**EL NUEVO MARCO LEGAL DEL TELETRABAJO: Apuntes jurídicos y sociolaborales**

* **INTRODUCCIÓN**

En mis clases sobre Regímenes laborales especiales en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Católica reservamos un espacio al análisis del teletrabajo, más allá de que resulte polémico calificarlo propiamente como uno de aquellos. De muy poco empleo en “años prepandémicos”, a los alumnos y al profesor esta modalidad de prestación laboral nos parecía poco menos que residual y sofisticada, lejana de ser apreciada en su despliegue práctico, como así lo muestran las estadísticas de la época.

***(Aprovecho, de paso, para rendir un tributo a la amistad compartida con Raúl Saco Barrios (QEPD), cuyo texto bastante completo que dedicó al teletrabajo –y que hoy adquiere un carácter doctrinal auroral en nuestro país- es material de estudio en dicho curso).[[1]](#footnote-1)***

Tenemos hoy un nuevo marco legal, configurado básicamente por la Ley N° 31572 y su reglamento, el D.S. N° 002-2023-TR, y contamos también con una fecha de plena exigibilidad de su vigencia (27 de abril de 2023 en adelante), visto el plazo de adecuación de 60 días calendario que comunicó el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Volviendo al texto de Raúl Saco sobre el teletrabajo, en él se proponía un interesante enfoque del tema a partir de la apreciación de las ventajas y desventajas que esta modalidad representaba para los principales actores en su ejecución: trabajadores, empleadores y para el entorno social y el medio ambiente. Resalto dicho enfoque pues creo que, más allá de los análisis técnicos y jurídicos del nuevo marco legal, que se vienen dando, el debate sobre sus efectos va en esa dirección: el del análisis ponderado sobre los beneficios y perjuicios que se generan para las partes involucradas.

El otro eje o antecedente a tener en cuenta es el de la constatación de la implantación y despliegue de esta modalidad en la prepandemia (incipientes) y en el actual periodo y su proyección (intensos). Claro está, tal despegue se ha dado en nuestro país bajo una figura legal no específica del “teletrabajo” sino bajo una “especie” del género del trabajo a distancia: el “trabajo remoto”, que la emergencia generada por la irrupción de la pandemia del Covid 19 instaló por mandato gubernamental.

* **SOBRE SU POSICIONAMIENTO COMO MODALIDAD REGULAR**

Con datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sabemos que a febrero de 2020 –etapa prepandémica- el número de teletrabajadores en el sector privado apenas giraba cercanamente de los 3,000, número ínfimo en relación con el mercado laboral. El teletrabajo era visto por varias razones como una opción poco atractiva, principalmente por los empleadores, quienes han asociado siempre a la presencialidad con el ejercicio efectivo y eficaz de su poder directivo, en particular el de la vigilancia del cumplimiento de las labores de sus trabajadores. En ese panorama, el estado intentaba tímidamente explorar el empleo de esta modalidad en el sector público, sin mayores alcances. Como sabemos, el teletrabajo es una modalidad de prestación de labores subordinadas que se desarrolla mediante el uso intensivo de las plataformas y tecnologías digitales, sin presencia física del trabajador en el centro de labores. El teletrabajo es de carácter voluntario y puede ser temporal o permanente, es decir, las partes pueden pactar que sea la modalidad habitual de trabajo o que este sea desarrollado solo por un tiempo determinado.

El surgimiento del fenómeno COVID 19 no solo representó - en códigos laborales, aun cuando discutible por algunos- un supuesto de eventual suspensión o extinción del vínculo laboral por caso fortuito o fuerza mayor, sino que, al menos en su etapa inicial, de manera adicional a la configuración de un contexto de imposibilidad de la prestación laboral, se le sumó un vector sanitario fundamental: el confinamiento obligatorio de los ciudadanos, entre ellos, de la mayoría de los trabajadores.

Los empleadores en tal contexto se vieron forzosamente obligados a repasar su gestión empresarial (procesos, ciclos productivos y de generación de sus servicios) y entre otros aspectos, a reexaminar la necesidad -y de paso, la pertinencia- de que tales procesos y ciclos productivos y de gestación de sus servicios tuvieran que materializarse necesariamente con la presencia física de sus trabajadores en sus instalaciones e inclusive en los “lugares de trabajo” extramuros de la empresa.

Puestos en esa situación, muchos empleadores repararon recién en las bondades del trabajo a distancia, particularmente en clave de reducción de costos. Si bien la tecnología digital y de las comunicaciones ya estaban en el entorno empresarial, sus herramientas no eran estimadas por el empleador promedio para incorporarlas a su gestión. Tuvo que darse esa situación-límite de la pandemia para que procedieran a un análisis de costos y al rediseño o modificaciones complementarias que efectuar para asentar el trabajo a distancia como una modalidad ventajosa de implementar masivamente. Contribuyó en esa dirección el hecho de que la normativa del “trabajo remoto” reforzó la potestad empresarial, empezando por la de reconocerle la decisión de adoptarla motu proprio.

***Factores que operaron como incentivo para los empleadores***

Aspectos como la viabilidad de ahorrar en el costo de la infraestructura -mantenimiento de instalaciones o rentas altas que se pagaban por ellas- fueron claves para que parte del empresariado transitara de una primera etapa de “obligatoriedad” en la implantación del trabajo remoto a una posterior de “adopción estratégica” para tratar en lo posible –mientras la vigencia legal de la normativa sobre el trabajo remoto se lo posibilitara- de resultar más competitivo, especialmente en el amplio sector terciario de los servicios.

Entre las varias razones que concurrieron en esa dirección afirmativa. un primer factor -que podríamos catalogar como “cultural”- es la paulatina despersonalización en la relación prestador de servicio-cliente que se observa.

Así, en los tiempos actuales se ha naturalizado el empleo de contestadores pregrabados, transacciones inteligentes y remotas, presencia creciente de bots, y en el mejor de los casos la intervención de personas que atienden las llamadas, para lo cual pueden hacerlo desde lugares distintos de las instalaciones de la empresa. En todos esos supuestos no se requiere de presencia física o presencial de los trabajadores -incluso ni siquiera de trabajadores-. Lo que más bien se ha revalorado con esta situación, en el mercado de trabajo, son los requerimientos de puestos de especialistas en programación, diseño de redes, manejo y procesamiento de data.

Otra razón puede encontrarse en que prácticamente todos los empleadores de los diversos segmentos empresariales que apostaron por el trabajo remoto se “igualaron” en su empleo, es decir, no pretendieron diferenciarse en el mercado distinguiéndose por un trato más “personalizado”. En esa medida no se dio una diferenciación que pudiera redituar en una preferencia de los clientes de estas empresas.

Finalmente, en este contexto, probablemente por el empleo masivo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), los costos de estas se estandarizaron a la baja, incentivando aun más su uso.

***El ahorro en otros costes laborales***

Al anotado ahorro en las instalaciones (en costos de mantenimiento y pago de rentas) las características del trabajo remoto posibilitaron que el empleador experimentara otras formas de economía; así, por ejemplo, fueron muy excepcionales los casos en que el empleador asumió los costos por el empleo de los elementos de trabajo que posibilitaban el trabajo a distancia. Nos referimos a aquellos casos en que el trabajador se valía de sus propios equipos informáticos (a lo que se suma la energía eléctrica y el costo del internet). Lo intempestivo de la irrupción del “trabajo remoto” en la pandemia Covid 19 como que no dejó espacio para debates, pues la propia normativa sancionó que las partes **podían acordar** mecanismos decompensación de los gastos en que incurría el trabajador laborando desde su domicilio o, al inicio de la pandemia, desde algún otro lugar de confinamiento[[2]](#footnote-2). Esta previsión normativa, llevada a la práctica, implicó lo que anotábamos: que la regla fuera la no compensación en los casos en que el empleador empleaba sus medios de trabajo.

Estamos entonces frente a diversas medidas de reforzamiento empresarial (que también incluyó el amplio manejo de los horarios y turnos de trabajo) que la emergencia sanitaria -y su correlato normativo en las relaciones laborales- posibilitaron Ciertamente, siempre existirá un debate sobre la modulación de ese reforzamiento del poder empresarial: algunos lo encontrarán razonable en tales circunstancias y otros, desmedidas, y sobre todo, generadoras de perjuicios para el trabajador. Lo cierto al caso es que continuamente -incluso superada ya la etapa del confinamiento y habiéndose retomado la actividad productiva- el sector empresarial ha venido resaltando las bondades de la modalidad del “trabajo remoto”, destacando la flexibilidad de su régimen legal. Del lado de los trabajadores, el contexto de la pandemia no les resultaba precisamente aparente para encauzar cualquier reclamo al respecto, enfrascados como estaban en los cuestionamientos a la figura de la suspensión perfecta de labores. El régimen del trabajo remoto terminó entonces por consolidarse, dejando apenas subyacente el marco normativo del teletrabajo vigente, en tanto se elaboraba una nueva versión de este.

***Los puntos favorables advertidos por los trabajadores***

Quienes pudieron desarrollar sus servicios de manera remota empezaron, también paulatinamente, a advertir algunas ventajas. En la fase inicial del confinamiento, por ejemplo, muchos trabajadores valoraron especialmente poder conciliar su faena laboral con la guía y atención de sus hijos en casa, especialmente de los menores de edad. En etapas posteriores, cuando sus empleadores empezaron a retomar su actividad productiva con mayor intensidad, varios de estos trabajadores empezaron a negociar con sus empleadores de manera que continuaran laborando desde casa. Como sabemos, el traslado del trabajador al centro laboral, así como el pago del consumo de sus alimentos son -salvo consideraciones del empleador o convenios colectivos- costos que son de su cargo. Inclusive, puesto en la balanza el costo asumido por el empleo de sus propias computadoras, de sus celulares y de la energía eléctrica y el internet frente a esa ventaja de no incurrir en gastos de transporte (y el tiempo que el traslado le insume), alimentación y desgaste de su ropa de vestir, entendió que el balance final le resultaba ventajoso. De allí que, salvo en algunos gremios sindicales en que el tema del reclamo de una compensación por el uso de los bienes propios del trabajador empezó a colarse, en su gran mayoría el trabajador creyó que tal costo podía verse equilibrado con los otros ahorros antes indicados, y con la ventaja de monitorear su hogar/centro de trabajo.

En el sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil -SERVIR ha venido dictando los lineamientos para la prestación del trabajo remoto, acorde con los reportes de la situación sanitaria que brinda el Ministerio de Salud; luego, ha venido pauteando también el retorno progresivo de los servidores públicos a la presencialidad, priorizando aquellas labores que requieren de una coordinación o atención directa con el público que el trabajo remoto no puede sustituir con igual eficacia para los administrados.

* **¿LA NUEVA NORMATIVA A QUIÉN BENEFICIA?**

***Sobre la adopción de la modalidad del teletrabajo y su reversibilidad***

Se retomó el carácter voluntario y concertado por las partes para el empleo de esta modalidad laboral, tal cual lo contemplaba el régimen legal anterior, y a diferencia del trabajo remoto, en que su adopción recaía solo en cabeza del empleador, según lo reseñado hasta aquí. Sin embargo, la reversión de la modalidad (sea de la presencial al teletrabajo o viceversa), si bien en principio debe ser también acordada, pero de no darse el consentimiento del empleador (público y privado) puede rechazarse la petición del trabajador, aun cuando sustentadamente, Por el contrario, el empleador “en uso de su facultad directriz” sí puede disponer esta variación de la modalidad de la prestación, es decir, imponerla al margen de un necesario acuerdo entre las partes. No queda claro en ningún caso cómo podría el trabajador cuestionar el sustento brindado por su empleador, sea por inexistente o por insuficiente. Más directamente, consideramos que el señalado acuerdo entre las partes para la reversión de la modalidad deviene tan solo en una mera intención del legislador. De no establecerse filtros para que prime el acuerdo entre las partes como una regla efectiva para adoptar las modalidades presencial o remota, en los hechos estaríamos simplemente vistiendo al derogado régimen del “trabajo remoto” con la nueva tenida del teletrabajo.

***La fase inclusiva de esta nueva regulación***

Mención aparte merece el capítulo dedicado por el reglamento al teletrabajo en favor de la “población vulnerable”, incluyendo en esta categoría a personas en situación de discapacidad, gestantes y en periodo de lactancia, así como a aquellos que tienen a su cargo el cuidado de niños o de personas adultas mayores o personas con discapacidad o pertenecientes a grupos de riesgo o con familiares en situaciones graves de salud. Estas personas tienen derecho a una “aplicación preferente” del teletrabajo por parte del empleador y todas esas situaciones ameritan que se les dispense ese trato especial. La doctrina laboral especializada siempre postuló que una de las ventajas del teletrabajo era hacer factible que estas personas puedan integrarse a la vida laboral o mantenerse en ella. Como también se reconoce que la menor frecuencia de traslados empleando los diferentes medios de locomoción -consecuencia del teletrabajo- representa una ventaja para el medio ambiente, bajando los índices de contaminación.

***La compensación al trabajador de los gastos por el empleo de sus bienes***

A diferencia del trabajo remoto, en el teletrabajo -concretamente, en el sector privado- se mantiene la regla -en realidad una obligación- de que el empleador es el obligado a proveer al trabajador los equipos digitales y los servicios de acceso a internet y de energía eléctrica. Bien se sabe que, en el momento de la configuración de un vínculo laboral, en un trabajo por cuenta ajena y bajo un régimen de subordinación, se activa la ajenidad, la cual a su vez se expresa de distintas maneras. Así, la ajenidad del trabajador en relación con los medios de trabajo implica que es el empleador el responsable de proveerlos. Como también el trabajador es ajeno a la titularidad de los frutos que su energía de trabajo desencadena, frutos que son de apropiación originaria del empleador.

Si bien como regla general el nuevo marco legal resulta acorde con el principio de ajenidad de los medios de realización del teletrabajo -al disponer que es obligación del empleador suministrarlos- sí abre la posibilidad de dejarlo de lado, cuando señala el “salvo pacto en contrario”.[[3]](#footnote-3) Esta salvedad debe ponderarse debidamente si recordamos la asimetría material existente entre el trabajador y el empleador, pudiendo este último, al momento de la contratación inicial del trabajador o del cambio de la modalidad de la prestación (de presencial a teletrabajo), imponer una cláusula con esa salvedad.

* **EL TELETRABAJO Y SU IMPACTO EN VARIAS INSTITUCIONES DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL Y COLECTIVO**

Ya instalados en un contexto de empleo significativo del teletrabajo como modalidad prestacional laboral, conviene tomar nota acerca de su impacto colateral en el mundo de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. No pretendemos desarrollarlas en esta oportunidad, solo evidenciarlas, citarlas, pues, además, en muchos casos aun no hay regulaciones y normativa específicas que analizar o discutir, estas seguramente irán dándose conforme se estandarice las condiciones y consecuencias que se deriven del empleo intensivo del teletrabajo.

***El propio contenido de la prestación***

Muchas voces señalan hoy que en un mediano plazo se pasará a que el contenido de la prestación de los servicios no se centre o acote primordialmente, como en la actualidad, en un parámetro temporal, es decir, en una jornada de trabajo; antes bien, probablemente, el teletrabajo se encuadre, principalmente, en el cumplimiento de objetivos. O en todo caso, en una combinación de estas variables temporal y de rendimiento.

***El tiempo del trabajo***

El control del trabajo efectivo en la pandemia sirvió a muchos empleadores para hacerles más evidente la existencia de grandes periodos de tiempos muertos en los servicios prestados y a la constatación de que las jornadas laborales pueden acotarse, introduciendo mecanismos de jornadas a tiempo parcial, y poniendo el foco en el cumplimiento de objetivos y resultados, como indicadores, a su vez, para modular el valor de la contraprestación, es decir, de la remuneración.

En esa medida también, pueda dejarse al trabajador un mayor margen de autoorganización de sus labores.

***La supervisión del*** ***trabajo***

El desarrollo y evolución de las TIC vienen posibilitando ajustar eficazmente los controles de las tareas que prestan los teletrabajadores. Un factor importante que opera como un límite a la potestad de control del empleador es el respeto del ámbito de intimidad del trabajador. De hecho, el reglamento de la ley del teletrabajo ya contempla el derecho a la intimidad, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones del teletrabajador. Los reglamentos internos de trabajo o específicas políticas o lineamentos de la empresa deberán resguardar el cumplimiento de esta obligación empresarial.

***La seguridad y salud en el trabajo***

Este aspecto es de suyo complicado, pues las tareas del teletrabajador transcurren fuera de su supervisión directa y presencial. Se ha ensayado la identificación de riesgos y su evaluación en el concreto lugar o lugares en que el teletrabajador ejecutará sus labores. Seguramente su práctica irá afinando mecanismos más directos de constatación de las reales condiciones en que labora el teletrabajador.

***La actividad sindical***

De acuerdo con una visión tradicional de las relaciones colectivas se asume que las acciones de constitución de un sindicato requieren de tareas de convencimiento y de intensa coordinación entre los gestores del sindicato y sus primeros afiliados. Por eso se sostenía que el trabajo a distancia dificultaba esa necesaria cercanía, al menos inicial, en la vida sindical. Sin embargo, a medida que el manejo de las TIC se vuelve más amigable, estas podrían inclusive facilitar el desarrollo de las reuniones de los afiliados que se pudieran encontrar desperdigados en diferentes puntos del territorio nacional e, inclusive, en otros países.

En el campo del ejercicio del derecho de huelga, al menos de acuerdo con el modelo nacional vigente, tendría que repensarse cómo puede entenderse hoy aquello del “abandono del centro de trabajo”, que está contenido en la propia definición de este mecanismo de auto tutela [[4]](#footnote-4)

1. SACO BARRIOS, Raúl: “El Teletrabajo”. En: Revista DERECHO PUCP (60), Lima, 2007, pp, 325-350. [↑](#footnote-ref-1)
2. D.S. N° 010-2020-TR

   ***Artículo 7.-*** *Compensación de gastos*

   *Cuando los medios o mecanismos para el desarrollo de trabajo remoto sean proporcionados por el/la trabajador/a, las partes pueden acordar la compensación de los gastos adicionales derivados del uso de tales medios o mecanismos.* [↑](#footnote-ref-2)
3. D.S. N° 002-2023-TR

   ***Artículo 23.- Compensación de gastos en las instituciones y empresas privadas***

   *23.1 Cuando por acuerdo, el/la teletrabajador/a provea equipos, el servicio de acceso a internet y/o consumo de energía eléctrica, estos son compensados por el/la empleador/a privado,* ***salvo pacto en contrario****.* [↑](#footnote-ref-3)
4. D.S. N° 011-92-TR (TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo)

   ***Artículo 72.-*** *Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo.*

   *(…) “* [↑](#footnote-ref-4)