley, no se formularon políticas públicas que garantizaran su desarrollo y su uso preferencial a favor de las poblaciones vulnerables, tal como se estableció en la Segunda Disposición Complementaria Final de la citada ley. Tampoco consiguió receptividad en el sector empresarial.

Con la irrupción de la pandemia del COVID-19, entró en vigor el Decreto de Urgencia N°026-2020 que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional. Este -entre otras medidas- creó la modalidad de trabajo remoto, como una de las “acciones preventivas y de respuesta para reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del COVID-19”⁵ y ayudar “a disminuir la afectación a la economía peruana por el alto riesgo de propagación

5 Decreto de Urgencia N°026-2020, de 15 de marzo de 2020, artículo 1°.

del mencionado virus a nivel nacional”⁶. Asimismo, facultó a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios de todos sus trabajadores⁷ (artículo 17°). El contexto exigía que las personas desarrollen sus labores desde casa o lugar de aislamiento. Era necesario salvaguardar la salud de los trabajadores.

La aplicación del trabajo remoto, como consecuencia de la pandemia, significó un incremento sin parangón del uso de una modalidad similar al teletrabajo, tal como lo demuestran los datos del Ministerio de Trabajo que, en abril de 2020, cifran el incremento porcentual en 1395% (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE, 2021).

Aun cuando el trabajo remoto solo se aplicará mientras tenga vigencia el estado de emergencia sanitaria⁸, el escenario post pandemia tiene visos de favorecer al teletrabajo. Por lo tanto, será indispensable que, a partir de la experiencia obligada del trabajo remoto, se revise y adecúe la normatividad del teletrabajo, pues habrá empresas y entidades del Estado, así como una gran masa laboral proclives a desarrollar esta modalidad de trabajo, después de haberse habituado al trabajo remoto.

Si bien el teletrabajo y el trabajo remoto guardan similitudes y diferencias, una característica común a ambas regulaciones normativas es la insuficiente protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Ni la ley de teletrabajo, ni su reglamento contemplan medidas adecuadas y pertinentes que garanticen la seguridad de los teletrabajadores, a pesar de que su exposición de motivos señala que con la ley: “se espera cubrir estos vacíos brindando un marco regulador que proteja y brinde flexibilidad y seguridades a trabajadores y empleadores promoviendo el desarrollo de esta nueva modalidad de trabajo”⁹.

Pese a las especiales características de esta modalidad de prestación de servicios, que obligaría a establecer un “régimen jurídico adecuado, que permita evitar una serie de riesgos derivados de sus peculiaridades” (Sanguinetti, 2013, p.112),

6 Decreto de Urgencia N°026-2020, de 15 de marzo de 2020, artículo 1°.

7 Decreto de Urgencia N°026-2020, de 15 de marzo de 2020, artículo 17°.

8 Mediante Decreto de Urgencia N°115-2021, de 31 de diciembre de 2021, se dispuso prorrogar la vigencia del trabajo remoto hasta el 31 de diciembre de 2022.

9 Ley 30036. Exposición de motivos.

la Ley N°30036 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°009-2015-TR, solo establecen disposiciones genéricas sobre el tema de seguridad y salud en el teletrabajo. Adquiere relevancia lo manifestado por Bueno, cuando afirma:

“La normalización del teletrabajo tras la pandemia por COVID-19 puede ser un potente acelerador de una tendencia en materia de seguridad y salud laboral que se ha venido observando en muchos países en la última década: una reducción de los accidentes de trabajo y un crecimiento de las enfermedades relacionadas con el trabajo, particularmente aquellas relacionadas con la salud mental. Esta tendencia se agudizará como consecuencia de la pandemia” (2020).

El presente artículo propone los aspectos básicos que debería contener una norma especializada en seguridad y salud en el teletrabajo, que puedan ser utilizados post pandemia, con el propósito de garantizar los derechos de los teletrabajadores y contribuir a la consecución del trabajo decente.

Para ello, se parte de resaltar el importante papel que jugará el teletrabajo en las relaciones laborales post pandemia. Luego se muestra el panorama general sobre la seguridad y salud en el teletrabajo en el ordenamiento peruano. Posteriormente, se describen los riesgos laborales propios del teletrabajo: riesgos psicosociales, riesgos ergonómicos y riesgos físicos. Seguidamente, se propone el contenido mínimo que debe tener la norma de seguridad y salud en el teletrabajo, a partir de la experiencia de aquellos países que ya implementaron normas sobre el particular. Finalmente, se formulan las conclusiones correspondientes.

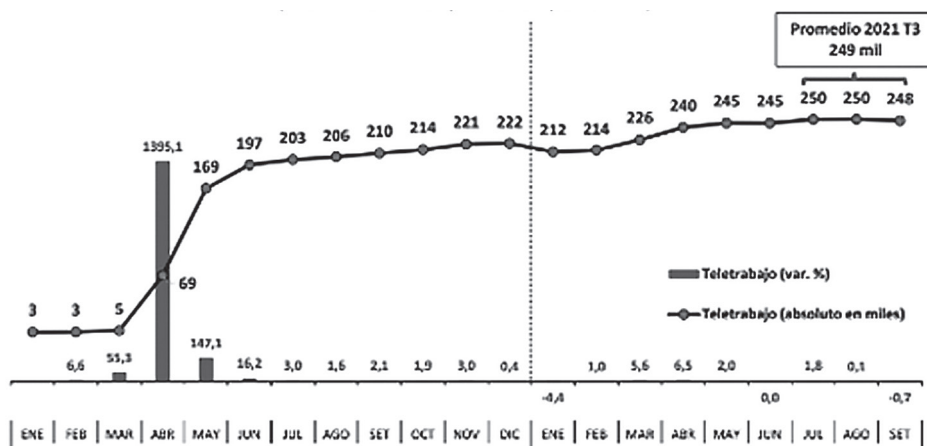
2. El Teletrabajo en las relaciones laborales post pandemia

En la Unión Europea, la discusión sobre la necesidad de implementar nueva legislación sobre el teletrabajo para el escenario post pandemia, ha sido un tema relevante en países como Bélgica, Alemania, Hungría, Croacia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia, Austria, Chipre e Irlanda. Otros miembros de la UE como España, Italia, Luxemburgo, Eslovaquia o Letonia, que contaban con legislación especial sobre el teletrabajo, la han modificado a partir

de las consecuencias de la pandemia del COVID-19 en el mundo del trabajo y la experiencia del trabajo remoto (Caprile et al., 2021).

A nivel nacional, la aplicación del trabajo remoto significó un incremento sin parangón del uso de una modalidad similar al teletrabajo. El Informe Trimestral del Mercado Laboral elaborado por el Ministerio de Trabajo para el trimestre julio-septiembre de 2021 mostró que, para el mes de enero 2020, a nivel nacional, solo estaban inscritos en el registro correspondiente 3 mil teletrabajadores. Una situación que contrasta con la cifra de 69 mil teletrabajadores en abril de 2020. Se evidencia un incremento porcentual de 1395% de personas que accedieron a trabajar desde casa, en tan solo 3 meses. Para septiembre de 2021, un año y medio después del inicio del estado de emergencia, la cantidad de trabajadores en modalidad de trabajo remoto o teletrabajo llegó hasta 248 mil. De manera que, “el teletrabajo/trabajo remoto absorbió en conjunto 6,7% de trabajadores en la planilla privada, participación que continúa en ascenso en los últimos meses” (MTPE, 2021).

Gráfico 1
Perú: trabajadores en situación especial de teletrabajo/trabajo remoto, 2020 y 2021



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE (2021).

Estos resultados resultan ser esclarecedores debido a que muestran el escaso impacto que tuvo la Ley N°30036, por la ausencia del rol promotor del Estado, y el escaso interés de los empleadores. La necesidad de mantener las actividades laborales durante la pandemia fue la única razón para que se incrementara su utilización de manera exponencial. En tal sentido, se coincide con una de las consideraciones de la Comisión de Ciencia, Innovación y Tecnología del Congreso de la República, para la aprobación del Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 1046/2021-CR y 1292/2021-CR, que propone la nueva Ley de Teletrabajo:

“Ni el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ni la Autoridad Nacional del Servicio Civil se ocuparon eficazmente de promocionar, implementar, o en todo caso perfeccionar la Ley 30036, Ley que regula el teletrabajo, si es que esta no permitía su adecuada implementación; toda vez que, a marzo de 2020 se tendrían registrados como teletrabajadores un máximo de 2000 trabajadores (0,1% del total se tendrían registrados en la planilla electrónica), de los 34000 trabajadores estimados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Es decir, solo alcanzó un 5,8% del objetivo propuesto” (Congreso de la República, 2022, p. 2).

El contexto post COVID-19 se muestra propicio para la continuación del teletrabajo. Por esta razón, se ha aprobado recientemente en el Congreso de la República la nueva Ley de Teletrabajo, con la finalidad de fomentar y consolidar esta modalidad de trabajo “como sustituto natural del trabajo remoto, para su aplicación una vez culminado el estado de emergencia”¹⁰, teniendo en cuenta además que el teletrabajo no solo constituye un instrumento transitorio de prestación de servicios sino un “factor permanente que convivirá con el trabajo presencial en los países, de Latinoamérica, pese a la ausencia de leyes”¹¹.

Otra prueba de lo que aquí se afirma es, por ejemplo, la celebración del convenio colectivo entre la Autoridad Nacional del Servicio Civil y el Sindicato de Trabajadores de SERVIR, de 28 de febrero de 2022 que incorpora dentro

10 Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 1046/2021-CR y 1292/2021-CR, mediante el cual se propone, con texto sustitutorio, la “Ley de Teletrabajo”, p.13.

11 Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 1046/2021-CR y 1292/2021-CR, mediante el cual se propone, con texto sustitutorio, la “Ley de Teletrabajo”, p.13.

de sus cláusulas el compromiso de la entidad de continuar con la modalidad de trabajo remoto o cualquier otra modalidad a distancia, bajo ciertas condiciones y siempre que la naturaleza de las funciones lo permita. Por su parte, la presidenta ejecutiva de SERVIR es de la opinión que el teletrabajo supone beneficios “para las entidades públicas como, por ejemplo, la reducción de costos en materiales de oficina, servicio de mensajería, luz, agua e incluso en el pago de alquileres y adquisición de inmuebles” (Subjefatura de Comunicaciones e Imagen Institucional SERVIR, 2022).

En buena cuenta, es menester que las autoridades correspondientes, elaboren políticas para el desarrollo del teletrabajo en el contexto venidero, tomando en cuenta la opinión de los trabajadores, de sus representantes y de los empleadores, de manera que se conozca cuáles han sido los aciertos y errores, de las normativas referidas al trabajo remoto y teletrabajo vigentes, apuntando hacia una regulación del teletrabajo que vele de manera integral, por la seguridad y salud de los trabajadores, e incentive la eficiencia.

3. Panorama general de la seguridad y salud en el teletrabajo: Análisis del ordenamiento peruano

En el Perú, el teletrabajo se regula a través de la Ley N°30036, de 5 de junio de 2013. Antes de ella, la única modalidad laboral que implicaba la realización de la prestación de servicios en el domicilio del trabajador o el lugar designado por este, era el trabajo a domicilio regulado entre los artículos 87°-96° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por D.S. N°003-97-TR (en adelante, LPCL)¹². Cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 96° de la LPCL, el trabajador a domicilio no estaba comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales regulado por el Decreto Ley N°18846 (norma que estuvo vigente hasta el 17 de mayo de 1997).

12 El artículo 87° de la LPCL denomina trabajo a domicilio al “que se ejecuta, habitual 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”.

Mediante Decreto Supremo N°009-2015-TR de 3 de noviembre de 2015, se aprueba el Reglamento de la Ley de teletrabajo. Su tardía emisión es una muestra de la escasa importancia brindada a esta modalidad de prestación de servicios.

En relación con la seguridad y salud en el teletrabajo, la ley reconoce en su artículo 5° que: “El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada”¹³. De la misma forma, el reglamento reconoce que el teletrabajador “tiene los mismos derechos y beneficios que los trabajadores que presten servicios bajo la modalidad convencional”¹⁴; y, expresamente, incluye dentro de los derechos que serán garantizados, el de “seguridad y salud en el trabajo, en lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo”¹⁵.

También el reglamento reconoce la igualdad de derechos y obligaciones entre los teletrabajadores y aquellos que prestan servicios bajo la modalidad convencional. Asimismo, recuerda que, entre otras, está obligado a “cumplir la normativa vigente sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de los datos y seguridad y salud en el trabajo”¹⁶.

A partir de lo dispuesto en el reglamento, se puede afirmar que, en materia de seguridad y salud en el trabajo, a los teletrabajadores peruanos se les aplica la Ley N°29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, de 20 de agosto de 2011 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°005-2012-TR, de 25 de abril de 2012. La vocación omnicompreensiva del artículo 2° de la Ley así lo deja entrever, pues esta es aplicable “a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público”¹⁷.

En el mismo sentido, los principios de prevención y de responsabilidad recogidos en el Título Preliminar permiten sustentar lo que aquí se menciona. Por el principio de prevención, el empleador garantiza “en el centro de trabajo”,

13 Ley N°30036, artículo 5°.

14 Decreto Supremo N°017-2015-TR, Reglamento de la Ley N°30036, artículo 6°.

15 Decreto Supremo N°017-2015-TR, Reglamento de la Ley N°30036, artículo 6°, literal d.

16 Decreto Supremo N°017-2015-TR, Reglamento de la Ley N°30036, artículo 7°, literal a.

17 Decreto Supremo 005-2012-TR, Reglamento de la Ley N°29783, artículo 2°.

el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores”. Desde una visión protectora, propia del ordenamiento laboral, el término “centro de trabajo” debe interpretarse del modo más amplio posible. Según el principio de responsabilidad, “el empleador asume las implicancias económicas legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”. En este segundo caso, se pone énfasis en que la responsabilidad del empleador surge como consecuencia de la realización de la prestación subordinada a favor del empleador, con independencia del lugar donde se realice.

Si bien estas disposiciones se aplican al teletrabajo, siguiendo a Ramírez y Chuquillanqui (2016), surge la interrogante de cómo un empleador puede cumplir eficientemente con el deber de prevención y de garante de la seguridad y salud de los trabajadores en el ejercicio de sus prestaciones laborales impuesto por la Ley N°29783, si esta legislación fue pensada esencialmente en la modalidad de prestación de servicios convencional. Es necesario, por tanto, disposiciones más específicas que logren enmarcar las obligaciones que debe asumir el empleador en relación con los teletrabajadores, poniendo especial énfasis en los mayores y específicos riesgos a los que se está expuesto en esta modalidad laboral y en el lugar donde se desarrollarán las labores que no será el centro de trabajo de titularidad y dominio del empleador.

Producida la pandemia de la COVID-19 a nivel mundial, los empleadores fueron facultados legislativamente para modificar la forma de prestación de servicios e implementar el trabajo remoto (excepcional y obligatorio), a través del Decreto de Urgencia N°026-2020. Dentro de las obligaciones del empleador reguladas en el artículo 18°, se incorporó la siguiente:

“18.1.2 Informar al trabajador sobre las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo que deben observarse durante el desarrollo del trabajo remoto”. Asimismo, se estableció como obligaciones del trabajador “18.2.2 Cumplir las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo informadas por el empleador”.

Mediante Decreto Supremo N°010-2020-TR, de 24 de marzo de 2020 que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N°026-2020 se estableció el deber del empleador de informar al trabajador -a través de soporte físico o digital que permita dejar constancia de su debida comunicación- “las medidas, condiciones y recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo que deberá observar durante la ejecución del trabajo remoto, incluyendo aquellas medidas que el/la trabajador/a debe observar para eliminar o reducir los riesgos más frecuentes en el empleo del trabajo remoto”. Además, el deber de especificar un canal de comunicación, a través del cual el trabajador pueda comunicar los riesgos adicionales que haya identificado después de iniciada la labor en modalidad remota o los accidentes de trabajo que pudieran ocurrir. Se trata de un deber de colaboración o cooperación del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, a través de la Resolución Ministerial N°072-2020-TR, de 26 de marzo de 2020 que aprueba la guía para la aplicación del trabajo remoto (que proporciona información relevante y orientativa para los empleadores y trabajadores) se precisa que el deber de informar del empleador al que hace mención la norma incluye identificar los riesgos más frecuentes en el empleo de la modalidad de trabajo remoto. Asimismo, recomienda tener en cuenta, entre otros, los “trastornos músculo esqueléticos, fatiga visual, fatiga mental, factores psicosociales, así como los riesgos asociados a los equipos de trabajo, insumos, condiciones ergonómicas y psicosociales a las que se expone el trabajador mientras trabaja remotamente”.

Como se puede apreciar, y en relación con el trabajo remoto vigente desde el estado de emergencia nacional, no ha existido una norma, protocolo, directiva o reglamento que -cuando menos- oriente a los empleadores en las cuestiones específicas de la seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores. Cobra importancia el Decreto Supremo N°002-2013-TR que aprueba la Política nacional de seguridad y salud en el Trabajo 2017-2021, de 2 de mayo de 2013 que plantea como objetivo general del eje de acción N°1: Marco Normativo: “Promover un marco normativo armónico, coherente e integral sobre seguridad y salud en el trabajo, adaptado a las necesidades de protección de todas las trabajadoras y trabajadores”. Este objetivo no excluye a los teletrabajadores.

La urgencia por implementar el trabajo remoto, como consecuencia de la COVID-19 no permitió incidir en las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, salvo en lo relacionado con evitar la propagación del virus y la atención adecuada de los trabajadores contagiados o de los trabajadores con comorbilidades o en situación de vulnerabilidad. Corresponde, por tanto, hacer efectiva una disposición que regule de forma adecuada, pertinente y garantista la seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores.

4. Riesgos laborales en el teletrabajo

Ha quedado claramente determinado que a la relación laboral de teletrabajo se aplica también las normas que buscan cautelar la seguridad y salud en el trabajo, aunque sometida a las especificidades propias de la modalidad de prestación de servicios que, por llevarse a cabo en el domicilio del trabajador o incluso en un lugar indeterminado, pueden generar problemas relacionados con la determinación adecuada de los riesgos que deben prevenirse y con “la vigilancia del cumplimiento de las normas que tutelan la seguridad y salud en el trabajo” (Sanguineti²⁰¹³, p. 112).

Al margen de las ventajas que el teletrabajo puede representar para el empleador, los trabajadores y la propia sociedad y sobre las que han hablado diversos autores (Carrasco- Mullons, 2021, p. 3)¹⁸, también es cierto que el teletrabajo puede generar diversas consecuencias negativas para el trabajador, desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo. Esto “hace necesario establecer nuevas formas de gestión en materia de prevención de riesgos laborales y nuevas exigencias de seguridad y salud”; de tal forma que tenga “un impacto directo en la salud y la calidad de vida de los trabajadores” (Organización Iberoamericana de Seguridad Social²⁰²¹, p. 4).

Como parte de las responsabilidades empresariales, corresponde a las empresas “evaluar, medir y actuar sobre los riesgos de trabajo de forma constante,

18 Ver adicionalmente a Ramírez P., Juan Manuel y Perdomo Hernández, Mónica (2019), Ventajas y desventajas de la implementación del teletrabajo, revisión de la literatura, *Revista Competitividad e innovación*, 1 (1), pp. 96-119.

mitigando el grado de exposición” (Alarcón, 2021); esto es, “la identificación y la gestión de los riesgos laborales de los teletrabajadores” (OIT, 2020). Lo cierto es que, dada la especificidad de la modalidad de prestación de servicios, será fundamental que “la persona teletrabajadora colabore o, incluso, pacte qué lugares se consideran más seguros para el teletrabajador a la hora de desarrollar la prestación de servicios” (Ayala, 2022, p. 126). Cobra protagonismo el principio de cooperación regulado en la Ley N°29783 (artículo III Título Preliminar), pues el teletrabajador debe colaborar en la determinación de los riesgos a los que estará sometido porque el lugar donde desarrollará sus labores estará bajo su esfera de dominio.

Aun cuando para la OIT (2020), los dos desafíos conocidos para el bienestar de los teletrabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo son los riesgos psicosociales y la ergonomía; a continuación, se abordará los riesgos psicosociales, ergonómicos y físicos a los que están sometidos los teletrabajadores con la finalidad de establecer los lineamientos generales que deben tenerse en cuenta para prevenir y mitigar dichos riesgos en beneficio de los teletrabajadores.

4.1. Riesgos psicosociales

Para comprender la cuestión relacionada con los riesgos psicosociales, es importante manejar la diferenciación conceptual entre factores psicosociales, factores de riesgo psicosociales y riesgos psicosociales, que como es evidente, se encuentran interrelacionados entre sí.

De acuerdo con la OIT y OMS, los factores psicosociales en el trabajo son:

“Interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo” (Organización Internacional del Trabajo y Organización Mundial de la Salud, 1986, p. 12).

La interacción entre el trabajador y estos factores será preponderante para determinar si es favorable para su bienestar; o si -por el contrario- puede afectar la salud del trabajador y perjudicar su desempeño (Kalimo et al., 1988). Es importante destacar que “los factores psicosociales pueden ser favorables o desfavorables para el desarrollo de la actividad laboral y para la calidad de vida laboral del individuo” (Gil-Monte, 2009, p.1).

Gráfico 2
Los factores psicosociales en el trabajo



Fuente: OIT y OMS, 1984

Los factores que pueden desencadenar efectos negativos son denominados factores psicosociales de riesgo, definidos en la Resolución Ministerial N°375-2008-TR¹⁹, Norma básica de ergonomía y de procedimiento de evaluación de riesgo disergonómico, como:

¹⁹ Anexo 1 de la Resolución Ministerial N°375-2008-TR. Título II, numeral 3.7

“Aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo”.

Según Molina (2021):

“Los teletrabajadores deben hacer frente a exigencias mentales mayores para el desarrollo de su actividad, teniendo un incremento en la posibilidad de estar expuestos a factores de riesgo psicosocial, entre ellos, el aumento de la sobrecarga de trabajo y de las horas de trabajo, realizar varias tareas a la vez o dificultad para separar el trabajo de la vida privada” (p. 63).

Queda claro que los factores de riesgo varían de acuerdo con la modalidad de trabajo. El entorno de trabajo es distinto. Los teletrabajadores no tienen contacto directo con sus colegas, la comunicación se da a través de medios tecnológicos, se conjugan las tareas del hogar con las ocupacionales o el espacio de trabajo no es el adecuado; además, resulta más difícil controlar la cantidad de tareas.

Los riesgos psicosociales laborales son producidos por la exposición a los factores de riesgo en los entornos: laboral, no profesional y social del trabajador; potencialmente pueden provocar daños a nivel físico como mental (Gollac, 2011, p. 31)²⁰.

Sobre las relaciones entre los riesgos psicosociales, la salud y el desempeño en diversos contextos organizacionales en América Latina durante los últimos diez años, Pujol-Cols y Lazzaro-Salazar, determinaron que:

“Los riesgos psicosociales, tales como las demandas psicológicas, el control del trabajo, el apoyo social, el desequilibrio esfuerzo-recompensa de trabajo, la violencia laboral y el conflicto trabajo-familia, entre otros, resultaron

20 También, Griffiths, A., Leka, S. & Cox, T. (2004). La organización del trabajo y el estrés: estrategias sistémicas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42756>.

predictores del estado de salud de los individuos y del rendimiento organizativo en un amplio conjunto de estudios” (2021, p. 199).

Por su incidencia en los teletrabajadores, el estrés laboral y el síndrome de *burnout*, son los principales riesgos psicosociales. El estrés laboral es un riesgo psicosocial presente en el teletrabajo, cuyos niveles de incidencia varían entre leve a muy alto (Arteaga, 2020)²¹. El estrés laboral es “la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación” (Griffiths et al., 2004).

En cuanto al síndrome de *burnout*, la Organización Mundial de la Salud (2019) en la Clasificación Internacional de Enfermedades en su edición 11.a revisión (CIE-11), que entró en vigor a partir de febrero de 2022, denomina al *burnout* como síndrome de desgaste ocupacional, y así lo define:

“Es un síndrome conceptualizado como resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado con éxito. Se caracteriza por tres dimensiones: 1) sentimientos de falta de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental con respecto al trabajo, o sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y, 3) una sensación de ineficacia y falta de realización. El síndrome de desgaste ocupacional se refiere específicamente a los fenómenos en el contexto laboral y no debe aplicarse para describir experiencias en otras áreas de la vida”.

En el teletrabajo, la presencia del síndrome de *burnout*, se debe a varios factores: la falta de pericia, para la utilización de TIC's (Almonacid & Calderón,

21 También, Guayasamín, Y. y Ramos, Y. (2020). Evaluación del estrés laboral en las condiciones del teletrabajo en una Institución Fiscal de enseñanza media en Manabí, Ecuador. Polo del Conocimiento, 5(7), 422-436. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1527>. De la misma forma, Rodas, M. y Naranjo, A. (2020). Nivel de estrés laboral en los profesores de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación ante la modalidad de Teletrabajo durante la emergencia sanitaria debido a la pandemia de COVID-19. [Tesis de Licenciatura, Universidad del Azuay]. Dspace de la Universidad del Azuay. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/10180/1/15810.pdf>.

2020)²²; la necesidad de una rápida adaptación al teletrabajo en el confinamiento causado por la pandemia de COVID-19 (Bravo et al., 2020); y, el conflicto entre las obligaciones familiares y labores (Barriga et al., 2021), entre otros.

4.2. Riesgos ergonómicos

La ergonomía, según la Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT es:

“El estudio sistemático de las personas en su entorno de trabajo con el fin de mejorar su situación laboral, sus condiciones de trabajo y las tareas que realizan. El objetivo es adquirir datos relevantes y fiables que sirvan de base para recomendar cambios en situaciones específicas y para desarrollar teorías, conceptos, directrices y procedimientos más generales que contribuyan a un continuo desarrollo de los conocimientos en el campo de la ergonomía” (1998).

Los riesgos ergonómicos también tienen una alta incidencia en el teletrabajo. Los teletrabajadores pasan horas frente a una computadora, lo que eleva el nivel de esfuerzo físico y postural, al estar sentados sin apenas moverse, para cumplir con sus labores exigidas, provocando la aparición de factores de riesgo musculoesqueléticos.

En relación con el teletrabajo, los factores de riesgo ergonómicos tienen que ver con las posturas de trabajo, la iluminación, ventilación y ambiente térmico y los movimientos repetidos el hogar, los muebles con los que se cuenta pueden no cumplir con los estándares de ergonomía, resultando ser inadecuados para jornadas de trabajo prolongadas. Por ello, los empleadores deben precisar los alcances y la importancia de contar con espacios ergonómicos en el teletrabajo, a fin de que los trabajadores también asuman responsabilidades en la prevención de riesgos (OIT, 2020).

22 También, Sobreviola, J. (2021). *El teletrabajo y la prevención de riesgos laborales*. [Trabajo de fin de grado, Universidad de Zaragoza]. ZAGUAN repositorio institucional de documentos. <https://zaguan.unizar.es/record/110183/files/TAZ-TFG-2021-3664.pdf>.

Un ambiente cómodo, contar con una buena silla, un escritorio amplio, una buena iluminación, y un internet óptimo harán la gran diferencia para el teletrabajador. La ergonomía laboral debe ser considerada por la empresa como una inversión y no como un gasto, porque tener buenas condiciones laborales para el teletrabajador, se traduce en mayor proactividad, eficiencia y productividad.

4.3. Riesgos físicos

Los riesgos físicos están relacionados con los riesgos ergonómicos; es decir, de no identificar correctamente los riesgos ergonómicos y sus soluciones, se pueden producir riesgos físicos, como son los, ya anteriormente mencionados TME (Trastornos musculoesqueléticos). Estos riesgos físicos se presentan a raíz de la presencia de agentes físicos que son utilizados habitualmente y que son capaces de causar daños en la salud y seguridad de los trabajadores (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo-INSST, s.f.).

Las principales repercusiones en la salud vinculadas con los riesgos físicos son: “la alteración del ciclo del sueño, aumento de peso, trastornos digestivos, dolores musculares, alteraciones en la circulación, entre otras” (Rappaccioli et al., 2021). En el mismo sentido, la OIT (2020) afirma que el comportamiento sedentario prolongado; es decir, trabajar en una misma posición durante largos períodos sin moverse, aumenta el riesgo de problemas de salud, incluidos los trastornos musculoesqueléticos (TME), la fatiga visual, la obesidad, las enfermedades cardíacas, entre otras afecciones.

Los trastornos músculo-esqueléticos afectan principalmente a algunas partes del aparato locomotor, principalmente a tendones, músculos, nervios y articulaciones, siendo originados por posturas incorrectas, mantener posturas estáticas frente a la pantalla.

Con respecto a la fatiga visual es principalmente consecuencia del incremento del uso de tecnología, la cual, se volvió el principal medio de comunicación entre el trabajador y el empleador. Y es que “la exposición excesiva a las computadoras trae como consecuencia disminución de la frecuencia de parpadeo debajo de 6-7 veces por minuto causando alta evaporación de las lágrimas y

bajo flujo lagrimal, explicando así la fatiga ocular y ojo seco” (Rappaccioli et al., 2021)²³.

La aparición del teletrabajo genera la necesidad de adaptar un ambiente del hogar del trabajador para que este cuente con las condiciones óptimas para el desarrollo de sus labores. Es decir, es necesario acondicionar una zona aislada dentro de la vivienda con modificaciones para evitar riesgos, un espacio amplio para guardar los equipos de trabajo, que se encuentren en un ambiente con una correcta iluminación, y con poco ruido. Además, es necesario tener la habitación ordenada para evitar caídas o golpes, esto incluye mantener ordenados los cables eléctricos, para evitar futuros accidentes, como son los incendios (Consejería de Empleo y Mujer, s.f.).

5. La necesidad de un marco normativo para la seguridad y salud en el teletrabajo

5.1. Experiencia internacional

En el año 2002, confederaciones europeas de trabajadores y empleadores, pertenecientes a los países de la Unión Europea, firmaron el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, con el objetivo de equilibrar las relaciones laborales, brindando mayor protección a los teletrabajadores. Se estableció que los empresarios son los llamados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones sobre seguridad y salud, e informar la política de la empresa en dicha materia, haciendo hincapié en la protección de riesgos físicos como consecuencia de la exposición a pantallas. Se precisó también el deber de colaboración por parte de los teletrabajadores, que deben cumplir con la correcta aplicación de estos lineamientos. En cuanto a la fiscalización, el acceso al domicilio de los teletrabajadores está sujeto a notificación y autorización previas. En el viejo continente, este acuerdo cobró

23 En el ámbito nacional, Iván Bermúdez, jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital Almenara de EsSalud (2021) señaló: “Hasta antes de la pandemia, las alteraciones visuales asociadas a ojo seco y fatiga ocular afectaban al 12.5% de los pacientes, pero a raíz del teletrabajo, estas molestias se han incrementado al 50%”.

especial importancia durante la pandemia de COVID-19, ya que permitió la rápida adaptación al teletrabajo y la promulgación de normas complementarias.

Si bien en este Acuerdo Marco de la UE, se encuentra la regulación general sobre seguridad y salud en el teletrabajo, las disposiciones específicas varían por país. Por ejemplo: los catálogos de riesgos son distintos, algunos Estados se centraron en regular la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales; específicamente, el procedimiento para la evaluación de riesgos es diferente; o, que los empleadores se encuentran constreñidos por el derecho a la intimidad (Caprile et al., 2021).

España, mediante Real Decreto-ley 8/2020 estableció diversas medidas urgentes para la contención de la pandemia, estableciendo el carácter prioritario del trabajo a distancia, respecto de otras modalidades. El 9 de julio de 2021, entró en vigor la Ley 10/2021, de trabajo a distancia. En esta ley, la prevención de riesgos laborales está contemplado en el artículo 15, conexo principalmente con la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y con el Real Decreto 39/1997, Reglamento de los Servicios de Prevención. Por su parte, el Instituto de Seguridad y Salud en el Trabajo, ha emitido notas técnicas de prevención (NTP), para la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo, siendo la más importante la NTP 1.165 de 2021.

A nivel latinoamericano, el gobierno chileno, en marzo de 2020 promulgó la ley 21.220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, introduciendo el capítulo IX en el título II del Libro I. El artículo 152 *quáter* M del Código de Trabajo referente a seguridad y salud en el teletrabajo, señala que las condiciones específicas son reglamentadas por el Decreto 18-2020 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Asimismo, la Superintendencia de Seguridad Social emitió la Circular N°3532 y el Oficio N°3049, con la finalidad de instruir en la aplicación del teletrabajo. Esta disposición chilena establece como obligaciones del empleador, comunicar al trabajador cuáles son las condiciones de seguridad y salud en el trabajo propias del puesto de trabajo. Para tales efectos, el empleador deberá elaborar una matriz que contendrá la identificación de peligros y la evaluación de riesgos²⁴. “Este instrumento deberá evaluar especialmente

24 Chile. Decreto 18-2020, Reglamento del artículo 152 *quáter* M del Código de Trabajo, artículo 4°.

los riesgos ergonómicos y ambientales del puesto de trabajo”²⁵. Sin perjuicio de ello, también se hará una evaluación de factores de riesgos psicosociales relacionados con esta modalidad. En función de la matriz, el empleador deberá “elaborar un programa de trabajo que contenga, al menos, las medidas preventivas y correctivas a implementar, su plazo de ejecución y las obligaciones que le asisten al trabajador en su implementación”²⁶.

Sobre la capacitación de los teletrabajadores, la norma chilena ha dispuesto que esta debe tener una duración mínima de 8 horas, y su contenido debe ser el siguiente:

- Factores de riesgo presentes en el lugar en que deben ejecutarse las labores.
- Efectos a la salud de la exposición a factores de riesgo en el que se debe considerar la información sobre enfermedades profesionales vinculadas a la modalidad de teletrabajo que se ejecute.
- Medidas preventivas para el control de los riesgos identificados y evaluados o inherentes a las tareas encomendadas, según si se trata, respectivamente, de un trabajador que presta servicios en un lugar previamente determinado o en un lugar libremente elegido por éste, tales como ergonómicos, organizacionales, uso correcto y mantenimiento de los dispositivos, equipos de trabajo y elementos de protección personal²⁷.

Relativo a las obligaciones del trabajador, es importante señalar que debe adoptar una conducta diligente, de manera que coadyuva a prevenir riesgos que lo puedan afectar personalmente, como a su entorno²⁸. Adicionalmente, dentro del reglamento interno de trabajo se debe prohibir al teletrabajador “ejecutar estas labores bajo los efectos del alcohol y del consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas ilícitas”²⁹.

25 Chile. Decreto 18-2020, artículo 5°.

26 Chile. Decreto 18-2020, artículo 6°.

27 Chile. Decreto 18-2020, artículo 9°.

28 Chile. Decreto 18-2020, artículo 6°.

29 Chile. Decreto 18-2020, artículo 10°.

En Argentina, el teletrabajo está regulado por la Ley 27.555, Régimen Legal del Contrato de teletrabajo, que modifica la Ley de Contrato de Trabajo. El artículo 14° de esta ley y su reglamento, señalan que la autoridad competente, la Superintendencia de Riesgo de Trabajo (SRT) será la encargada de dictar las normas relativas a la higiene y salud en el teletrabajo. Otro punto a tener en cuenta es que los sindicatos deberán intervenir en el cumplimiento de la normativa. También advierte que los accidentes acontecidos durante la jornada y en el lugar de ejecución del teletrabajo, se presumirán de carácter laboral.

Actualmente, no existe una resolución de la SRT; sin embargo, existe un antecedente, pues la misma autoridad dictó la Resolución 1552/2012. Esta norma dispuso, entre otras materias, que el empleador debía proveer de ciertas herramientas a los teletrabajadores como: “una silla ergonómica, un extintor portátil contra incendio, un botiquín de primeros auxilios, una almohadilla para ratón y un Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en Teletrabajo”³⁰. El manual daba pautas generales para la prevención de riesgos y accidentes de trabajo. Luego, en 2019, el Ministerio de Producción y Trabajo difundió el denominado Primer Libro Blanco de Teletrabajo.

En México, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial Federal, el día 11 de enero de 2021, fue reformado el artículo 311 y adicionado el capítulo XXII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de teletrabajo. En este capítulo, se establecen obligaciones especiales para los empleadores, como: entregar sillas ergonómicas, llevar un registro de las herramientas entregadas a los teletrabajadores para el cumplimiento de las normas de seguridad y salud.

En cuanto a las condiciones especiales de seguridad y salud, el artículo 330-J establece que serán desarrolladas en una Norma Oficial Mexicana, por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, no obstante, dicha norma debe “considerar a los factores ergonómicos, psicosociales, y otros riesgos que pudieran causar efectos adversos para la vida, integridad física o salud de las personas que se desempeñen en la modalidad de teletrabajo”³¹. Cabe señalar que la norma especializada se encuentra en etapa de anteproyecto, a cargo del Comité Consultivo de Normalización de Seguridad y Salud en el Trabajo, se espera que esté listo

30 Argentina. Resolución 1552/2012, SRT. Artículo 3°.

31 México. Ley Federal del Trabajo. Artículo 330-J.

para el mes de julio. En palabras de la secretaria de Trabajo y Previsión Social, María Alcalde Luján, la norma oficial tendrá como objetivo “establecer las condiciones de seguridad y salud en el trabajo para los lugares en donde las personas trabajadoras realizan Teletrabajo, a fin de prevenir riesgos a su salud y accidentes por el desempeño de sus labores en el territorio nacional” (Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México, 2022).

5.2. ¿Qué contenido debe tener la norma peruana sobre seguridad y salud en el teletrabajo?

A partir de las experiencias internacionales y de los principios y deberes fundamentales contemplados en la ley de seguridad y salud en el trabajo, es necesario establecer algunos elementos que permitan construir una norma aplicable al teletrabajo. Como ya se ha señalado previamente, se trata de prevenir los riesgos psicosociales, ergonómicos y físicos que, dada la especificidad de la prestación de servicios en el teletrabajo, tienen una incidencia distinta o mayor que en otros tipos de prestación de servicios. A ello, debe sumarse que la gestión de riesgos debe partir de considerar que el lugar de trabajo es el domicilio del trabajador o el lugar que se haya señalado para ello y que no se encuentra bajo el dominio directo del empleador.

Como se señaló ya, es fundamental contar con la participación de los trabajadores y sus representantes para la construcción de todo el sistema de seguridad y salud en el trabajo aplicable a los teletrabajadores; esto es, políticas, directivas, determinación de responsabilidades, mecanismos de comunicación, mecanismos de coordinación, mecanismos de fiscalización, entre otros.

El capítulo VI del dictamen del proyecto de ley de teletrabajo aprobado por el pleno del Congreso el día 10 junio de 2022 versa sobre la seguridad y salud en el teletrabajo. Forman parte de ese capítulo, las siguientes disposiciones: la identificación de peligros, evaluación de riesgos e implementación de las medidas correctivas que corren por cuenta de los empleadores. Se ha contemplado un mecanismo alternativo, el formulario de autoevaluación para la identificación de peligros y evaluación de riesgos, el cual será elaborado por la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. La aplicación de este formulario requiere del acuerdo previo entre empleador y

trabajador, y que este último cuente con la información necesaria para identificar los peligros y riesgos a los que se encuentra expuesto en el puesto de trabajo.

Ciertamente, lo dispuesto en este capítulo representa un avance respecto de la ley y reglamento de teletrabajo vigentes. No obstante, aún sigue resultando insuficiente. Ante las imprecisiones de la ley, el reglamento será la norma encargada de establecer las condiciones más específicas sobre la materia de análisis en el presente artículo. En tal sentido, teniendo en cuenta las experiencias internacionales antes mencionadas, se plantea que una norma sobre seguridad y salud para los teletrabajadores incluya el siguiente contenido:

- Análisis diagnóstico para la implementación del teletrabajo realizado por el empleador, especialmente enfocado en la disponibilidad de medios y recursos para teletrabajar y en la prevención de los riesgos laborales con la misma eficacia que la exigida para los que realizan labor presencial.
- No es posible que se pacte la realización de teletrabajo sin el diagnóstico inicial que evidencie la factibilidad de implementar la modalidad de teletrabajo en la empresa no solo desde el punto de vista técnico, sino también desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo, de la evaluación de los riesgos y la planificación de las medidas de prevención, con especial énfasis en “los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo” (INSST, 2021, p. 5).

Para ello, además debe tenerse claro si la prestación de servicios se hará desde el domicilio del trabajador (con carácter fijo) o si, más bien, el lugar de trabajo será rotativo, pues “la ubicación tiene un gran peso a la hora de diseñar el modelo preventivo de una empresa, en cuanto a la cuantía y localización de sus recursos especializados” (INSST, 2021, p. 4).

- En ese sentido, el Estado debe proveer al empleador de las herramientas técnicas y confiables que faciliten el trabajo de identificación de los riesgos laborales. En cautela del derecho a la intimidad y vida privada del teletrabajador, dada la peculiaridad de la prestación de servicios en el teletrabajo, debe formar parte de las condiciones de celebración del contrato, la autorización del trabajador para que el empleador pueda realizar *in situ* el proceso de identificación de riesgos, o a través de medios ligados a las

nuevas tecnologías que permitan obtener la información pertinente para la adopción de las medidas preventivas correspondientes (INSST, 2021).

- Por pacto expreso, es posible que el proceso de identificación de riesgos se realice a través de un formulario de coevaluación. En este caso, el empleador y el teletrabajador distribuirán su labor de identificación de los riesgos atendiendo a la mayor o menor entidad de estos. Solo procederá previa capacitación obligatoria a cargo del empleador. En el proceso de coevaluación, el teletrabajador actuará como fuente de información para la identificación de los riesgos de su puesto de trabajo.
- En todo caso, corresponderá al Ministerio de Trabajo preparar los formularios de identificación y evaluación de riesgos pertinentes que faciliten ese trabajo. Este instrumento deberá evaluar especialmente los riesgos ergonómicos, físicos y psicosociales relacionados con esta modalidad.
- Para los casos en los que los teletrabajadores realicen sus labores desde un lugar distinto a su domicilio o que cambie constantemente de lugar de trabajo, será de responsabilidad del trabajador -previa capacitación obligatoria del empleador- el proceso de identificación y evaluación de los riesgos laborales; teniendo en cuenta los estándares mínimos de seguridad y salud en el trabajo.
- Junto con la determinación de los puestos para teletrabajo y evaluado el riesgo que ellos representan, es necesario verificar la idoneidad de los candidatos ideales para teletrabajar. Esta cuestión es importante puesto que permitiría al empleador adoptar medidas adicionales relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo según las características personales o familiares del trabajador (trabajador con discapacidad o con familiares con discapacidad, trabajadora embarazada, trabajador con responsabilidades familiares, etc.). Dichas condiciones deben ser tomadas en cuenta al momento de identificar los riesgos y de establecer las medidas de prevención correspondientes.
- Identificados los riesgos, a través de alguna de las formas previamente mencionadas, surge el deber permanente de información por parte del empleador; de tal forma que cada teletrabajador conozca de manera indubitable y, por escrito, cuáles son los riesgos específicos que afectan a su puesto.

- El deber de información sustentará también la elaboración del programa o del plan empresarial que contemple las medidas preventivas y correctivas necesarias, las responsabilidades que corresponden tanto al empleador como al teletrabajador, los plazos de ejecución y los principales deberes del empleador y del teletrabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo. Aquí cobra protagonismo el deber de cooperación que también es exigible al teletrabajador. Este debe saber que es responsable de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y de participar en forma activa en la gestión de los riesgos.
- Se plantea la necesidad de realizar un examen médico ocupacional al inicio de las labores del teletrabajador para conocer su estado de salud y si cuenta con las condiciones o aptitudes necesarias para desarrollar el trabajo en esta modalidad. También, durante la vigencia del vínculo laboral, a fin de conocer los posibles problemas de salud que aquejan a los trabajadores, si guardan relación con la modalidad de teletrabajo y para adoptar las medidas necesarias que mitiguen los problemas generados. Al momento de la extinción del vínculo laboral o la reversión del teletrabajo, a fin de determinar la existencia de alguna enfermedad consecuencia de la modalidad de teletrabajo. Los exámenes médicos antes mencionados deben incidir en los riesgos psicosociales y los ergonómicos que son los que, principalmente, afectan a los teletrabajadores.
- Junto con la prevención de la salud evidenciada a través de los exámenes médicos ocupacionales y demás medidas preventivas mencionadas, corresponde al empleador el deber de capacitar a los teletrabajadores sobre los factores de riesgo, los efectos que aquellos producen en la salud de los trabajadores, incluyendo las posibles enfermedades profesionales que pudieran generarse, las medidas preventivas que pueden adoptarse para controlar o mitigar los riesgos ergonómicos, físicos y psicosociales, los procedimientos de comunicación interna vinculados a la prevención o atención de los riesgos o peligros que se presenten, promoción de la salud, etc.
- Téngase en cuenta que en el ámbito del teletrabajo:
 - “La formación sobre la “función” del personal cobra una especial importancia dada la participación que este último va a desempeñar

en el momento de recabar información (apoyo en la evaluación de riesgos) o a la hora de implantar las medidas preventivas correctoras básicas bajo las instrucciones de su servicio de prevención” (INSST, 2021, p. 6).

- Asimismo, la capacitación debe incluir los deberes y obligaciones que corresponden al teletrabajador en relación con la protección de su salud y seguridad en el trabajo. Es fundamental que el trabajador cuente con material formativo preciso, pertinente y de fácil entendimiento con la información más relevante sobre dicha cuestión.
- Como parte de las condiciones de trabajo que corresponden al teletrabajador debería incluirse el deber empresarial de proveer herramientas de trabajo que contribuyan a la prevención de los riesgos laborales, tales como una silla ergonómica, y cualquier otra que contribuya a la prevención de su seguridad o salud.
- Debe formar parte del acuerdo de teletrabajo, el ejercicio legítimo del poder de fiscalización por parte del empleador al inicio de la prestación de labores y durante la ejecución de las mismas. En ambos casos, en cumplimiento del deber de cooperación, se debe incluir la facultad del empleador para visitar el domicilio del teletrabajador o el lugar donde se desarrolla el teletrabajo, las ocasiones en las que esta se ejercerá y la delimitación del espacio en el que se concretará tal facultad empresarial (Poquet, 2018). A fin de analizar cualquier cuestión relacionada con el ejercicio de la facultad de fiscalización deberá tenerse en cuenta el principio de cooperación, la razonabilidad y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales del trabajador y de su entorno familiar.

6. Conclusiones

Es necesario establecer legislativamente, las líneas fundamentales que sustenten la elaboración de disposiciones sobre seguridad y salud en el teletrabajo. La especificidad de la forma de prestación de servicios sustentada en el uso de

las tecnologías de la información exige un análisis de los mayores y principales riesgos a los que están expuestos los teletrabajadores.

El contenido básico de dichas disposiciones deberá incluir, entre otros aspectos el análisis diagnóstico para la implementación del teletrabajo realizado por el empleador, especialmente enfocado en la prevención de los riesgos laborales. Siendo que el titular de la obligación es el empleador, corresponde también al trabajador colaborar de manera efectiva con su empleador en la identificación de los riesgos laborales y en las diversas acciones de prevención que se implementen empresarialmente; el deber de información pertinente, constante y eficaz, de tal forma que se garantice el conocimiento básico de las cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el teletrabajo; necesidad de incorporar el examen médico ocupacional, antes, durante y al finalizar la prestación bajo la modalidad de teletrabajo; el deber de capacitación; el reconocimiento legal del deber empresarial de proporcionar condiciones de trabajo mínimas que contribuyan a prevenir los riesgos laborales; la facultad de fiscalización de la forma más detallada posible para asegurar, por un lado, el cumplimiento del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, pero también para cautelar los derechos fundamentales del teletrabajador.

Siguiendo el mandato contenido en el artículo 4° de la Ley de seguridad y salud en el trabajo, es crucial que la política nacional de seguridad y salud en el trabajo; pero también las cuestiones concretas y específicas sean adoptadas a través del diálogo social. Es necesario involucrar entonces a los propios protagonistas de las relaciones laborales quienes, con mayor conocimiento de causa, serán capaces de aportar en cualquiera de las esferas de acción de la política nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Bibliografía

Alarcón, G. (2021). Riesgos ergonómicos y psicosociales en el teletrabajo, *Domini de las ciencias*, 7 (6), pp. 736-762.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8383719.pdf>

Almonacid, J. & Calderon, M. (2020). *Teleworking effect on job burnout of higher education administrative personnel in the Junín region, Perú*. [Tesis de

- Licenciatura, Universidad Continental]. Repositorio Institucional Continental. <https://hdl.handle.net/20.500.12394/8409>
- Arteaga, M. (2020). *Estrés en los trabajadores de la salud del distrito 10d01 durante la implementación del teletrabajo en medio de la pandemia covid-19* (Proyecto de Titulación asociado al Programa de Investigación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, Universidad Internacional SEK). <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3981/2/ARTICULO%20ELISA%20ARTEAGA.pdf>
- Ayala, C. (2022). La nueva regulación de trabajo a distancia no es la panacea. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LV, pp. 115-140.
- Barriga, H.; Campoverde, R.; Coello-Montecel, D.; Ochoa P. & Paredes. M. (2021). The Influence of Work–Family Conflict on Burnout during the COVID-19 Pandemic: The Effect of Teleworking Overload. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18(19). <http://dx.doi.org/10.3390/ijerph181910302>
- Bravo, N.; Mansilla, J. & Véliz A. (2020). *Teletrabajo y agobio laboral del profesorado en tiempos de COVID-19*. *Medisur*, 18(5), 998-1008. <http://www.medisur.sld.cu/index.php/medisur/article/view/4732/3304>
- Bueno, C. (2020). Teletrabajo y salud mental: Avances y desafíos más allá de la pandemia. OIT Santiago. https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_757609/lang-es/index.htm
- Caprile, M.; Sanz, P.; Munar, L. & European Agency for Safety and Health at Work (2021). *Regulating telework in a post-COVID-19 Europe*, Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2802/125499>.
- Carrasco- Mullons, R. (2021), Teletrabajo: ventajas y desventajas en las organizaciones y colaboradores, *Revista FAECO sapiens*, 4(2), pp. 1-9. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/221/2212240001/2212240001.pdf>
- Congreso de la República. (2022). Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N°1046/2021-CR y 1292/2021-CR, mediante el cual se propone, con texto sustitutorio, la “Ley de Teletrabajo”, p. 2. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2021/Ciencia/files/15sesionordinaria/ccit%5D_dictamen_pl1046_teletrabajo_v02.pdf

- Consejería de Empleo y Mujer. (s.f.). Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales. Recuperado el 8 de mayo de 2022 en: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM007978.pdf>
- Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A. EDITORA PERÚ. (2021). EsSalud: incrementan atenciones oftalmológicas debido al teletrabajo durante la pandemia. Noticias | Agencia Peruana de Noticias Andina. <https://andina.pe/agencia/noticia-essalud-incrementan-atenciones-oftalmologicas-debido-al-teletrabajo-durante-pandemia-843112.aspx>
- Gil-Monte, P. (2009). Algunas razones para considerar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus consecuencias en la salud pública. *Revista Española de Salud Pública*, 83(2), 169–173. <https://doi.org/10.1590/s1135-57272009000200003>.
- Gollac, M. (Coord.) (2011). *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser. Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé.* https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_SRPST_definitif_rectifie_11_05_10.pdf
- Griffiths, A.; Leka, S. & Cox, T. (2004). *La organización del trabajo y el estrés: estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales.* <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42756>.
- Guayasamín, Y. & Ramos, Y. (2020). Evaluación del estrés laboral en las condiciones del teletrabajo en una Institución Fiscal de enseñanza media en Manabí, Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 5(7), 422-436. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1527>
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo-INSST. (s. f.). Riesgos físicos - portal INSST - Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. <https://www.insst.es/materias/riesgos/riesgos-fisicos>
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo-INSST. (2021). Nota Técnica de Prevención, Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. <https://www.insst.es/documents/94886/0/NTP+1165+Teletrabajo%2C+criterios+par+su+integraci%C3%B3n+en+el+sistema+de+gesti%C3%B3n+de>

+la+SST+-+A%C3%B1o+2021.pdf/9958d5d0-50c6-1dbe-ddb8-b5a1b1eb4e2e?t=1635167755677

- Kalimo, R., El Batawi, M. & Cooper, C. (1988). *Los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud*. Organización Mundial de la Salud <https://apps.who.int/iris/handle/10665/37881>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022, enero). *Informe trimestral del mercado laboral situación del empleo - 2021 Trimestre III*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2714845/RET%20Diciembre-2021%20R.pdf>
- Molina, M. (2021). *Teletrabajo y los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores* [Tesis de Maestría, Universidad San Gregorio de Portoviejo]. Repositorio Institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social (2021). Prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. <https://oiss.org/wp-content/uploads/2019/06/EOSyS-18-PRL-en-el-teletrabajo.-doc.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo-OIT. (2020). El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica. Ginebra, OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf
- Organización Internacional del Trabajo-OIT. (1998). Capítulo 29 Ergonomía. Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo y Organización Mundial de la Salud. (1986). *Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención: informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo*, novena reunión, Ginebra; 18-24 de septiembre de 1984. Ginebra Oficina Internacional del Trabajo. <http://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (1974). *27a Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 7-23 de mayo de 1974: parte II: actas taquigráficas de las sesiones plenarias: actas resumidas e informes de las comisiones*. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/95325>
- Organización Mundial de la Salud. (2019). *Clasificación Internacional de Enfermedades para estadísticas de mortalidad y morbilidad. QD85 Síndrome*

- de desgaste ocupacional. (11a. ed.).* <https://icd.who.int/browse11/lm/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f129180281>
- Poquet, R. (2018). La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 8(1), 113–135. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2918
- Pujol-Cols, L. & Lazzaro, M. (2021). Ten Years of Research on Psychosocial Risks, Health, and Performance in Latin America: A comprehensive Systematic Review and Research Agenda. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 37(3). <https://doi.org/10.5093/jwop2021a18>
- Ramírez, E. & Chuquillanqui, O. (2016). El Teletrabajo en el Perú: Comentarios al Nuevo Marco Normativo. *Revista Derecho & Sociedad*, (46), 111-120. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18824>
- Rappaccioli, R.; Hernández, F. & Zamora, A. (2021). Repercusiones en la salud a causa del teletrabajo. *Revista Médica Sinergia*, 6(2), e641. <https://doi.org/10.31434/rms.v6i2.641>.
- Rodas, M. & Naranjo, A. (2020). *Nivel de estrés laboral en los profesores de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación ante la modalidad de Teletrabajo durante la emergencia sanitaria debido a la pandemia de COVID-19.* [Tesis de Licenciatura, Universidad del Azuay]. Dspace de la Universidad del Azuay. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/10180/1/15810.pdf>
- Sanguineti, A. (2013). *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas (diecisiete estudios)*, Grijley, Lima.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México. (2022). Presentación del anteproyecto de la NOM-037-STPS-2022 Teletrabajo - Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo. Boletín Electrónico-Trabajo Seguro. https://trabajoseguro.stps.gob.mx/bol098/vinculos/notas_1.html
- Sobreviela, J. (2021). *El teletrabajo y la prevención de riesgos laborales.* [Trabajo de fin de grado, Universidad de Zaragoza]. ZAGUAN repositorio institucional de documentos. <https://zaguan.unizar.es/record/110183/files/TAZ-TFG-2021-3664.pdf>
- Subjefatura de Comunicaciones e Imagen Institucional SERVIR. (2022). *Presidenta de SERVIR: El teletrabajo o el trabajo remoto apuestan*

por un trabajo por resultados. Plataforma digital única del Estado Peruano.
<https://www.gob.pe/institucion/servir/noticias/585172-presidenta-de-servir-el-teletrabajo-o-el-trabajo-remoto-apuestan-por-un-trabajo-por-resultados>

Cambio climático y su impacto en la salud de los trabajadores. Políticas públicas en el Perú¹

Climate change and its impact on workers' health. Public policies in Peru

Karla Canova Talledo²

Resumen. El cambio climático como otro los fenómenos que enfrenta el mundo resulta siendo lesivo a los derechos humanos, por ello, es relevante conocer el impacto que esto genera no solo en las economías sino en el mundo del trabajo en relación con los sistemas de gestión de seguridad y salud a fin de salvaguardar la salud de los de trabajadores de sectores especialmente vulnerables. En esta línea, el presente artículo presenta algunas nociones básicas, marco normativo internacional y nacional, políticas nacionales relacionadas, describe la incidencia que tiene este fenómeno en la salud de los trabajadores y plantea algunas reflexiones finales.

Abstract. Climate change, like other phenomena that the world faces, turns out to be harmful to human rights, therefore, it is relevant to know the impact that this generates not only in economies but also in the world of work in relation to OSH management systems in order to safeguard the health of workers in especially vulnerable sectors. In this line, this article presents some basic notions, international and national regulatory framework, related national

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 13 de junio de 2022.

2 Abogada por la Universidad de Lima. Magister en Occupational Safety and Health por la Universidad de Torino-Italia. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla-España. Directora del Programa de Seguridad, Salud y Bienestar de la Escuela de Post Grado de Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad de Lima. Ex Directora de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS) y de la Sociedad Peruana de Salud ocupacional (SOPESO). Co directora de la Secretaría Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamérica de Salud Ocupacional–ALSO 2021-2023. Código Orcid: 0000-0002-3951-8216. Correo electrónico: karlacanova@gmail.com.

policies, describes the incidence of this phenomenon in the health of workers and raises some final reflections.

Palabras claves. Cambio climático / Seguridad y salud laboral / Políticas nacionales / Riesgos / Trabajo

Keywords. Climate change / Occupational safety and health / National policies / Risks / Work

1. Introducción

En estos últimos años nos ha tocado atravesar una serie de desafíos para poder enfrentar la Pandemia por la aparición del SARVS COV. Este fenómeno ha evidenciado las debilidades de los diversos sistemas de seguridad social en los países de la región, así como ha generado emisión de diversas políticas públicas para poder enfrentarlo.

Ahora bien, otro fenómeno que está en curso y que no resulta menos importante, es el Cambio Climático, el cual, desde ya pone en riesgo las economías de los países y principalmente la salud de los trabajadores, motivo por el cual, desde la Organización Mundial de la Salud, se alerta que entre 2030 y 2050 el cambio climático causará unas 250 000 muertes más al año motivado principalmente a casos de malnutrición, malaria, diarrea y estrés por las olas de calor, lo que resulta importante atender desde las políticas nacionales considerando el impacto que tiene respecto de la vida de las personas.

Así, tenemos que cada 26 de marzo se conmemora el Día Mundial del Clima y la Adaptación al Cambio Climático, declarado en la Convención Marco de las Nacionales Unidas en 1992, para generar conciencia y sensibilizar a las personas a nivel mundial sobre la importancia e influencia del clima, así como el impacto del cambio climático sobre el hombre.

En esta línea, resulta importante conocer que viene ocurriendo en el Perú, respecto de este fenómeno y las medidas adoptadas. Según Naciones Unidas, el Perú es el tercer país más vulnerable frente al cambio climático en el mundo después de Honduras y Bangladesh (Sistema Nacional de Información Ambiental, 2015) debido a la repercusión de fenómenos hidrometereológicos relacionados

con el fenómeno de el niño que se ha incrementado más de seis veces desde 1997 al 2006 y eventos climáticos extremos como huaicos inundaciones heladas. Según el Ministerio del Ambiente, el Perú tendrá los efectos negativos, tales como: i) la pérdida del 22% de la superficie de nuestros glaciares en los últimos 30 años que a la vez son el 71% de los glaciares tropicales del mundo; ii) peligro de extinción de flora y fauna biodiversa en la Amazonía; iii) pérdida de los cultivos vulnerables al cambio climático como el maíz la papa y el arroz que forman parte de la canasta básica familiar peruana; iv) destrucción de la infraestructura vial, se estima que un 89% de la infraestructura vial en nuestro país es altamente vulnerable a los eventos climáticos; v) entre otros.

Es importante mencionar, que también se han expuesto cifras relevantes de las consecuencias del cambio climático en el Perú. Por ejemplo, se estima que el 22% de la superficie de los glaciares andinos se perderá y traerá consigo una disminución del agua potable de hasta en un 40%. Asimismo, la frecuencia e intensidad de climas extremos aumentará, al igual que la desertificación y la caída de la producción de cultivos básicos como la papa, el maíz y el arroz.

Por todo lo anterior, resulta relevante conocer sobre el Cambio Climático, las políticas adoptadas por el estado peruano, así como el impacto que tiene este fenómeno en la salud de los trabajadores.

2. Marco conceptual

Según Naciones Unidas, el cambio climático hace referencia a los cambios a largo plazo de las temperaturas y los patrones climáticos. Estos cambios pueden ser naturales, pero desde el siglo XIX, las actividades humanas han sido el principal motor del cambio climático, debido principalmente a la quema de combustibles fósiles, como el carbón, el petróleo y el gas, lo que produce gases que atrapan el calor (Acción por el clima, s.f.a).

En esta línea, las consecuencias de este fenómeno atienden a: Temperaturas elevadas, tormentas intensas, océanos que suben de nivel, pérdida de especies, escasez de alimentos aumento de la sequía, **incremento de los riesgos para la salud**, pobreza y desplazamiento forzado.

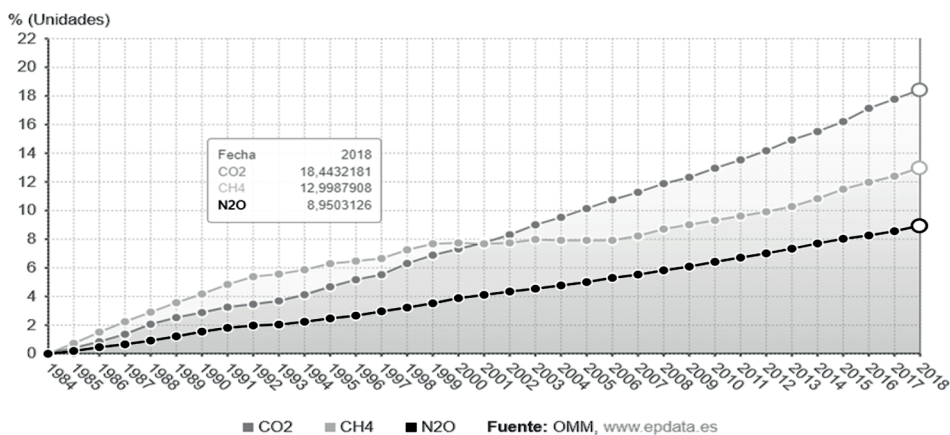
Es importante resaltar, lo referido a los riesgos para la salud, toda vez que resulta evidente que el impacto deviene también por la contaminación del aire, las enfermedades, los fenómenos meteorológicos extremos y las presiones sobre la salud mental ante las medidas que se adoptan y la aparición de nuevas formas de relación laboral. Asimismo, cada año, los factores medioambientales se cobran la vida de unos 13 millones de personas (Acción por el clima, s.f.b).

3. Cifras relevantes

Para poder dimensionar el real impacto del cambio climático es importante iniciar con presentar información relevante a las emisiones globales de CO2 procedentes de combustibles fósiles que juegan un rol relevante en el proceso de cambio. Así, de manera histórica encontramos:

Gráfico 1

Variación de las emisiones de gases de efecto invernadero respecto a 1984
 El CO2 ha aumentado un 18,4%; el metano, un 13% y el óxido nitroso, un 9%

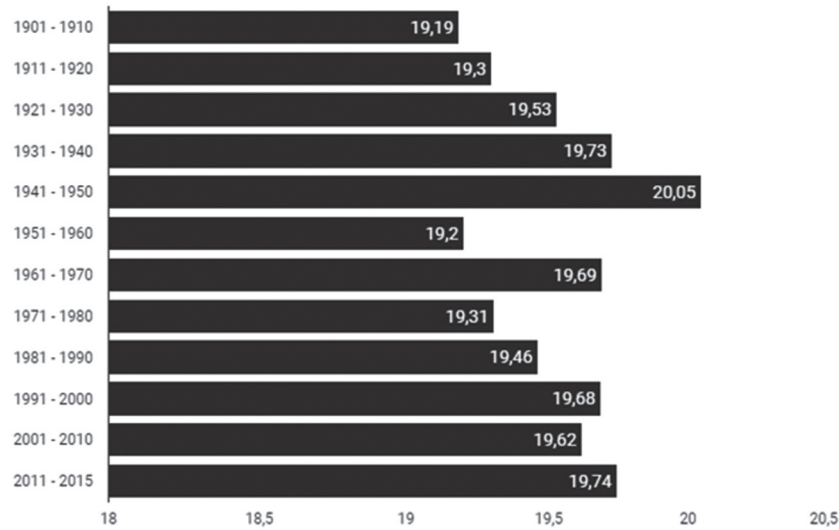


Del cuadro anterior, resulta evidente el crecimiento exponencial de las emisiones de gases con efecto invernadero a nivel mundial, lo que consecuentemente genera variaciones de factores meteorológicos. Otro indicador relevante, para evaluar el impacto del cambio climático, atiende a las emisiones de CO2 de combustibles fósiles, para lo cual encontramos lo siguiente:

Gráfico 3

Variación de temperatura en Perú por década

(Promedio en grados centígrados)



Fuente: Banco Mundial - http://sdwebx.worldbank.org/climateportal/index.cfm?page=country_historical_climate&ThisCCode=PER

Reiterar, que la variación de temperatura es **una de las consecuencias del cambio climático**, no debemos dejar de lado otros, como tormentas intensas, océanos que suben de nivel, pérdida de especies, escasez de alimentos, aumento de la sequía, incremento de los riesgos para la salud, pobreza y desplazamiento forzado que también vienen presentando cifras alarmantes materia de atención de las políticas nacionales para poder mitigar el impacto y consecuentemente, genera impacto en la salud de los trabajadores de los diversos sectores económicos.

4. Marco Normativo

El cambio climático tiene el potencial de tener un real impacto en los derechos humanos, consecuentemente, acrecentar las desigualdades sociales, problema que atraviesan todos los países. Así, encontramos que los grupos vulnerables como las personas de zonas rurales, personas con discapacidad, mujeres, migrantes y niños son los que mantienen un riesgo mayor que requieren ser atendidos

por las diversas políticas públicas que desarrollen los estados. Ahora bien, estando conscientes de los problemas que nos trae el cambio climático, se han desarrollado algunos acuerdos y convenios que resulta relevante presentar.

4.1. Marco normativo Internacional

a) Acuerdo de París

El 12 diciembre de 2015, en la COP21 de París, las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) alcanzaron un acuerdo histórico para combatir el cambio climático y acelerar e intensificar las acciones e inversiones necesarias para un futuro sostenible con bajas emisiones de carbono.

El acuerdo, puntualmente pretende llegar a cero emisiones netas de gases de efecto invernadero antes del año 2100. Con medidas de mitigación y adaptación, y bajo el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, este Acuerdo compromete a los países parte a mantener el aumento de temperatura debajo de 2°C, ambicionando la meta de 1.5°C.

En esta línea, mediante DS 058-2016-RE, durante el gobierno de Ollanta Humala se ratifica este acuerdo, convirtiéndose en el primer país de Hispanoamérica en ratificarlo (Ministerio de Ambiente, 2016).

b) Protocolo de Kyoto

El Protocolo de Kioto sobre el cambio climático es un acuerdo internacional de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y tiene por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global, que entre el 2008 y 2012 crecieron en un porcentaje aproximado de al menos 5% a nivel global en comparación a las emisiones al año 1990. El protocolo fue inicialmente adoptado el 11 de diciembre de 1997 en Kioto (Japón) y entró en vigor el 16 de febrero de 2005. Actualmente, hay 192 países que forman parte en el Protocolo de Kyoto.

La Convención **sólo vincula a los países desarrollados y les impone una carga más pesada en virtud del principio de “responsabilidad común pero**

diferenciada y capacidades respectivas”, porque reconoce que son los principales responsables de los actuales altos niveles de emisiones de GEI en la atmósfera (United Nations, s.f.).

4.2. Marco Normativo Nacional

a) Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Se reconocen la libertad de información, así como el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

b) Ley General de Ambiente (Ley No. 28611)

Esta ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país.

c) Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Ley No. 29664)

La ley crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd). Se define como un sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, procesos e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastre.

d) Política Nacional de Educación Ambiental (Decreto Supremo No 017-2012-ED)

Otro los instrumentos es la Política Nacional de Educación ambiental, la cual, busca desarrollar la educación y la cultura ambiental orientadas a la formación de una ciudadanía ambientalmente responsable y una sociedad sostenible, competitiva, inclusiva y con identidad.

e) Estrategia Nacional ante el Cambio Climático (Decreto Supremo N° ENCC-011-2015)

La Estrategia Nacional ante el Cambio Climático del Perú refleja el compromiso del Estado peruano de actuar frente al cambio climático de manera integrada, transversal y multisectorial, cumpliendo con los compromisos internacionales asumidos por el país ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y teniendo en cuenta de manera especial los esfuerzos de previsión y acción para adaptar los sistemas productivos, los servicios sociales y la población, ante los efectos del cambio climático.

f) Plan de acción en género y cambio climático (Decreto Supremo No 012-2016-MINAM)

El Plan de Acción en Género y Cambio Climático del Perú (PAGCC-Perú) marca un hito importante en la incorporación del enfoque de género en el proceso de planificación de políticas para hacer frente al cambio climático, con base en una economía competitiva, baja en carbono y resiliente al clima. El plan prioriza ocho áreas: bosques, recursos hídricos, seguridad alimentaria, energía, residuos, educación, salud y bienestar, y gestión del riesgo de desastre.

El referido documento, evidencia que las brechas de género entre hombres y mujeres acentúan la vulnerabilidad de las mujeres frente a los impactos del cambio climático, limitan su capacidad adaptativa frente a los riesgos que generan dichos cambios y no contribuyen a los esfuerzos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)³. A manera de ejemplo, tenemos que la

3 Reconociendo esta realidad, desde 2010, países como Nepal, Bangladesh, Liberia, Tanzania, Jordania, Egipto, Panamá, Costa Rica, Mozambique y Haití, así como los pertenecientes a los Estados Árabes y la

información estadística muestra que las mujeres peruanas, sobre todo en zonas rurales, tienen acceso restringido a los recursos como la propiedad sobre la tierra, al crédito, a la información, a la participación en espacios de decisión, a la tecnología, etc., lo que limita su capacidad adaptativa frente al cambio climático. Esta problemática es más evidente en las mujeres que viven en áreas rurales y las que pertenecen a los pueblos indígenas.

g) Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley No 30754)

Según lo dispone el Art. 1 de la Ley No 30754, la norma tiene por objeto establecer los principios, enfoques, disposiciones generales para coordinar, articular, diseñar, ejecutar, reportar, monitorear, evaluar y difundir las políticas públicas para la gestión integral, participativa y transparente de las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático, a fin de reducir la vulnerabilidad del país al cambio climático, aprovechar las oportunidades del crecimiento bajo en carbono y cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, con enfoque intergeneracional.

De la misma manera, dispone en su art. 5 que es el Ministerio del Ambiente la autoridad nacional en materia de política climática que establece, orienta, dirige, facilita, monitorea y promueve el cumplimiento de la gestión ante el cambio climático.

h) Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional del Ambiente al 2030 (No. 023-2021-MINAM)

La Política Nacional del Ambiente (PNA) impulsa el cuidado de la naturaleza y de los ecosistemas, así como de sus bienes y servicios, promoviendo acciones frente al cambio climático, la reducción de la deforestación y contaminación, y para fortalecer la gobernanza y la educación a fin de mejorar el desempeño ambiental del país. Se considera que el principal problema a resolver es la

península de Yucatán, han elaborado planes de acción en género y cambio climático, impulsando un nuevo paradigma de planificación y desarrollo.

disminución de los bienes y servicios que proveen los ecosistemas que afectan el desarrollo y sustentabilidad ambiental, y se espera que al 2030 permita al país disminuir el índice de fragilidad de los ecosistemas y haya mantenido el estado adecuado de la diversidad biológica. Según lo dispone la PNA, se pretende lo siguiente como situación futura deseada:

“Al 2030, el Perú ha disminuido el índice de fragilidad en menos del 4% y se mantuvo en 55% en el índice de biodiversidad y los bienes y servicios que los ecosistemas proveen en relación al 2020, lo cual contribuyó de manera efectiva a la gestión sostenible de la naturaleza, a la adopción de medidas frente al cambio climático, a la sostenibilidad ambiental y al desarrollo de las personas” (Ministerio del Ambiente, 2021).

i) Reglamento del Sistema Nacional de Información Ambiental (DS N.º 034-2021-MINAM)

Regula los alcances del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), estableciendo las disposiciones para la actuación del Ministerio del Ambiente (MINAM) y de las demás entidades de la administración pública que generan o posean información ambiental y los procesos para incorporar y publicar información a la Plataforma Digital del SINIA.

j) Decreto Supremo que declara de interés nacional la emergencia climática (Decreto Supremo No 003-2022-MINAM)

El referido dispositivo busca ejecutar con carácter de urgencia medidas para implementar la acción climática de acuerdo con lo establecido en las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional al año 2030, contribuyendo con el objetivo global de limitar el incremento de la temperatura y alineado con el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, reactivación económica, reducción de las brechas socioeconómicas y la reducción de los riesgos y la vulnerabilidad ante los efectos adversos del cambio climático. Precisa “líneas prioritarias” que se dividen en Gobernanza climática, Educación en cambio climático,

Monitoreo y seguimiento, Financiamiento climático, así como Derechos humanos y justicia climática.

k) Decreto Supremo No 006-2020-MINAM, que crea la Comisión de alto nivel de cambio climático fortalece la respuesta nacional de manera multisectorial y multinivel

Según lo descrito en la norma de la referencia, la Comisión de Alto Nivel tiene por objeto proponer las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático y a las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC), así como emitir el informe técnico sobre las NDC cada cinco (5) años, al punto focal ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), de acuerdo con los compromisos internacionales ratificados por el Perú.

4.3. Otras políticas nacionales relacionadas

Es importante presentar otras Políticas Nacionales que se integran para poder atender el problema del cambio climático en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. En esta línea, tenemos:

- Plan Estratégico de la Política Multisectorial de Salud al 2030, aprobado por el DS 016-2021-MINSA contempla dentro de su objetivo prioritario 2: “Asegurar los accesos integrales de salud y oportunos a la población”, para lo cual, tiene previsto la implementación de redes integradas de salud que faciliten el acceso acreditado, integral y de calidad, fortalecimiento de servicios de telesalud de zonas aisladas, articulación multisectorial efectiva para reducir exposición a sustancias químicas peligrosas y otros contaminantes ambientales.
- De la misma manera, esta política determina como objetivo prioritario 3: “Mejorar las condiciones de vida de la población que generen vulnerabilidad y riesgos en la salud” y contempla dentro de sus lineamientos: 14.3 “Mejorar de manera sostenible los entornos laborales fortaleciendo la prevención, vigilancia y seguimiento de factores de riesgo para la

identificación temprana de daños a la salud por parte de los servicios de seguridad y salud en el trabajo para lo cual tiene previsto como acciones las de orientación y asistencia técnica para la adopción de medidas de seguridad y salud en el trabajo implementados y evaluados anualmente.

- Asimismo, mantiene otro lineamiento descrito en el numeral 16.1 que dispone: “Implementar progresivamente la gestión integral del cambio climático en beneficio de la salud pública con participación comunitaria”, para lo cual invoca la intervención de los sectores en los tres niveles de gobierno en el marco de la Ley Sobre Cambio Climático No 30754 y su respectivo reglamento atendiendo a los compromisos asumidos con las organizaciones internacionales. Asimismo, detalla el desarrollo de estudios e investigaciones que generen conocimiento para la oportuna y adecuada toma de decisiones. Precisas que como acción estratégica desarrollada en la política se dispone el monitoreo continuo de calidad de aires en donde existan estaciones de calidad de aire por SENAMHI, así como la vigilancia epidemiológica e investigación en relación con exposición a metales pesados y salud en las ciudades de más alta contaminación.
- Como se observa desde la Política Multisectorial de Salud al 2030, se tienen importantes lineamientos que contribuyen con la mitigación del impacto de fenómenos como el cambio climático, sin embargo, el compromiso del gobierno por atenderlos también juega un rol fundamental, más aún, cuando existen requerimientos presupuestales, y además exigen la participación de funcionarios y profesionales especializados para poder cumplir con los objetivos propuestos.
- Política Nacional de seguridad y Salud en el Trabajo, aprobada por el DS 018-2021-MTPE contempla en su Objetivo Prioritario 4: “Mejora de condiciones de seguridad y salud en el entorno laboral de los trabajadores como lineamiento para garantizar un marco normativo y actualizado para la prevención de riesgos emergentes derivados de la innovación tecnológica, fenómenos migratorios, **cambio climático**, nuevas modalidades de trabajo”. Sobre este particular punto, se requiere que, desde los entes rectores, esto es, Ministerio de Salud y Ministerio de trabajo, se diseñen políticas públicas que permitan que los empleadores tanto del sector formal como del sector informal promuevan que los sistemas de

gestión incorporen dentro de la evaluación de los riesgos asociados el componente de cambio climático. Se requiere una real participación del estado para la sensibilización y capacitación de empleadores, supervisores, miembros del Comité de seguridad y salud, así como la participación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL y SERVIR en cumplimiento de su rol de orientación.

5. Cambio Climático y su impacto en la salud de los trabajadores

A lo largo del presente artículo se advierte que el cambio climático resulta siendo una amenaza para la salud de las personas, la cual incluye, la salud mental. Este fenómeno, trae consigo aspectos, que, desde una perspectiva jurídica, los estados deben atender de manera prioritaria, considerando los derechos humanos que se ponen en riesgo como son la vida, la seguridad, el derecho a la alimentación, el derecho a la subsistencia y con especial énfasis, **el derecho a la salud**.

Por ello, resulta importante que el estado, a través de sus órganos competentes, adopten políticas eficientes para la atender a la salud de estos trabajadores especialmente vulnerables al cambio climático, ya sea, por la naturaleza de las labores que realizan o por el nivel de criticidad de los peligros ocupacionales existente que, a su vez, podrían generar nuevos riesgos. Asimismo, resulta fundamental que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo diseñados en el marco de la Ley No 29783 y su reglamento incorporen, desde una **perspectiva técnica**, el componente relativo a los riesgos asociados y problemas emergentes generados por cambio climático.

Es importante considerar, que las actividades con mayor exposición según la literatura atienden a las que se realizan al aire libre como son: agrícola y ganadero, pesca, construcción, turismo, pesca, servicios de limpieza, bomberos, personal de las fuerzas armadas y trabajadores del sector comercio que realizan actividades al aire libre.

De la misma manera, resulta relevante que los empleadores entiendan los impactos del cambio climático, y puedan así adoptar medidas oportunas en los puestos y entornos de trabajo. A manera de ejemplo, el empleador podría incluir

capacitaciones y entrenamientos sobre riesgos relacionados a cambio climático, adecuación de las medidas de control ante la aparición de nuevos peligros como incremento de temperaturas, sequías, aparición de plagas⁴, entre otros relacionados al cambio climático.

Comoquiera que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo mantienen un nuevo desafío, los profesionales en la materia deberán mantener actualizada la información sobre la evolución del cambio climático para adelantarse en la adopción de medidas de control en el marco de la Ley No 29783. Desde ya, se advierten, disminución de las lluvias, temperaturas máximas, virulencia de los parásitos, deslizamientos de tierra en zonas de montaña, riesgo de incendios, aumento de contaminación del aire relacionadas con las partículas y el ozono troposférico, contagio de enfermedades subtropicales, entre otros.

En esta línea, los aspectos de seguridad y la vigilancia de la salud de los trabajadores serán de especial relevancia, considerando que también se tendrán, patologías respiratorias agudas y crónicas a causa del aumento de la contaminación, dermatitis, toxicidad, cáncer de piel (mayor exposición a rayos UV), golpes de calor y otras manifestaciones dermatológicas producidas por la exposición a altas temperaturas, entre otros.

Finalmente, debemos considerar la situación de los trabajadores migrantes que se desarrollan principalmente en el **sector informal**, para lo cual los efectos que tendrán sobre su salud con motivo del cambio climático pueden ser de mayor complejidad, considerando no solo su nivel de exposición sino por las condiciones derivadas de la vivienda y recursos de ventilación insuficiente.

6. Conclusiones

- El cambio climático resulta siendo una amenaza para la salud de las personas, la cual incluye, la salud mental, para lo cual se requiere adoptar políticas eficientes para la atender a la salud de estos trabajadores especialmente vulnerables al cambio climático, ya sea, por la naturaleza de las

⁴ Se advierte el incremento de plagas y aparición de insectos, en zonas donde nunca existían, con motivo del cambio climático.

labores que realizan o por el nivel de criticidad de los peligros ocupacionales existente que, a su vez, podrían generar nuevos riesgos.

- Resulta fundamental que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo diseñados en el marco de la Ley No 29783 y su reglamento incorporen, desde una **perspectiva técnica**, el componente relativo a los riesgos asociados y problemas emergentes generados por cambio climático.
- Resulta relevante que los empleadores entiendan los impactos del cambio climático, y puedan así adoptar medidas oportunas en los puestos y entornos de trabajo. El empleador podría incluir capacitaciones y entrenamientos sobre riesgos relacionados a cambio climático y adecuación de las medidas de control ante la aparición de nuevos peligros.
- La intervención del estado para mejorar la oferta formativa de profesionales afines a la seguridad y salud en el trabajo resulta fundamental para atender las necesidades que enfrenta el mercado de trabajo motivado por el cambio climático.
- El diseño de políticas públicas inclusivas que comprendan a los trabajadores migrantes, mujeres, adultos mayores y niños en edad de trabajar dentro del sector informal, si bien representa un reto, debe ser atendido en forma prioritaria considerando los cambios generados por el estado de pandemia donde la información a incrementando.
- Continuar con los avances de referidos a la “Universalización de riesgos laborales”, también juega un rol fundamental, si bien, en el Perú, hemos dado un primer paso con el DS 008-2022-SA aún falta mucho más para que podamos atender de una manera integral la salud de los trabajadores dentro del sector formal e informal y consigamos una real protección social.
- Fomentar la investigación en zonas con más alto nivel de contaminación o actividades económicas con más alto nivel de exposición al cambio climático relativa a la salud de los trabajadores resulta siendo una acción que deberá adoptarse para mejorar las políticas públicas implementadas.
- Finalmente, atender el cambio climático, contribuye con los objetivos de desarrollo sostenible, en lo referido al Trabajo Decente, razón por la cual debe ser atendida de manera prioritaria por los estados.

Bibliografía

- ACCIÓN POR EL CLIMA. (s.f.a). ¿Qué es el cambio climático? Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change>
- ACCIÓN POR EL CLIMA. (s.f.b). Datos sobre la acción climática. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/climatechange/science/key-findings>
- BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. (2019). Efectos del cambio climático en la seguridad y el trabajo. Impacto en las actividades laborales y su entorno. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27839/1/Efectos_del_cambio_climatico_sobre_la_salud_y_el_trabajo.pdf
- CLIMA DE CAMBIOS. (s.f.). ¿En qué consiste el cambio climático? <https://www.pucp.edu.pe/climadecambios/sobre-clima-de-cambios/que-es-el-cambio-climatico/en-que-consiste-el-cambio-climaticos/>
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. (2015). Estrategia Nacional ante el cambio climático. <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2015/09/ENCC-FINAL-250915-web.pdf>
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. (2016). Perú ratifica el Acuerdo de París y consolida su liderazgo climático mundial. <https://www.minam.gob.pe/somoscop20/2016/07/22/peru-ratifica-el-acuerdo-de-paris-y-consolida-su-liderazgo-climatico-mundial/>
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. (2021). Política Nacional del Ambiente al 2030 (aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2021-MINAM). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2037169/POLITICA%20NACIONAL%20DEL%20AMBIENTE%20AL%202030.pdf.pdf?v=1627230844>
- OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO Y MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. (1998). Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales España. <https://www.insst.es/documents/94886/161958/Cap%C3%ADtulo+16.+Servicios+de+salud+en+el+trabajo>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO-OIT. (2010). Cambio Climático y Trabajo: La necesidad de una transición justa. <http://>

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_153353.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO-OIT. (2019). SEGURIDAD Y SALUD EN EL CENTRO DEL FUTURO DEL TRABAJO. Aprovechar 100 años de experiencia. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. (2010). Ambientes de Trabajo Saludables: un modelo para la acción Para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44317/9789243599311_spa.pdf;jsessionid=61B103CA630837801E95641DDE6CDC32?sequence=1

Lanegra, I. (2021). Política ambiental y del cambio Climático. <https://cies.org.pe/es/investigaciones/elecciones-generales-2021/politica-ambiental-y-del-cambio-climatico>

MINISTERIO DE SALUD. (2021). Plan estratégico multisectorial al 2030 de la política nacional multisectorial de salud “Perú, país saludable” (aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2021-SA). <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/2002900-016-2021-sa>

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. (2021). Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 018-2021-TR). <https://www.gob.pe/institucion/mtppe/normas-legales/2040029-018-2021-tr>

SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL. (2015). La Libertad: ¿Por qué el Perú es el tercer país más vulnerable al cambio climático? Ministerio del Ambiente. <https://sinia.minam.gob.pe/contenido/libertad-porque-peru-tercer-pais-mas-vulnerable-cambio-climatico>

UNITED NATIONS. (s.f.) ¿Qué es el Protocolo de Kyoto? https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

Uso de las tecnologías de la comunicación en las relaciones de trabajo y su impacto durante y después pandemia¹

Use of communication technologies in work relationships and their impact during and after pandemics

Karla Zuta Palacios²

Resumen. A través del presente artículo, la autora realiza una reseña de las principales normas que regulan el uso de tecnologías de la información para la comunicación en las relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectivo, su uso durante la pandemia y su posible trascendencia después de la emergencia sanitaria.

Abstract. Through the hereby article, the author reviews the main standards that regulate the usage of communication information within workplace relationships; on an individual and collective level. And their use during the pandemic is possible after a sanitary emergency.

Palabras claves. Negociación Colectiva / Pandemia / Relaciones laborales / Tecnología / Derecho laboral

Keywords. Collective Bargaining / Pandemic / Labor Relations / Technology / Labor Law

1. Introducción

El 15 de marzo de 2020 muchas cosas cambiaron de manera irreversible, tanto para la población peruana de manera general, como en la forma en que todos nosotros estábamos acostumbrados a sobrellevar nuestras distintas rutinas:

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 4 de agosto de 2022.

2 Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Nacional de Trujillo. Asociada Senior del Estudio Benites, Vargas & Ugaz. Correo electrónico: kzuta@bv.u.pe.

nuestra manera de comprar, de acceder a distintos servicios, de comunicarnos, y por supuesto, de trabajar.

El estado de emergencia originado por la propagación del COVID-19 tuvo un indiscutible impacto en el ámbito laboral. De hecho, este ha sido uno de los aspectos ineludibles en las múltiples normas que se han emitido desde el inicio de la pandemia hasta hoy, pues las relaciones laborales requirieron una atención urgente, partiendo por la comunicación entre el empleador y sus trabajadores, quienes al inicio ya no contaron con la presencialidad y la posibilidad de intercambiar documentos en forma física con la misma fluidez a la que estaban habituados.

A través de las siguientes líneas realizaremos una rápida revisión de cuáles son los aspectos más relevantes relativos a la comunicación entre las partes en la relación laboral y cómo es que fueron impactados por esta nueva realidad a través de cambios y regulaciones que, muy probablemente, permanezcan más allá de la pandemia.

2. Implementación y uso de tecnologías de la comunicación para la documentación laboral cotidiana

En el año 2019 ya existían algunas normas dirigidas a que la comunicación entre el trabajador y el empleador sea menos burocrática en el ámbito de las obligaciones cotidianas, específicamente para el caso de la entrega de boletas de pago. El Decreto Supremo N° 001-98-TR que dicta normas reglamentarias relativas a obligación de los empleadores de llevar planillas de pago, estableció, a través de su artículo 19°, lo siguiente:

“Artículo 19.- La boleta de pago será entregada al trabajador a más tardar el tercer día hábil siguiente a la fecha de pago. El duplicado de la boleta de pago quedará en poder del empleador. En el caso que la entrega sea por medios físicos si el trabajador no supiera firmar, imprimirá su huella digital.

Si el empleador lo considera conveniente, la firma de la boleta por el trabajador será opcional. Alternativamente y, previo acuerdo con el trabaja-

dor, la entrega de la boleta de pago podrá efectuarse a través del empleo de tecnologías de la información y comunicación, tales como, Intranet, Correo Electrónico, u otros de similar naturaleza, siempre y cuando se deje debida constancia de su emisión por parte del empleador y se garantice su efectiva recepción por parte del trabajador.

En ambos casos, corresponderá al empleador la carga de la prueba respecto al pago de la remuneración y la entrega de la boleta de pago al trabajador”.

La redacción actual de este artículo se realizó a través de una modificación en julio de 2011 e incorporó el párrafo subrayado. Observamos pues que, originalmente, no se contemplaba la posibilidad de remitir las boletas haciendo uso de las tecnologías de la información, lo cual fue regulado de manera posterior, garantizando también que, al igual que la entrega física, su remisión virtual no implicaría la renuncia al derecho de realizar reclamos posteriores sobre algún posible reintegro.

Esta regulación generó un ligero cambio en la manera de trasladar información cotidiana e imprescindible a los trabajadores; sin embargo, fueron pocos los empleadores que optaron por este mecanismo. Las razones son varias, y una de las principales radica en la falta de confiabilidad en las bases de datos de direcciones electrónicas de los trabajadores, la posibilidad de acceso a sus correos electrónicos o el interés por revisar dicha información a través de un canal no tradicional. Estos motivos resultaban en que el cambio en la modalidad se apreciara como complicado y se postergara la implementación en la mayor parte de los centros de trabajo.

Algunos años después, en diciembre del año 2016, se emitió el Decreto Legislativo N° 1310, que aprobó diversas medidas de simplificación administrativa y por el cual se otorgó mayores facilidades para la comunicación e interacción entre las partes de la relación laboral. Esa norma trajo consigo dos avances concretos en este ámbito:

- En todo tipo de documentos laborales, el empleador puede sustituir su firma ológrafa y el sellado manual por su firma digital o su firma electrónica, emitida conforme a la Ley de Firmas y Certificados Digitales.

También puede hacer uso de microformas, conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo N° 681.

- Cuando el pago de las obligaciones laborales económicas se deposite en cuenta por medio de empresas del sistema financiero, el empleador puede sustituir la impresión y entrega física de las boletas o constancias de pago por la puesta a disposición al trabajador de dichos documentos mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación, siempre que el medio utilizado garantice la constancia de su emisión por parte del empleador y un adecuado y razonable acceso por parte del trabajador. En este supuesto no se requiere firma de recepción del trabajador.

Como observamos, a través de esta norma se implementó la posibilidad de hacer aún más eficiente el proceso de emisión y comunicación de documentos laborales, pues se otorga una solución ante dificultades en su suscripción por parte de la persona que ejerce la representatividad del empleador; por ejemplo, en el caso de viajes, de problemas de acceso para impresión o inclusive, por motivos de agenda que en ocasiones obstruye la pronta ejecución de tareas. Nótese la repercusión de esta posibilidad, que tiene alcance ya no solo en las boletas de pago, sino en toda clase de documentos laborales, lo cual implica normativa de gestión interna, memorandos de diversa índole, directivas concretas, certificados, medidas disciplinarias, aprobación de descansos médicos, de vacaciones, comunicaciones individuales y con las organizaciones sindicales, entre otras.

Bajo este contexto y con la declaración de la emergencia sanitaria propiciada por el COVID-19, el 09 de mayo de 2020 se publicó el Decreto Legislativo N° 1499, que estableció diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los trabajadores. Respecto al tema que venimos analizando y en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, este decreto autorizó a los empleadores y trabajadores a hacer uso de tecnologías de la digitalización, información y comunicación para la sustitución de documentos físicos y firmas ológrafas, así como para la emisión, remisión y conservación de documentos en materia laboral, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1310, antes analizado.

Como vemos, esta nueva norma amplió la posibilidad de hacer uso de tecnologías de la información, lo cual se encontraba restringido solo a las planillas,

boletas y a la suscripción digital por parte de los empleadores. El Decreto Legislativo N° 1499, permite que toda comunicación pueda a través de la tecnología y que sean tanto los empleadores como los trabajadores quienes se vean beneficiados por esta posibilidad.

La emisión de esta normativa significa un gran avance en la gestión de las relaciones de trabajo, pues éstas pueden ser más dinámicas y permite que diversas dificultades puedan ser superadas. Por ejemplo, en el caso de trabajadores destacados en zonas lejanas, podrán tomar conocimiento de la información de su interés en tiempo real. Asimismo, los empleadores generan menor consumo de papel, concentran procedimientos y pueden documentar de una manera más eficiente la abundante información que es emitida en forma cotidiana.

Sin duda, se trata de una disposición que mejora la calidad de la relación de trabajo en tanto implementa beneficios para ambas partes. Sin embargo, no debemos perder de vista que esta norma se emitió con el objeto de establecer medidas de protección en el marco de la Emergencia Sanitaria declarada a nivel nacional mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, el cual se encuentra aún vigente. Bajo este horizonte, es importante reflexionar sobre la importancia del alcance del Decreto Legislativo y la evolución que representa en relación a las normas previamente reseñadas, pues durante el periodo más extremo del aislamiento social como consecuencia de la pandemia, ha permitido garantizar la adecuada comunicación e intercambio eficiente de información entre los trabajadores y sus empleadores, superando así cualquier situación que, a manera de excusa, hubiera quebrantado las obligaciones mutuas de las partes contractuales.

Será entonces muy importante evaluar la posibilidad de que esta norma trascienda al solo estado emergencia sanitaria pues, como observaremos más adelante, su contenido tiene un impacto incluso más extenso del que hemos revisado hasta este momento.

3. Facilidades para la realización de la actividad sindical

De manera general, la actividad sindical consiste en el conjunto de actuaciones que pueden desarrollar los trabajadores y sus organizaciones con el fin de lograr una adecuada defensa de sus intereses (Sanguinetti, 1995). Esto involucra

acciones individuales y colectivas realizadas dentro del ámbito de la libertad sindical que está garantizada en el artículo 28º de nuestra Constitución Política y que, conforme nos detalla Villavicencio (2015), es el instrumento fundamental para que los trabajadores puedan defender y promover sus derechos en la empresa, en el sector y a nivel de toda la sociedad y cuyas principales manifestaciones son la sindicación, la negociación colectiva y la huelga.

Este derecho es desarrollado ampliamente en el Título II del Decreto Supremo N° 010-2003-TR - Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT). En dicha norma apreciamos que la libertad sindical implica el derecho a la constitución de organizaciones sindicales, a la libre afiliación, así como a la negociación y la representación en controversias de carácter individual y colectivo.

Asimismo, la LRCT y su Reglamento proporcionan una serie de mecanismos y procedimientos dirigidos a garantizar el regular ejercicio de la actividad sindical de los trabajadores.

Es en este ámbito que la pandemia ocasionada por el COVID -19 también representó un importante reto, pues el escenario que se generó requirió la indiscutible intervención de la representación sindical en distintas situaciones, entre las cuales destacaron como las más importantes y urgentes, la necesidad de realizar coordinaciones con el empleador dirigidas a salvaguardar la salud de los trabajadores, así como a garantizar la estabilidad laboral y la fuente de trabajo. Por tanto, resultaba imprescindible que la comunicación entre las organizaciones sindicales con sus afiliados y el empleador estuviera garantizada.

Bajo estas premisas, el Decreto Legislativo N° 1499 también previó la necesidad de otorgar facilidades para la realización de la actividad sindical, conforme apreciamos a continuación:

- Para la realización de actos propios de la actividad sindical, tales como la modificación de estatutos y la designación y cambio de integrantes de la junta directiva, la elección de delegados y la constitución de organizaciones sindicales, entre otros supuestos los trabajadores se encuentran facultados para emplear las tecnologías de información y comunicación, tales como grabación de audio y video, correo electrónico, aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros.

- Tratándose de actos propios de la actividad sindical que deben ser comunicados a la Autoridad Administrativa de Trabajo o que constituyen un requisito o condición de un procedimiento administrativo ante dicha autoridad, el acta que recoge la realización de dicho acto sindical puede ser reemplazada por una declaración jurada del secretario general o de quien se encuentre facultado según el estatuto de la organización sindical o de los delegados de los trabajadores, según corresponda, en la que conste los nombres, apellidos y el número de documento de identidad de los participantes en aquel acto, así como la adopción de la decisión correspondiente.

Como se denota de su redacción, el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1044 es enunciativo, por lo que el alcance de las facilidades otorgadas se extiende a todas las manifestaciones de la actividad sindical. Esto es de especial importancia, pues abre la oportunidad de que la comunicación a través de las tecnologías de la información no se supedita únicamente a los actos internos de la organización sindical, sino que estos puedan trascender a la comunicación con el empleador en distintas facetas y circunstancias, como las que detallaremos a continuación.

3.1. Aspectos transversales de las relaciones individuales

De manera particular, la pandemia ha significado muchos retos de urgente atención para los empleadores.

A partir de las distintas disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se generó la necesidad de adaptar el trabajo al contexto de aislamiento social, cuidando de manera muy especial la salud de los trabajadores y regulando su jornada de trabajo.

Ante esta realidad, la coordinación con las organizaciones sindicales fue esencial, pues las empresas pudieron conocer, con más eficiencia, la realidad de sus trabajadores, sus preocupaciones y también su disposición para ser parte de esta adaptación. De esta manera, el acercamiento y coordinación con los representantes, permitió dos acciones concretas: i) informar a los trabajadores, en forma asertiva, sobre las regulaciones que debían realizarse, por ejemplo, respecto a

los ajustes en los turnos, en los traslados, y en las medidas de seguridad sanitaria y ii) conocer la información necesaria para la toma de decisiones, sobre situaciones muy particulares de distintos trabajadores.

Este grado de comunicación ha sido posible gracias al contenido del Decreto Legislativo N° 1044, pues el uso del correo electrónico y de las videoconferencias ha permitido la fluidez y eficiencia en el intercambio de información, ya sea a través de textos o de reuniones a distancia. Ya en los últimos meses, estas modalidades han permitido también absolver dudas e inquietudes sobre aspectos relativos a la vacunación y la paulatina normalización de las actividades laborales.

3.2. Negociación colectiva

La negociación colectiva es un derecho fundamental, un mecanismo esencial del diálogo social, a través del cual los empleadores y sus organizaciones y los sindicatos pueden convenir salarios justos y condiciones de trabajo adecuadas; además, constituye la base del mantenimiento de buenas relaciones laborales (Organización Internacional del Trabajo OIT, s.f.).

El derecho fundamental a la negociación colectiva está reconocido en el artículo 28° de la Constitución Política, el cual señala también que es deber del Estado la promoción de la negociación colectiva y las formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La negociación colectiva suele implicar temas relacionados a mejoras remunerativas, al reconocimiento ante circunstancias especiales de trabajo, beneficios diversos para los trabajadores en relación con su formación, capacitación, y situaciones especiales, así como a las facilidades que el sindicato requiere para ejecutar adecuadamente las acciones dirigidas a sus objetivos. En general, se busca una mejora en las condiciones de tal manera que los centros de trabajo puedan funcionar con un ambiente laboral idóneo y en un contexto de armonía e igualdad.

El impacto de la negociación colectiva es de especial relevancia pues no solo se refleja en las condiciones de trabajo, sino que, a su vez, trasciende en los balances económicos de las empresas y en el cumplimiento de sus objetivos, garantizando su subsistencia, sin descuidar las necesidades de sus trabajadores.

Bajo estas premisas, la negociación directa, como su etapa más trascendente, ha sido tradicionalmente presencial, desde la instalación de las comisiones negociadoras, hasta la firma del acuerdo final, luego de –generalmente- varias reuniones entre las partes para la toma de acuerdos sobre los diversos puntos contenidos en el pliego de reclamos, en caso ello ocurriera. Todo aquello, de conformidad con el contenido del artículo 40° de la LRCT.

Sin embargo, la pandemia originada por el COVID-19, también generó un reto interesante en este ámbito por dos motivos:

- Las dificultades económicas que encontraron las empresas respecto a su funcionamiento, pues además del sometimiento a un proceso de reactivación, el reinicio de las labores y de la producción ha requerido una inversión especial en cuanto a medidas sanitarias, restricciones de acceso, cambios en los turnos de trabajo, entre otros. A ello debe agregarse el encarecimiento del consumo en diversos rubros productivos que generaron un desbalance en las ventas.
- Las dificultades para pactar reuniones presenciales en las primeras etapas de la emergencia sanitaria.

Ante esta situación, ha sido trascendente el contenido del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1044, que señala lo siguiente:

“Artículo 4.- Comunicaciones entre trabajadores y empleadores

4.1 Tratándose de las comunicaciones entre las organizaciones sindicales y empleadores/as tales como la comunicación de la nómina de junta directiva y los cambios que en ella se produzcan, la comunicación de la renuncia o expulsión de miembros del sindicato, la solicitud de retención de las cuotas sindicales, la presentación del pliego para el inicio de la negociación colectiva y la comunicación de servicios mínimos en caso de huelga, regulados en el literal d) del artículo 10, artículo 25, artículo 26, artículo 28, artículo 53 y artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, entre otros supuestos previstos en la referida norma y demás supuestos en que sea necesario, que no puedan realizarse por vías presenciales, las

partes emplean el correo electrónico, u otro medio de comunicación digital que acuerden, siempre que el medio utilizado garantice la constancia de la emisión de la comunicación y un adecuado y razonable acceso por parte del/de la destinatario/a. Las organizaciones sindicales y empleadores/as comunican a la otra parte la dirección electrónica correspondiente o el medio de comunicación digital elegido. Es responsabilidad de cada parte mantener el correo electrónico o medio de comunicación digital debidamente operativo y en funcionamiento”.

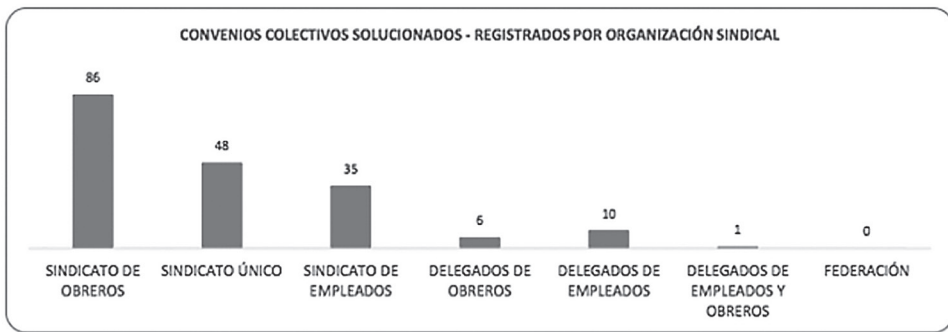
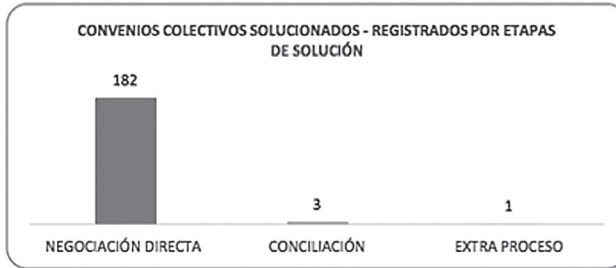
Se evidencia así, la redacción de otra norma acertada que fue emitida en el marco de la emergencia sanitaria, pero que ha denotado gran utilidad para la fluidez de las relaciones entre el empleador y sus organizaciones sindicales. De esta forma, se ha logrado que incluso durante la suspensión de actividades presenciales, pudiera iniciarse negociaciones colectivas, cuyas sesiones se han realizado, inclusive, de manera remota.

Debemos poner en relieve que el texto normativo hace especial hincapié en que el medio electrónico usado por las partes debe garantizar la constancia de la emisión de la comunicación y un adecuado y razonable acceso por parte del destinatario.

A través de esta práctica se ha conseguido que con respecto al año 2020, la negociación colectiva en nuestro país haya incrementado tanto en relación al ingreso de pliego de reclamos como en los convenios colectivos solucionados registrados a nivel nacional. Así lo evidencia el reporte estadístico de todas la direcciones, gerencias y zonas de trabajo y promoción del empleo.

Gráfico 1

Perú: convenios colectivos solucionados – registrados por etapas de solución, según organización sindical



Fuente: Informe “Negociaciones Colectivas en el Perú 2021” del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE.

A través del Informe “Negociaciones Colectivas en el Perú 2021”, desarrollado por el Ministerio de Trabajo, la entidad dio cuenta de haber registrado 429 pliegos de reclamos y 186 convenios colectivos. Es decir, 213 pliegos y 54 convenios colectivos más que en el año 2020. Agrega el informe que el registro de los convenios colectivos, en su mayoría, fueron solucionados en la etapa de negociación directa, representando el 97.84% con respecto al total; en la etapa de conciliación 3 convenios colectivos que corresponden al 1.61%, y uno en extra proceso a razón del 0.53%.

No obstante, remarca el Ministerio que aún se aprecia una tendencia del poco registro en la etapa de conciliación por ausencia del trabajo presencial a nivel nacional (MTPE, 2022, p. 6). Esto nos permite reflexionar sobre qué ocurriría si no se hubiera implementado las medidas de comunicación electrónica.

Es claro que la negociación colectiva hubiera sufrido una afectación aun mayor ante la inexistencia de alternativas.

Consideramos que la posibilidad de hacer uso de medios tecnológicos conforme al artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1044 debería permanecer como una alternativa extraordinaria para que las partes, previo acuerdo mutuo, puedan servirse de estos mecanismos en casos especiales, de tal forma que la negociación no sufra retrasos y pueda garantizar, sobre todo, a través del trato directo, la idónea asistencia de ambas partes, así como de sus asesores.

3.3. Negociación con impacto individual

Como hemos señalado, la actividad sindical trasciende a sus tres manifestaciones esenciales y permite también que la organización sindical vele por el interés individual de sus afiliados, por supuesto, siempre y cuando dicha facultad se encuentre habilitada.

Bajo este panorama, la emergencia sanitaria generó, la necesidad de emitir medidas para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores. Entre estas medidas, se habilitó la posibilidad de que los empleadores recurran a la suspensión perfecta de labores, previo cumplimiento de una serie de requisitos. Sin embargo, la suspensión perfecta sólo podía ejecutarse luego de agotar algunas medidas alternativas tales como la posibilidad de realizar trabajo remoto, el otorgamiento de vacaciones y la firma de convenios de reducción de jornada o de remuneraciones.

Para que estas medidas sean válidas, el Decreto Supremo 011-2020-TR, señala en su artículo 4.2. que, previamente a la adopción de las medidas alternativas que hemos señalado, el empleador debe informar a la organización sindical o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores elegidos o a los trabajadores afectados, los motivos para la adopción de dichas medidas a fin de entablar negociaciones que busquen satisfacer los intereses de ambas partes, dejándose constancia de la remisión de información y de la convocatoria a negociación.

En este punto, también ha sido esencial la posibilidad de recurrir a medios electrónicos de comunicación y hacer uso de las diversas tecnologías, pues a través de llamadas, videoconferencias o correos electrónicos, los trabajadores, sus organizaciones sindicales y los empleadores han podido sostener un contacto constante que ha permitido llegar a distintos acuerdos alternativos a la

suspensión perfecta de labores. Así, aun cuando se hubiera recurrido a la última opción, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha tenido también la posibilidad de contactar a los trabajadores afectados y a sus representantes a fin de validar si, en efecto, el empleador ha cumplido o no con todo el procedimiento y comunicaciones dispuestos en la norma pertinente.

Observamos así, nuevamente, la importancia de la normativa que permite la comunicación a todo nivel entre las partes de la relación laboral y que, además flexibiliza (con ciertas condiciones válidas) la manera en que intervienen los sujetos interesados en las diferentes vertientes de la actividad sindical. Esta es también una práctica que podría subsistir luego de los efectos de la declaración de la emergencia sanitaria, pues se ha verificado su eficiencia y, sobre todo, la facilidad que ofrece para que la relación de trabajo se desarrolle de una manera más proactiva e involucrando a los representantes de los trabajadores.

4. Conclusiones

Como hemos podido analizar, si bien, en nuestro país ya existían precedentes normativos dirigidos a explotar las tecnologías de la información para generar relaciones laborales más eficientes, el acogimiento de dichas normas era aún incipiente por dos motivos: **i)** su alcance limitado y **ii)** la resistencia de los usuarios a cambiar los mecanismos tradicionales.

Luego, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1044, se reforzó el contenido del Decreto Legislativo N° 1310 y, además, se implementó mayores facilidades, las cuales ya no se encontraba limitadas solo al empleador, sino a todos los intervinientes en la relación laboral.

Conforme puede apreciarse, existe una posibilidad muy alta de que estas normas trasciendan al estado de emergencia sanitaria y, probada su eficacia, sean parte de las relaciones de trabajo de aquí en adelante, junto con otras medidas tales como el trabajo a distancia y la mejora en los mecanismos de acceso a la tutela del Estado, manifestada a través del MTPE, de la SUNAFIL y del Poder Judicial en relación con las acciones que implementaron, tales como el acceso a través de mesas de partes virtuales, comparecencias y audiencias virtuales, firmas electrónicas, entre otras.

Este panorama es bastante alentador; sin embargo, debe venir acompañado de los mecanismos necesarios para que los usuarios de las herramientas tecnológicas de comunicación tengan un efectivo acceso y se garantice la efectividad y eficiencia de estos instrumentos. Así, por ejemplo, podría ser parte de las capacitaciones o inducciones, el correcto uso del correo electrónico, y podría regularse también la importancia de actualizar los contactos telefónicos y direcciones de correo electrónico, imponiéndose obligaciones tanto a los empleadores como a los trabajadores, tal como lo hacen la Autoridad Administrativa de Trabajo como el Poder Judicial con sus respectivas bases de datos.

Bajo estas circunstancias, será muy positivo el aporte que se ha logrado a través de las normas emitidas en pandemia que han sido analizadas y, por tanto, su permanencia, más allá del COVID-19 fortalecerá las dinámicas de las relaciones de trabajo.

Bibliografía

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE. (2022). “Negociaciones Colectivas en el Perú 2021”.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3355944/NEGOCIACIONES%202021.pdf>

Organización Internacional del Trabajo-OIT. (s.f.). Negociación colectiva y relaciones laborales.

<https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/languages/index.htm>

Sanguinetti, W. (1995). El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico-laboral español. Derecho & Sociedad.

<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/7792280.pdf>

Villavicencio, A. (2015). La Negociación Colectiva en el Perú. La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. Derecho PUCP.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/14435/15049>

Algunas consideraciones con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano¹

Some considerations with a view to strengthening the Peruvian labor inspection system

Manuel Gonzalo De Lama Laura²

Resumen. En el presente artículo, el autor analiza y propone algunas alternativas con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano. De esta manera, aborda la exclusión del procedimiento inspectivo de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo general, revisa algunos criterios del Comité de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL y, finalmente, analiza la no suspensión del procedimiento inspectivo en el caso de un proceso judicial vinculado.

Abstract. In this article, the author analyzes and proposes some alternatives with a view to strengthening the Peruvian labor inspection system. In this way, he discusses the exclusion of the inspection procedure from the application of the rules of the general administrative procedure, reviews some criteria of the Committee of the National Superintendence of Labor Inspection-SUNAFIL and, finally, analyzes the non-suspension of the inspection procedure in the case of a related judicial process.

Palabras claves. Fiscalización laboral / SUNAFIL / Tribunal de Fiscalización Laboral / Ley General de Inspección del Trabajo / Procedimiento Administrativo Sancionador

Keywords. Labor inspection / SUNAFIL / Labor Inspection Court / General Labor Inspection Law / Administrative Sanctions Procedure

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 4 de agosto del 2022.

2 Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Magíster en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con estudios avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca. Profesor universitario de Derecho del Trabajo a nivel de pre y posgrado.

1. Introducción

Desde antes del inicio de funciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, como Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo, el Estado peruano ha buscado fortalecer la labor que lleva a cabo dicho servicio público. No obstante, esta exploración ha enfatizado, no necesariamente de modo exclusivo, medidas relacionadas con la organización y estructura del Sistema. Son ejemplos claros de ello, la misma creación de la SUNAFIL y la dación de la Ley N° 30814, que han provocado, respectivamente, que los Gobiernos Regionales dejen de contar parcialmente con competencias inspectivas, hasta dejarlas temporalmente sin las mismas.

Esta orientación, que ha privilegiado medidas de orden estructural del Sistema de Inspección, sin embargo, ha significado que el procedimiento inspectivo (etapa de actuaciones inspectivas y procedimiento administrativo sancionador), no necesariamente se vea fortalecido en el mismo grado o magnitud. Así, por ejemplo, cuestión en la que profundizaremos más adelante, consideramos que la adecuación del procedimiento inspectivo a las reglas administrativas generales, dispuestas por mandato del Decreto Legislativo N° 1272, no ha sido una medida que coadyuve adecuadamente el desarrollo de dicho procedimiento.

En este trabajo abordaremos algunos aspectos que, en nuestra opinión, resultan trascendentales, aunque no los únicos, a fin de que la Inspección del Trabajo, en el marco de su propio procedimiento, pueda acometer de mejor forma su objetivo principal: velar por el cumplimiento efectivo de la normativa laboral cuya fiscalización tiene encargada.

2. La exclusión del procedimiento inspectivo de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo general

La emisión del Decreto Legislativo N° 1272 significó un cambio rotundo e impactó profundamente en el curso de los procedimientos administrativos especiales que algunas entidades públicas conducían. Fue el caso del procedimiento inspectivo. En efecto, a partir del mandato de adecuación dispuesto por aquel, el

Ministerio de Trabajo emitió una serie de decretos supremos que modificaron el RLGIT, a fin de lograr dicho ajuste y/o compatibilización.

El cambio del procedimiento inspectivo al cual nos referiremos de manera especial en esta ocasión, está relacionado con la introducción de una nueva fase al procedimiento administrativo sancionador y la posibilidad de proceder con un recurso administrativo adicional; se tratan de la fase instructora y el recurso de reconsideración, lo cual, a su vez, significó un aumento de las etapas, y, por ende, de duración de dicho procedimiento.

De esta manera, por un lado, y como parte de la fase instructora, el acta de infracción ya no es evaluada por una autoridad sancionadora, sino por una autoridad instructora que emite en un primer momento una imputación de cargos y, luego, ante la presentación de los correspondientes descargos por parte del sujeto inspeccionado, la expedición de un informe final de instrucción³.

Por su parte, en el caso del procedimiento recursivo, a cargo de la autoridad sancionadora, se incluyó la posibilidad de que el sujeto inspeccionado presente un recurso de reconsideración contra la resolución de primera instancia.

Ciertamente, la finalidad del Decreto Legislativo N° 1272 de incorporar una fase instructora en el seno del procedimiento administrativo sancionador, y de disponer la posibilidad del recurso de reconsideración, posibilita el ejercicio de defensa del administrado en más oportunidades y con ello refleja una normativa de más favorecimiento a este último.

En efecto, si antes cuando las normas administrativas generales eran de aplicación supletoria al procedimiento inspectivo, el empleador solo tenía dos oportunidades de defensa, mediante los descargos contra el acta de infracción y el recurso de apelación, actualmente podría tener hasta cinco (5) momentos para ejercitar este derecho: i) con los descargos contra la imputación de cargos; ii) con los descargos contra el informe final de instrucción; iii) con la interposición del recurso de reconsideración contra la resolución de primera instancia (optativo); iv) con la interposición del recurso de apelación contra la misma resolución; y, v)

3 Ello sin perjuicio de los supuestos de no instauración o archivamiento del PAS, según corresponda, que pueda disponer la autoridad instructora como producto de la evaluación del acta de infracción o de los descargos del sujeto inspeccionado respecto de la imputación de cargos, respectivamente. Sobre el particular, se sugiere revisar los acápite 7.1.2.2 y 7.1.2.6 de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2017-SUNAFIL/INII.

acudir con un recurso de revisión ante el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) cuando corresponda.

Sin perjuicio de que la introducción de todos estos nuevos mecanismos de defensa, en favor del empleador, buscan evidentemente mejorar su posición como tal en el marco de un procedimiento inspectivo, no estamos tan seguros si ello se condice o concuerda con el objetivo del Sistema de Inspección del Trabajo y de la Administración Pública en general, en su función de preservar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

En efecto, nos preguntamos si es estrictamente necesario que el administrado tenga hasta cinco (5) oportunidades de ejercicio de descargos y defensas, para garantizar su derecho al debido procedimiento, y que ello, justifique razonablemente la “demora” en la determinación de su responsabilidad administrativa, y, en conjunto con ello, la obtención menos expeditiva, en favor de los trabajadores involucrados, de una reparación del ordenamiento sociolaboral afectado y/o la obtención de recursos probatorios de dicho incumplimiento.

Dicho de otro modo, ¿guarda conformidad con ambos valores jurídicos y finalidades (cautela del derecho al debido procedimiento y vigilancia del ordenamiento sociolaboral) que se haya optado por incluir a la Inspección del Trabajo a dicha adecuación normativa, y no permitirle continuar con su “régimen especial”?

Es cierto que, al menos en teoría, la labor de la autoridad instructora consiste en la realización de las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final en un procedimiento administrativo (Guzmán, 2005, p. 298). Sin embargo, nos preguntamos si en realidad, en el caso de la Inspección del Trabajo, dicha labor es desarrollada por parte del personal inspectivo, durante la etapa de actuaciones inspectivas. En nuestra consideración, pareciera que en buena cuenta sí lo es; o, dicho de otra manera, nos da la impresión que la labor de instrucción, en el ámbito de la inspección del trabajo, la realiza con todas las bondades y desventajas que ello implica, el personal inspectivo mediante sus actuaciones de investigación.

Por otro lado, cabe tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar, corresponde hacer notar que esta etapa del procedimiento administrativo sancionador, ya estaba prevista en la original Ley N° 27444, aunque no pasaba lo mismo con

la actividad administrativa de fiscalización, la cual, recién se incorporó como una labor facultativa (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 30)⁴ y previa al procedimiento administrativo sancionador, mediante el Decreto Legislativo N° 1272. Es decir, la instrucción como fase del procedimiento administrativo general, resultaba estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, dado que, en su momento, no se había concebido como imprescindible una labor de fiscalización dirigida a desarrollar las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos.

En segundo lugar, cabe también llamar la atención sobre lo siguiente: previamente al mandato de adecuación, dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1272, el procedimiento inspectivo, considerado como un procedimiento especial, al cual, casi de manera residual se le aplicaban las normas administrativas generales, ya contemplaba lo que el actual TUO-LPAG considera como actividad administrativa de fiscalización⁵ (etapa de actuaciones inspectivas), como función previa, aunque necesaria, al procedimiento administrativo sancionador.

¿A dónde queremos llegar? Al respecto, creemos que si ya el procedimiento inspectivo, incluía, desde antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, una etapa de investigación de un posible incumplimiento de la normativa material sociolaboral, previa y necesaria para continuar, de corresponder, con el inicio de un PAS, en defecto de una labor de instrucción, no resultaba imperativo e imprescindible que el procedimiento inspectivo se adecuara a las modificaciones

4 En efecto, al respecto, el Ministerio de Justicia ha considerado que “la actividad administrativa de fiscalización no es un procedimiento administrativo y su ejecución por parte de la autoridad administrativa es de carácter facultativo esta no debe ser entendida como parte del procedimiento sancionador”.

5 Al respecto, puede revisarse la opinión del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, al indicar, en su Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, lo siguiente: “Tanto la actividad administrativa de fiscalización regulada en la LPAG, como las actuaciones inspectivas reguladas en la LGIT cumplirían un rol fiscalizador y preventivo del efectivo cumplimiento de los mandatos regulados en una norma y cuyo escenario se da con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. En ese sentido, esta Dirección General es de la opinión que, en la práctica la labor inspectiva que realiza el MTPE es la actividad regulada en el capítulo 1-A del Título IV de la LPAG (...) independientemente de la denominación con la que se identifique a la actividad administrativa de fiscalización, en los hechos, la actividad de inspección realizada por el MTPE viene siendo la actividad administrativa de fiscalización.”

dispuestas por aquel, con la inclusión de una nueva fase (instructora), dado que sus fines ya se cumplían con la labor de investigación del personal inspectivo.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, justamente, el diseño del procedimiento inspectivo, dispuesto por la LGIT, respondía a un mandato de “adecuación” del mismo a un Convenio internacional. Nos referimos al Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano en el año 1961, el cual, de acuerdo al artículo 1 de la LGIT, sirve como base normativa sobre la composición, estructura orgánica, facultades y competencias del Sistema de Inspección del Trabajo.

Justamente, en ese orden de ideas, poco tiempo después de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en un afán de evitar la adecuación del procedimiento inspectivo a las modificaciones de la Ley N° 27444, dispuestas por aquel, indicaba que la LGIT desarrolla en nuestra legislación interna el contenido del Convenio N° 81 de la OIT, es decir, regula la potestad del Estado de vigilar el cumplimiento de las normas socio laborales, así como las de exigir las responsabilidades administrativas que correspondan ante el incumplimiento de las mismas; y, que en ese sentido, se puede apreciar que concurren dos normas del mismo rango en la regulación del procedimiento administrativo inspectivo (la LGIT y la LPAG, modificada esta última por el Decreto Legislativo N° 1272), generándose con ello un aparente conflicto normativo, respecto de las cuales resultaba necesario determinar cuál es su relación para establecer su aplicación sobre la Inspección del Trabajo⁶.

Abundado en ese orden de ideas, el MTPE consideraba que, si bien es cierto el Decreto Legislativo N° 1272 es posterior a la LGIT, en aplicación del principio de especialidad, la norma que resulta aplicable para regular la inspección sería esta última, razonamiento con el cual coincidimos y que, ciertamente, es una postura que también ha esgrimido el Tribunal Constitucional (TC) en alguna oportunidad. En efecto, dicho colegiado ha indicado que, en los casos de conflictos normativos de este tipo, “la ley posterior general no deroga a la anterior especial”⁷.

6 Oficio N° 337-2017-MTPE.

7 Cfr. fundamento 54 de la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC.

3. La revisión de algunos criterios del Comité de la SUNAFIL

Si bien es cierto, el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) de la SUNAFIL fue creado con la Ley N° 29981, no fue sino a partir de fines de marzo de 2021 que dicho colegiado fue instalado e inició sus funciones. De esta manera, recién a partir de ese momento, aquel constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, y expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia, según lo indica el artículo 15 de la mencionada norma. Es decir, en suma, dicho Tribunal fue creado, y desde hace algún tiempo, instalado, a fin de generar predictibilidad y seguridad jurídica en el Sistema de Inspección del Trabajo.

No obstante, la SUNAFIL, mientras se instalaba el Tribunal, buscó no esperar mucho para cumplir con dicha finalidad, habiendo instalado desde el año 2017, grupos de trabajo y/o comités que emitieran criterios técnicos y/o legales⁸. De esta manera, dichos grupos y/o comités, hasta febrero de 2022, han emitido cincuenta y dos (52) criterios a ser observados por los integrantes del Sistema de Inspección del Trabajo.

Al respecto, queremos plantear dos cuestiones principales: i) en primer lugar, la vigencia de estos criterios, atendiendo a que el TFL ya inició funciones; y, ii) la revisión y/o análisis de algunos de los mismos.

Sobre el primer punto, la interrogante que surge casi espontáneamente es la siguiente: si la finalidad de la creación de estos grupos y/o comités (al menos de los dos primeros) era cumplir el mismo objetivo que se buscaba con la creación del TFL, aún no instalado hasta ese momento, ¿qué pasa con los criterios emitidos por aquellos, ahora que dicho colegiado ya se encuentra en funciones?

En efecto, si revisamos las Resoluciones de Superintendencia N° 167-2017-SUNAFIL y N° 061-2019-SUNAFIL, podemos apreciar que en ambas se expresa que la finalidad de dicho grupo o comité, respectivamente, consiste en analizar aquellos casos en los que existan criterios distintos en la aplicación

8 Ver Resoluciones de Superintendencia N° 167-2017-SUNAFIL, 061-2019-SUNAFIL y 96-2021-SUNAFIL.

de una misma norma o disposición legal por parte de las entidades con competencia resolutoria conformantes del Sistema de Inspección del Trabajo, a fin de que, **en tanto se constituya el Tribunal de Fiscalización Laboral**, se cuente con criterios uniformes sobre el sentido de la legislación que sea sometida a su conocimiento (resaltado nuestro).

Pues bien, si ahora el TFL ya se encuentra constituido, es natural preguntarse qué sucede con los criterios que, hasta ese momento, la SUNAFIL emitió mediante este grupo o comité. Al parecer, esta última entiende que aquellos se mantendrían vigentes, dado que inclusive días previos a la instalación del colegiado mencionado⁹, creó otro comité, aunque con un nombre distinto, sin que exista mayor diferencia sustancial, creemos, entre lo que hacían sus pares anteriores.

Por su parte, hemos podido identificar al respecto, que al menos para el TFL, los criterios de estos grupos y/o comités estarán vigentes, dependiendo del análisis que para cada caso concreto realice el colegiado. En efecto, por ejemplo, el TFL ha aplicado en algunas de sus resoluciones, algunos de los mismos.

Al respecto, tenemos que el TFL al emitir la Resolución N° 337-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, tomó en cuenta uno de los criterios aprobados mediante Resolución de Superintendencia N° 110- 2019- SUNAFIL:

“6.5. Cabe tener en cuenta, además, que mediante la Resolución de Superintendencia N° 110- 2019- SUNAFIL de fecha 15 de marzo de 2019, se han aprobado los criterios normativos adoptados por el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL”, donde se indica respecto al cómputo del plazo de prescripción lo siguiente: “(...) a efectos de determinar el *dies a quo*, es fundamental efectuar un análisis caso por caso para distinguir las diversas clases de infracción, para lo cual será necesario acudir a la norma que prevé la conducta infractora y examinar la acción o acciones concretas que se tipifican como ilícito administra-

9 La Resolución de Superintendencia s 096-2021-SUNAFIL, fue publicada el 17 de marzo de 2021, y crea el Comité para la emisión de criterios técnicos legales sobre la aplicación de la normativa sobre inspección del trabajo de la SUNAFIL.

tivo, para precisar en qué momento se consuma la infracción y se inicia el cómputo de la prescripción. 1) La infracción instantánea se consuma con la conducta misma, sin que la situación ilícita sea permanente o duradera en el tiempo. Por lo tanto, el plazo de prescripción empieza a computarse desde la consumación de la infracción, esto es, desde la realización de la conducta infractora. 2) La infracción instantánea con efectos permanentes es aquella que, si bien se consuma en el mismo acto, produce un estado de cosas antijurídico permanente. En este caso, el plazo de prescripción se inicia desde que se ha consumado la infracción, esto es, desde que se ha creado la situación antijurídica (...).”

Por su lado, en la Resolución N° 207-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, nuevamente resolvió un caso aplicando uno de los criterios del comité. Específicamente, en esta oportunidad, el TFL se refiere a uno de los aprobados mediante la Resolución de Superintendencia N° 035-2021-SUNAFIL:

“6.29. Dicho esto, corresponde precisar que resulta responsabilidad de la impugnante, como titular de un pliego presupuestario, priorizar las metas hacer atendidas en un determinado ejercicio fiscal, incluyendo en la fase de su programación presupuestaria, a las distintas obligaciones pecuniarias para con su personal.

6.30. Así también, es responsable de la distribución de su presupuesto público, aprobado en la ley correspondiente, para la atención de sus diversas necesidades y obligaciones; por lo que, mínimamente -dentro del plazo concedido- se debió acreditar la programación presupuestaria para cumplir con la debida incorporación del citado trabajador, en aras de actuar bajo el amparo de las normas presupuestarias que precisamente sujeta a las entidades de la Administración.

6.31. Tal postura la encontramos, en términos generales, en la Resolución de Superintendencia N° 035-2021-SUNAFIL de fecha 14 de enero de 202138, que aprobó los criterios normativos adoptados por el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL”, que es también aplicable, que refiere que “en el marco de las actuaciones

inspectivas a entidades públicas (...) la medida de requerimiento (...) se considerará cumplida si se constata lo siguiente: i) Que la entidad ha realizado las gestiones propias, que correspondan a su trámite interno y/o ante el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas presupuestarias respectivas, a fin de garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones (...).”

6.32. Por tanto, en el supuesto que el presupuesto de la impugnante se viese comprometido con anterioridad a la emisión de la medida de requerimiento, causado por el deterioro de su actividad comercial por la existencia del brote de la Covid-19, debió actuar bajo las normas presupuestales pertinentes para conceder oportunamente los vales de consumo para el periodo 2020, actuación que -a opinión de este Colegiado- se encuentra bajo su dominio.

6.33. En consecuencia, al no encontrarse acreditada la existencia de un evento irresistible respecto a la comisión de la infracción en materia de labor inspectiva, esta Sala desestima la aplicación de la causal de eximente de responsabilidad que refiere el TUO de la LPAG, por lo que, no cabe acoger el presente extremo del recurso de revisión”.

Finalmente, el TFL ha observado, en su Resolución N° 160-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, otro criterio del comité. En este caso, se trata de uno de los aprobados mediante Resolución de Superintendencia N° 061-2019-SUNAFIL:

“6.25. Respecto al último alegato expuesto, corresponde hacer mención que el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección de Trabajo”, creado mediante Resolución de Superintendencia N° 061-2019-SUNAFIL, publicó -mediante Resolución de Superintendencia N° 134-2019-SUNAFIL- un listado inicial de criterios, destacándose para el presente caso el Tema N° 02 – Aplicación del beneficio de reducción del 90% establecido en el numeral 17.3 del artículo 17 del RLGIT, la que para su correcta aplicación puntualiza lo siguiente: “(...) las sanciones por infracciones a la labor inspectiva previstas en los numerales 46.6 y 46.10 del artículo 46 del citado Reglamento, tendrá una reducción del 90% cuando

no se adviertan infracciones, o el sujeto inspeccionado acredite haber subsanado las mismas antes de la emisión del Acta de Infracción”.

6.26. Por lo tanto, previamente a la aplicación del presente beneficio, se debe comprobar la inexistencia de infracciones en materia sociolaboral, ya sea antes de la emisión del Acta de Infracción o, en su defecto, en el desarrollo del PAS”.

Por otro lado, el TFL también se ha pronunciado en alguna oportunidad, por lo menos, de forma distinta a la planteada por algún criterio del comité, cuando ha resuelto sobre la validez de jornadas atípicas que involucran un ciclo de trabajo mayor al de las tres (3) semanas en el marco del estado de emergencia por el Covid-19, aunque cabe precisar, no apartándose de manera expresa de aquel criterio.

Justamente, mediante la Resolución de Superintendencia N° 149-2021-SUNAFIL, el comité consideró que incurre en la infracción muy grave, tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, el empleador que incurra en cualquiera de las siguientes conductas:

1. Instaure o modifique jornadas atípicas cuyo promedio de horas laboradas exceda el límite máximo de cuarenta y ocho horas semanales; o,
5. El ciclo de la jornada atípica -que conjuga los días laborables con los días de descanso acumulado- es mayor de 3 semanas.

Al respecto, el comité precisa que este criterio se basa en lo regulado en el Convenio N° 01 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como por lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, cuyos fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 constituyen precedente vinculante.

Como podrá advertirse de la fecha de aprobación de este criterio (11.05.2021), el mismo fue aprobado en el marco del estado de emergencia por la Covid-19, es decir, dicho comité, aunque no lo manifieste expresamente, entiende que este criterio aplicaría para cualquier tipo de jornada acumulativa de

trabajo, inclusive las que se hayan diseñado en el marco del mencionado estado de emergencia.

No obstante, poco tiempo después (10.06.2021), el TFL emitió la Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, mediante la cual estableció que:

“(…) al haberse acreditado la existencia de un pacto específico entre la empresa y los trabajadores, para modificar temporalmente la jornada de trabajo para compensar los días de licencia con goce de haber, con horas de sobretiempo, así como para variar el régimen de jornadas atípicas, cambiando el sistema de 09 días de labor por 05 de descanso, por uno de 30 días de labor y 15 de descanso, se ha cumplido con lo previsto por la legislación, tanto en la forma como en el fondo, puesto que se justifican por la situación geográfica del centro de trabajo y la facultad que tenía el empleador para negociar la forma en que se compensarían los días no laborados, en el contexto de la pandemia del Covid-19 y la emergencia nacional sanitaria”.

Es decir, el TFL validó una jornada atípica que superaba el ciclo de 3 semanas, aunque atendiendo a que la misma fue pactada con la organización sindical más representativa, y se celebró en el marco de la situación de emergencia por la Covid-19. Inclusive, meses después, el TFL elevó este criterio a la calidad de precedente administrativo de observancia obligatoria, mediante la Resolución de Sala Plena 001-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala¹⁰.

10 Adicionalmente, el TFL precisa en dicho precedente lo siguiente:

“25. Durante el contexto de las medidas de restricción a que dé lugar la prevención del contagio por COVID-19, el Sistema de Inspección del Trabajo deberá analizar casuísticamente la concurrencia de los siguientes elementos, a fin de establecer si la modificación convencional de la jornada de trabajo acumulativa es legítima:

- a. El acuerdo deberá ser pactado con un sindicato que esté acreditado como organización representativa de la mayoría de los trabajadores afectados por la modificación;
- b. El acuerdo correspondiente deberá ser adoptado por un lapso determinado, siendo esta provisionalidad objeto del control preferente por los propios sujetos colectivos;

Entonces, todo indicaría que, si bien es cierto, el TFL no se aparta expresamente del mencionado criterio del comité, en los hechos, lo deja de lado y se orienta en un sentido distinto, al menos, en el caso de la implementación convenida de jornadas atípicas, en el marco del estado de emergencia por la Covid-19. O, dicho de otro modo, el TFL disiente de lo indicado por el comité, respecto de la puesta en práctica de este tipo de jornadas, en el contexto del aludido estado de emergencia.

Expuesto lo anterior, podemos concluir que los criterios del grupo y/o comité de la SUNAFIL, en principio se encuentran vigentes hasta que el TFL se aparte directa o indirectamente de los mismos, en la medida en que este último es el llamado, por mandato de la Ley N° 29981, a generar predictibilidad y seguridad jurídica al Sistema de Inspección del Trabajo.

Respecto al segundo punto que queríamos abordar en este apartado, creemos que el TFL, cuando corresponda, debería revisar algunos de los criterios emitidos por estos grupos y/o comités, dado que, en nuestra consideración, no son correctos de conformidad con el marco normativo vigente y la finalidad y funciones del Sistema de Inspección del Trabajo. En esta oportunidad solo nos referiremos a dos de ellos.

En primer lugar, nótese que uno de los criterios aprobados mediante la Resolución de Superintendencia N° 154-2019-SUNAFIL, expresa lo siguiente:

“Cuando el inspector actuante verifique que el sujeto inspeccionado cuenta con un registro de control de asistencia que no cumple con el contenido mínimo exigido en el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, propondrá multa por una infracción leve conforme al tipo previsto en el numeral 23.7

c. Se deberá considerar la naturaleza y características del centro de trabajo, con relación a sus elementos (lejanía respecto a lugares de residencia habitual de los trabajadores, riesgos existentes en dicho centro, entre otros);

La medida se deberá adoptar con sustento de seguridad y salud en el trabajo y articularse con ellas, con la validación de los órganos correspondientes en materia de prevención de riesgos y se deberá desplegar mecanismos compensatorios al desgaste físico y emocional. En este punto, deberá tomarse en cuenta las orientaciones del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros de la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, en el fundamento 15, recogida en el punto 19 del presente acuerdo de Sala Plena”.

del artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR”.

A fin de explicar adecuadamente nuestra postura sobre el particular, cabe partir de la revisión concordada de las disposiciones que recogía¹¹ la infracción relativa a no contar con el mencionado registro y el contenido mínimo del mismo:

Cuadro 1

Numerales 25.19 y 23.7 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR (RLGIT)	Artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR
<p>Artículo 25.- Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (...)</p> <p>25.19. No contar con el registro de control de asistencia, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.</p>	<p>El registro contiene la siguiente información mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nombre, denominación o razón social del empleador. - Número de Registro Único de Contribuyentes del empleador. - Nombre y número del documento obligatorio de identidad del trabajador. - Fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo. - Las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo.
<p>Artículo 23.- Son infracciones leves, los siguientes incumplimientos: (...)</p> <p>23.7. Cualquier otro incumplimiento que afecte obligaciones meramente formales o documentales, siempre que no esté tipificado como infracción grave.</p>	

Ciertamente, la infracción muy grave que se preveía en el numeral 25.19 del RLGIT, se refería a no contar con dicho registro, es decir, que el sujeto inspeccionado no lo tenga al momento de las actuaciones inspectivas. Por el contrario,

¹¹ Al respecto, una precisión necesaria para entender nuestra postura: a la fecha de emisión del criterio aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 154-2019-SUNAFIL, estaba vigente el texto del numeral 25.19 del artículo 25 del RLGIT que se presenta para el análisis. A la fecha, la infracción recogida en este precepto es distinta, y no deja dudas, justamente, de lo que pretende mostrarse con nuestra posición. El texto vigente de esta infracción es el siguiente: “25.19 No contar con el registro de control de asistencia, respecto de uno o más trabajadores, o que, teniéndolo, no contenga información mínima, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.”

si lo tuviera, en principio no se configuraría esta infracción. Entonces, a partir de tener este registro incompleto, surgía la problemática que procura solucionar el comité. En este caso, tenerlo pero no con la información mínima a la cual se refiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR.

No obstante, si revisamos la información mínima que requiere dicho registro, se advierte con claridad que los principales aspectos de esta información están orientados justamente a darle sentido a la regulación de esta obligación empresarial, la cual busca que tanto el empleador, el trabajador y las autoridades públicas, como la Inspección del Trabajo, por ejemplo, puedan identificar si un trabajador laboró en sobretiempo. En este sentido, cabe preguntarnos si es que contar con dicho registro, sin que en el mismo consten los datos relativos a la fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo y a las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo, es realmente igual a no tenerlo. O, dicho en otras palabras, ¿para qué sirve un registro de este tipo si es que no me brinda información sobre los momentos de ingreso y salida del trabajador? La respuesta, nos parece, es obvia: no serviría para nada, ciertamente.

En dicho orden de ideas, creemos que, si bien es cierto, el principio de tipicidad sirve como pauta para determinar si un incumplimiento normativo califica como infracción, no podemos perder de vista que, en ciertos casos, como este, la interpretación de aquel no puede llevarnos a vaciar o dejar sin sentido la finalidad que el legislador o reglamentador buscaban al regular una obligación sociolaboral.

Atendiendo a ello, no pareciera, en nuestra opinión, solo un incumplimiento que afecte obligaciones meramente formales o documentales, el hecho de que un registro de control de asistencia no cuente con la información sobre la hora de ingreso y de salida de los trabajadores, sino, por el contrario, consideramos que esta omisión resulta trascendental desde la finalidad que se busca al exigir contar con aquel. Sin perjuicio de lo indicado, ahora que el texto del numeral 25.19 del artículo 25 del RLGIT ha sido modificado, dichas dudas ya no deberían presentarse, aunque, reiteramos que, de todas formas, la infracción prevista en este precepto, previamente a la modificación mencionada, no podía ser interpretada como lo hizo en su momento el aludido Comité.

Por otro lado, cabe llamar la atención sobre el criterio aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 167-2019-SUNAFIL, sobre la indemnización y el descanso vacacional, el cual expresa que:

“El no goce del descanso efectivo vacacional, queda subsanado por el pago que sea realizado por el empleador de los conceptos a los que se refiere el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713”.

Al respecto, cabe hacer notar que los pagos comprendidos en dicho precepto son: i) la remuneración por el trabajo realizado en su oportunidad, ii) la remuneración vacacional por el descanso físico no gozado; y, iii) la indemnización por no disfrutar oportunamente el descanso vacacional. Como podrá advertirse, el criterio del comité implicaría que, si la Inspección del Trabajo verifica que un trabajador no gozó oportunamente su descanso vacacional, bastaría con observar que el empleador fiscalizado pagó a aquel los tres conceptos mencionados para considerar que no hubo incumplimiento de la obligación relativa a conceder el descanso vacacional oportuno, al cual se refiere la primera parte del referido artículo 23.

Ahora bien, en principio, una indemnización como la vacacional se configura por la no ejecución de la obligación del empleador de otorgar oportunamente este descanso, es decir, por provocar un daño, el cual sería en este caso, el no goce oportuno del descanso vacacional (como máximo dentro del año de haber adquirido el derecho a las vacaciones). Entonces, en consideración del comité, el pago de los conceptos comprendidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713, estaría sustituyendo en la práctica el goce del descanso vacacional, y, por ende, no resultaría necesario que este se concrete, inclusive, con posterioridad a la oportunidad correspondiente.

Sobre el particular, creemos que el comité se equivoca, dado que justamente la finalidad del descanso vacacional apunta a facilitar un período de tiempo de descanso para permitir la recuperación física y psíquica del trabajador, como que pueda disfrutar de períodos de ocio y esparcimiento (Gorelli, 2014, p. 61). Por lo que, si el pago de la indemnización vacacional, evita o reemplaza el otorgamiento, por lo menos inoportuno del descanso físico vacacional, el mencionado objetivo no se lograría.

Adicionalmente a ello, coincidiendo con el profesor Arce, queda claro que, si se interpreta el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713, conforme al resto de artículos del mismo, tenemos que aquél representa un equilibrio a los amplios poderes que estos últimos reconocen al empresario, por lo que el hecho de que el empleador pueda decidir unilateralmente el momento del disfrute del descanso físico vacacional del trabajador debe tener por fuerza un contrapeso a su incumplimiento. Ese equilibrio no puede ser otro que la imposición de una sanción por su comportamiento (la indemnización vacacional) (Arce, 2013, p. 505), ciertamente, sin perjuicio del goce, por lo menos inoportuno del descanso vacacional adquirido.

Asimismo, cabe poner en relieve que la Corte Suprema también es de esta posición, tal como lo ha dejado plasmado, por ejemplo, en la Casación N° 2049-2009-LIMA, de la siguiente manera:

“Octavo: Interpretando en contrario sensu esta norma, obliga al empleador a conceder al trabajador su descanso anual remunerado dentro del año siguiente a aquel en que adquiere el derecho a su goce sancionando tal incumplimiento además con el pago de una indemnización equivalente a remuneración por no haber disfrutado del descanso, es decir, aun cuando el empleador en forma posterior a dicho periodo otorgue en forma tardía el descanso vacacional ganado por el trabajador, esto no libera del pago de la indemnización reconocida, pues por su naturaleza constituye un modo de reparar la falta de descanso oportuno del trabajador luego de dos años de servicios ininterrumpidos; por lo que, habiéndose determinado en la instancia de mérito que el demandante hizo uso físico de vacaciones en forma extemporánea, le corresponde el pago de la indemnización aludida. Noveno: Al respecto, cabe precisar que la demandada señala como parte de sus argumentos de defensa que otorgó al actor el uso de sus vacaciones físicas de manera extemporánea, por ello, no le corresponde el pago de la indemnización vacacional que solicita en el petitorio de su demanda; sin embargo, cabe advertir que existe norma expresa como la anotada precedentemente, que frente a la evidencia de que el trabajador no disfrutó del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que adquiere el derecho, percibirá una indemnización equivalente a una remuneración por

no haber disfrutado del descanso, por lo tanto, dicha afirmación deviene en inconsistente, toda vez que, el empleador no puede sustentar su defensa *contra legem*, deviniendo en infundado este extremo del recurso”.

Por el momento, solo nos referiremos a estos dos criterios del comité, los cuales, en nuestra opinión, el TFL podría dejar sin efecto y/o inaplicarlos por resultar contrarios a la normativa sociolaboral que la Inspección del Trabajo. Ahora bien, ¿cómo se dejarían sin efecto tales criterios?: se nos ocurren dos caminos para ello. El primero, cuando se presente un caso concreto que llegue a conocimiento del TFL, y que suponga la aplicación de los mismos. En este caso, como ya se ha visto, el TFL simplemente podría no aplicar el criterio respectivo. La otra opción (creemos la más apropiada) es que, ante un caso concreto, se anime a expresamente dejar sin efecto el criterio, o lo haga mediante un precedente de observancia obligatoria o un acuerdo plenario.

Finalmente, solo un comentario adicional: habiéndose instalado el TFL, consideramos que no resulta conveniente que el Sistema de Inspección del Trabajo tenga en simultáneo más de un órgano o comité que se encargue de darle predictibilidad y seguridad jurídica a los administrados e interesados en un procedimiento inspectivo y sancionador. Ello, por el contrario, genera confusión e incertidumbre no solo en estos últimos, sino también en el personal inspectivo y las autoridades sancionadoras.

4. A vueltas con la no suspensión del procedimiento inspectivo en caso de proceso judicial vinculado

En una anterior oportunidad (De Lama, 2021) ya nos hemos referido a este punto, sosteniendo que si bien es cierto la normativa interna de la SUNAFIL sobre el particular¹² busca generar seguridad jurídica por parte de las vías que el Estado ha puesto a disposición de los ciudadanos para que el ordenamiento sociolaboral obtenga eficacia (inspección y proceso judicial), dicha intención podría “chocar” y/o afectar directamente los intereses legítimos de un denunciante de

12 Ver acápite 7.3 de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII, aprobada mediante Resolución de Superintendencia N° 216-2021-SUNAFIL.

adquirir medios probatorios o de reforzar los que ya tiene¹³, a fin de incorporarlos al proceso judicial iniciado en busca de una tutela por parte de la Judicatura¹⁴.

Asimismo, hemos indicado que en línea con nuestra postura, las actuaciones investigatorias de la inspección del trabajo no deberían archivarse, y que en todo caso, podría sustentarse que la suspensión referida se concretice en el supuesto que dichas actuaciones motiven el inicio del procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a que de esa forma, por un lado, el trabajador igualmente pueda obtener medios probatorios de carácter público que le permitan en conjunto con el restante material probatorio incorporado al proceso, procurarle generar convicción al juez laboral sobre su postura, impidiéndose, por el otro, que la inspección del trabajo prosiga con la determinación de la sanción administrativa propuesta por el inspector mediante dicha acta¹⁵ (atendiendo, a

13 Recordemos que de acuerdo con el artículo 16 de la LGIT, los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos, aunque, ciertamente, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

14 En efecto, piénsese en aquel trabajador que ha laborado o brindado sus servicios en la completa informalidad, situación que complicaría la aportación de medios probatorios en un eventual proceso laboral, y que acude a la inspección del trabajo, justamente, para que esta, a partir de su investigación, pueda brindarle los suficientes medios probatorios, que le permitan comparecer, con una adecuada aptitud de actuar pruebas, en un proceso laboral. Inclusive, en el caso de aquel, que habiendo acopiado medios probatorios para obtener una respuesta favorable de la Judicatura, requiere de la intervención de la inspección del trabajo para fortificar su material probatorio ante la eventual identificación de una infracción en su contra.

Al respecto, cabe caer en cuenta que, inclusive, el artículo 21 de la Ley N° 29497 permite que las partes puedan presentar, extraordinariamente, medios probatorios que se hayan obtenido con posterioridad a los actos postulatorios y hasta el momento previo a la actuación probatoria, lo cual puede darse cuando la inspección del trabajo ha emitido un acta de infracción luego de que el trabajador, eventualmente favorecido con la misma, haya presentado su demanda, la cual, ciertamente, será valorada por el juez, en conjunto con los demás medios probatorios presentados por las partes a fin de dar solución al conflicto puesto a su conocimiento.

Nótese que, inclusive, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2018, se ha concluido que, de manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo, fuera de las oportunidades previstas en el artículo 21 de la Ley N° 29497, como por ejemplo, en la vista de la causa correspondiente a la segunda instancia.

15 Sobre el particular, cabe recordar que el año 2017, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 1437/2016-PE, que plantea la inclusión, en la LGIT, del artículo 45-A, en los

que es en el marco del procedimiento administrativo sancionador que la inspección del trabajo finalmente determina que el sujeto inspeccionado ha vulnerado o no la normativa sociolaboral), evitando, de esa manera la posibilidad de que ambos instrumentos estatales de tutela de derechos laborales emitan decisiones disímiles.

Sobre el particular, cabe hacer notar también que hace unos meses, el TFL tuvo la oportunidad de referirse a este tema en algunas resoluciones¹⁶, y aunque la decisión mayoritaria (no unánime) que resolvieron los casos concretos, se decantaron por avalar la aludida normativa de la SUNAFIL, nos parece importante destacar los argumentos del voto en discordia (singular) planteado por el vocal, Luis Mendoza Legoas, quien expresa lo siguiente:

- El solo riesgo de que existan resoluciones discrepantes en uno y otro ámbito no es un asunto que debiera llevar a soluciones que hagan declinarla sin más. Así, una resolución judicial que resuelve en sentido distinto a lo determinado por un acta de infracción o una resolución del procedimiento administrativo sancionador puede ejercer plenamente su facultad de motivar tal decisión, lo que llevará a que las partes del litigio evalúen si tal motivación es satisfactoria de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido procedimiento.
- En semejante sentido, una resolución administrativa que considera los hechos sobre la base de una investigación que acredita fehacientemente una determinada situación, puede bien determinar las consecuencias ad-

siguientes términos:

“El procedimiento sancionador se suspende cuando el sujeto inspeccionado comunica a la Autoridad Inspectiva de Trabajo que, antes del inicio o durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, ha sido demandado en sede jurisdiccional por el incumplimiento de las mismas obligaciones, periodos y trabajadores comprendidos en el Acta de Infracción.

La Autoridad Inspectiva del Trabajo que suspende el procedimiento debe comunicar dicha decisión a la autoridad judicial que conoce el proceso judicial que motiva la suspensión”.

16 Ver votos en discordia (singulares) de la Resolución N° 071-2021- Sunafil/TFL-Primera Sala (del 8 de julio del 2021), Resolución N° 144-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 27 de julio del 2021), Resolución N° 662-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 13 de diciembre del 2021), Resolución N.° 075-2022-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 25 de enero de 2022).

ministrativas sancionadoras (la imposición de la pena de multa) con una motivación que garantice el debido procedimiento administrativo del sujeto inspeccionado o administrado. Si esa parte deseara cuestionar tal decisión de la Autoridad —por ejemplo, por tener sentido opuesto a lo resuelto en un proceso laboral— tendrá expedito el proceso contencioso administrativo para que se efectúe el control judicial, sobre lo establecido en el respectivo procedimiento administrativo.

- El artículo 75º del TUO de la LPAG, no resulta invocable en vista de que no se está ante procedimientos que contemplen a dos administrados —análogos al “demandante” y “demandada” del proceso judicial—, ni se ha definido una condicionalidad para la emisión de una resolución en el orden administrativo. Además, no debe olvidarse que el propio artículo 75.2 del TUO de la LPAG demanda que la autoridad competente evalúe su competencia a la luz del principio de *non bis in ídem*. No es un asunto menor, pues ello preserva el adecuado ejercicio del deber de motivación de parte del servidor actuante (inspector, instructor o autoridad del procedimiento sancionador) a fin de valorar la triple identidad a la que dicho principio se refiere.
- En materia de coincidencias entre el ejercicio de competencias entre la jurisdicción y la administración pública, sirve tener como criterio rector a lo resuelto en el ámbito penal, en el que la Corte Suprema de la República, en su Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, dado que, sin perjuicio de que este precedente se produjo en un ámbito jurisdiccional específico —el penal, nada menos que de última ratio— es rescatado a este propósito para graficar cómo es que los procesos judiciales y administrativos no cumplen con tener el mismo fundamento jurídico, componente indispensable para invocar al principio del *non bis in ídem*. En ese sentido, el TFL debe acoger lo descrito en este precedente vinculante señalado, aplicándolo *mutatis mutandis* al ámbito del Sistema de Inspección del Trabajo cuando se denuncia una afectación al principio del *non bis in ídem*.
- La validez del despliegue de una inspección laboral (o, posteriormente, un procedimiento administrativo sancionador) no se afecta, *per se*, cuando el sujeto inspeccionado (o, posteriormente, administrado) es de-

mandado por uno o más trabajadores que sean terceros interesados en la fiscalización desplegada. Es preciso que la parte interesada acredite y que el inspector actuante, instructor o autoridad sancionadora en la etapa que corresponda, evalúe la concurrencia y determine si existe identidad de partes —identificando al tercero interesado como “parte” para estos efectos—, hecho y fundamento. En este último aspecto, si los intereses tutelados en la vía administrativa y judicial fueran los mismos, deberá existir una motivación suficiente para concluir al procedimiento correspondiente dentro del Sistema de Inspección del Trabajo.

Habiendo sido ya un tema revisado por el TFL, aunque no acordado mayoritariamente por este colegiado, creemos que este criterio podría reevaluarse a la luz de lo expuesto por uno de sus vocales y teniendo en cuenta lo argumentado líneas arriba, pero ya no solamente en virtud de casos futuros que lleguen a su conocimiento sobre el mismo asunto, sino, más bien, en un acuerdo plenario o precedente de observancia obligatoria, debido no solo a la recurrencia de casos similares, sino también, y sobre todo, por la entidad y magnitud del tema.

De esta manera, entendemos que si es que se da un giro de “ciento ochenta grados” a esta postura mayoritaria del TFL, sería propicia la oportunidad para reforzar y apreciar la real importancia y dimensión que tiene (o debería tener) la labor de la Inspección del Trabajo, no solo en la búsqueda de la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cuya vigilancia tiene a su cargo, sino también, y a partir de esta finalidad, como instrumento medular con miras a mejorar nuestros niveles y estándares de trabajo decente, como partícipes de una comunidad internacional que apunta decididamente a este objetivo. Por el contrario, mantener la posición actual sobre el particular, nos parece sigue siendo una visión apocada y auxiliar de la labor de la Inspección del Trabajo, en relación con la que realiza el Poder Judicial, más allá de las diferencias que son propias de cada vía de tutela de los derechos laborales.

Bibliografía

Arce Ortiz, Elmer (2013). *Derecho Individual del Trabajo*. Segunda edición. Pa-lestra.

- De Lama, M. (2021). “La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las “intersecciones” de ambos caminos”. *Laborem* (24).
- Gorelli, J. (2014). “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”. *Themis* (65).
- Guzmán, C. (2005). La Instrucción del Procedimiento Administrativo. *Derecho & Sociedad* (24).

Foro Jurídico es una revista de Derecho editada y publicada por la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, la cual está conformada por estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista cuenta con más de veinte (20) años difundiendo periódicamente, con la finalidad de generar mayor interés e investigación en el ámbito jurídico.

Foro Jurídico es una herramienta que permite al abogado, estudiante de Derecho y público académico en general, ampliar sus conocimientos a través de sus artículos, redactados por reconocidos profesores y abogados nacionales e internacionales.

ÁRBITROS

José Balta

Guillermo Boza

Bismarck Seminario

Marilú Merzthal

Jorge Toyama

Anna Vilela

Martin Ruggiero

Armando Gutiérrez

Alberto Varillas

Diego Castillo

Mauricio Matos

Carlos Cadillo

Rebeca Aparicio

Luis Santa Cruz

Dante Botton

Fressia Sánchez

María Teresa Cuba

Willy Monzón

Martín Fajardo

Eulogio Peña

Ivan Parédez

Silvia Rebaza