

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO FRENTE AL TELETRABAJO

Tesis de grado para optar el título profesional de abogado
que presenta el bachiller:

Tino Piero Vargas Raschio

Asesor:
Dr. Guillermo Boza Pró

San Miguel, Octubre de 2010

ÍNDICE

ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I	
MARCO CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO	8
1. Definición de teletrabajo	9
2. Elementos del teletrabajo	12
2.1. Elemento espacial	12
2.2. Elemento tecnológico	13
2.2.1. La primacía de las telecomunicaciones	13
2.2.2. La primacía de la informática	16
2.2.3. Las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) y su influencia tecnológica en el teletrabajo	17
2.3. Elemento organizativo	20
2.4. El elemento jurídico: la subordinación	23
3. Modalidades del teletrabajo	30
3.1. Clasificación en función del tipo de conexión	30
3.1.1. On-line o conectado	30
<input type="checkbox"/> One way line o en un solo sentido	31
<input type="checkbox"/> Two way line o en doble sentido	31
3.1.2. Off line o desconectado	31
3.2. Clasificación en función del lugar desde donde se ejecuta el teletrabajo	32
3.2.1. Teletrabajo en casa	32
3.2.2. Teletrabajo en telecentros	32
3.2.3. Teletrabajo móvil o itinerante	34
3.3. Clasificación en función de la vinculación con el trabajo ordinario	34
3.3.1. Teletrabajo pendularista	34
3.3.2. Teletrabajo absolutamente externo	34
4. Trabajo a domicilio y teletrabajo	35
4.1. Antecedentes legislativos y marco legal del trabajo a domicilio	36
4.2. Libre elección del lugar de la prestación y necesariamente fuera del centro de trabajo	40
4.3. La ejecución de manera temporal y discontinua	43
4.4. La ejecución de la prestación sin la supervisión directa e inmediata del empleador	45
4.5. Necesidad de una regulación especial para el teletrabajo	47
CAPÍTULO II	
PODER DE DIRECCIÓN Y TELETRABAJO	54
1. Modificación de las condiciones de trabajo en la aplicación del teletrabajo	55
1.1. Ius variandi y teletrabajo	56
1.2. Modificaciones sustanciales del contrato de trabajo y teletrabajo	60

2.	Poder de dirección y teletrabajo	65
2.1.	Revisión periódica de los correos electrónicos y web consultadas por el teletrabajador	68
2.2.	Control electrónico	77
2.3.	Vigilancia electrónica	79
CAPÍTULO III		
DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TELETRABAJADOR		83
1.	Remuneración	84
1.1.	Sistema salarial en el teletrabajo	85
1.2.	Conceptos no remunerativos: Gastos producidos en la adecuación del domicilio	91
1.3.	Consideraciones	92
2.	Tiempo de trabajo	93
2.1.	Jornada de trabajo	93
2.2.	Trabajo en sobretiempo	99
3.	Teledisponibilidad	103
4.	Derechos colectivos	106
4.1.	Derecho de sindicación de los teletrabajadores	107
4.2.	Facilidades tecnológicas para la actividad sindical	119
4.3.	Negociación colectiva en el marco del teletrabajo	136
4.3.1.	Temas propios de un pliego sindical basado en el teletrabajo	146
4.4.	El ejercicio del derecho de huelga de los teletrabajadores	154
CAPÍTULO IV		
EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL, REGULACIÓN EN EL PERÚ		166
1.	Deslocalización y teletrabajo	170
2.	Relación jurídica internacional	175
2.1.	Jurisdicción aplicable	178
2.2.	Normativa aplicable	185
3.	Consideraciones finales	196
CONCLUSIONES		199
BIBLIOGRAFIA		213

INTRODUCCIÓN

Los profundos cambios de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ocurridos alrededor de las últimas tres décadas, acompañados del abaratamiento en los costos de los equipos informáticos, han permitido que un gran número de personas puedan acceder a una gama de posibilidades de comunicación en tiempo real. Este progreso tecnológico ha permitido una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad; desde distintos aspectos del desarrollo humano, tanto como el social, el educacional, el de gestión gubernamental, así como el laboral.

La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación sobre las relaciones laborales es profunda y múltiple, proyectándose como una herramienta promotora en la división del trabajo en la empresa y en la externalización de funciones antes centralizadas, propiciando que las formas de trabajar estén cambiando muy deprisa. Las organizaciones tienden a tener una estructura cada vez más plana, enfocada más hacia la satisfacción del cliente y cada vez, en mayor medida, los trabajadores son evaluados y valorados por resultados tangibles.

Asimismo, dentro de este escenario, la tecnología cobra un nuevo impulso y es considerada como elemento estratégico dentro de los procesos de descentralización interna, cuyo fenómeno no conlleva una división jurídica ni económica de la empresa, que se mantiene en un régimen de unidad, sino que supone la creación de unidades productivas autónomas o centros de trabajo con cierto grado de independencia funcional, que se traducen en tantos niveles de autoorganización como de capacidad productiva propia.¹

¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. "La Descentralización Productiva y su impacto sobre las relaciones laborales". Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, pp. 21 – 23.

En este contexto, el teletrabajo viene a ser un reflejo de estas medidas de descentralización productiva afianzado en las nuevas tecnologías, al ser "*una forma flexible de organización de 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, e implica el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa*".²

El fenómeno de desarrollo del teletrabajo se forja como producto del deterioro de las condiciones económicas que se formaron a raíz de la primera crisis del petróleo en la década del 70. Esta modalidad proliferó en los Estados Unidos de América, en la búsqueda de reducir los costes y de reorganizar los recursos productivos a fin de afrontar la crisis antes mencionada.³

Una de las primeras referencias del teletrabajo la tuvo Alvin Toffler, en su obra "La tercera ola" (la primera edición de su libro fue en el año 1980), al predecir la aparición de una nueva modalidad de trabajo en el hogar basada en las nuevas tecnologías, en donde un "[n]uevo modo de producción hace posible: un retorno a la industria hogareña sobre una nueva base electrónica y con un nuevo énfasis en el hogar como centro de la sociedad (...)".⁴

Jeremy Rifkin, dieciséis años después (1996), confirmó el pronóstico de Toffler al señalar que: "(...) en los Estados Unidos entre 1992 y 1993 el número de trabajadores a distancia se estima que creció en un 20%. Cerca de 8 millones de personas utilizan las telecomunicaciones. En el año 2000, de acuerdo con un estudio realizado al respecto, hasta

² GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil. "El Teletrabajo. Fundación Universidad de Empresa". Madrid, Citado por FERNÁNDEZ GAGO, Roberto, en Capital Humano N° 110, Abril 1998, pp. 48.

³ DIMARTINO, Vittorio y WICH, Linda. "Trabajo a distancia, En Condiciones de Trabajo Recopilación Trabajo a Distancia". Instituto de Seguridad e Higiene en el trabajo. pp. 13.

⁴ TOFFLER, Alvin. "La tercera ola". Ediciones Orbis, Madrid, 1985. Citado por MARAMBIO CATÁN, Gustavo. "Trabajo informático a domicilio". Publicado en <http://www.laleyonline.com.ar>, Fecha de consulta, 21 de septiembre de 2010.

*el 20 % de la masa laboral de los Estados Unidos trabajará, aunque sea parcialmente, desde su propia casa.*⁵

No es de extrañar que dichos pronósticos sean una realidad más cercana al día de hoy, sobre todo con la aparición de la Internet como elemento radical de cambio social y de acceso a la información, que para 1984 contaba con apenas mil dispositivos, cuya cantidad aumentó en un millón para 1992, pronosticándose para este año más de mil millones de dispositivos.

Actualmente, una cantidad no medida pero apreciable de trabajo, viene siendo realizado a distancia a través de las nuevas tecnologías, como vendedores y vendedoras que trabajan por teléfono y solo ocasionalmente pasan por la oficina; por arquitectos y diseñadores; por un floreciente grupo de consultores especializados de muchas industrias; por consejeros de inversión, agentes de seguros, abogados e investigadores académicos; y por muchas otras categorías de empleados, técnicos y profesionales.

Esta nueva forma de entender el trabajo, nos obliga a replantear la manera de percibir las relaciones laborales desde el punto de vista jurídico, en atención a que el modelo organizativo empresarial sobre el que se ha construido el Derecho del Trabajo se edifica bajo el criterio de una empresa jerárquica y centralizada, de mediana o grandes dimensiones, por lo demás funcional para las necesidades de la producción en serie taylorista.⁶ El teletrabajo, por el contrario, tiene una nueva forma de entender el trabajo como una red. Pero no sobre la base de las redes empresariales, sino en el trabajo en red; es decir, poner juntos varios elementos,

⁵ RIFKIN, Jeremy. "Fin del trabajo". Ed. Paidós, Buenos Aires, 1997. Citado por MARAMBIO CATÁN, Gustavo. "Trabajo informático a domicilio". Publicado en <http://www.laleyonline.com.ar>, Fecha de consulta, 21 de septiembre de 2010.

⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. "Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias". Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 55.

varias personas, varios trozos de empresa o varias empresas para hacer algo juntos, basado en la ventaja de la flexibilidad, de la adaptación rápida a la demanda: *“(...) cuando hay una demanda fuerte se organiza la red, cuando no la hay, se disuelven y se usan nuevos recursos.”*⁷

Este replanteamiento de las relaciones laborales nos impide determinar a priori cuales son los derechos laborales a ser reconocidos para un teletrabajador, por cuanto el marco normativo peruano no está desarrollado para esta forma de trabajo, siendo la finalidad de la presente investigación determinar dichos derechos. Cualquier actividad humana que involucre el acceso a redes de información y tecnología podría ser entendido como teletrabajo en sentido lato, sin embargo, nuestro estudio se va a limitar al trabajo subordinado localizado en el ámbito empresarial de la actividad privada.

⁷

CASTELIS, Manuel. “Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa”. En: V congreso Regional América de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Setiembre 16 -19, 2001, Lima Perú. pp. 366.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO



CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO

1. Definición de teletrabajo

La palabra teletrabajo proviene de la raíz latina 'tele' que denota distancia o lejanía, debiendo entender al teletrabajo como el trabajo ejecutado a distancia.⁸

Jack Nilles en 1973 definió esta actividad con el término de <<telecommuting>>, que en español puede traducirse como <<teledesplazamiento>>, haciendo referencia al trabajo que se desplaza hasta el trabajador en lugar de que sea el trabajador el que se desplaza a donde está el trabajo. Desde entonces el término <<telecommuting>> se ha empleado normalmente en Estados Unidos, mientras que en Europa el término usado es <<telework>>, teletrabajo.⁹

Por otro lado, Gordon y Hudson lo definen como "(...) una forma flexible de organización de 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, e implica el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa".¹⁰

La OIT por su parte define al Teletrabajo como "*(...) cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales el trabajador no mantiene un*

⁸ ARMAS MORALES, Carlos. "El Teletrabajo". En: Gestión en el Tercer Milenio, Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la UNMSM, vol. 08, 2005, N°15, Julio de 2005, Lima, pp. 7.

⁹ Teletrabajo Incidencia Social y Económica. Posibilidades en España. Madrid: Escuela de Organización Industrial, 1998, pp.13

¹⁰ GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil. "El Teletrabajo". Fundación Universidad de Empresa. Madrid: Citado por FERNÁNDEZ GAGO, Roberto. En Capital Humano N°110, Madrid, Abril 1998, pp. 48.

contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías.”¹¹

Asimismo, autores nacionales como Cesar Puntriano consideran al teletrabajo como *“un fenómeno caracterizado porque el teletrabajador presta sus servicios a distancia del centro de trabajo tradicional, lo cual supone un cambio de la organización de la unidad empresarial, utilizando de manera esencial medios telemáticos sin los cuales no nos encontraríamos ante el teletrabajo.”¹²*

Por su parte Saco, a través de un concienzudo estudio partiendo de más de 10 definiciones sobre la materia, concluye que *“el teletrabajo es el trabajo a distancia, prestado mediante el uso de telecomunicaciones, por una persona y bajo subordinación.”¹³*

Desde otra perspectiva, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, procede a definir a esta forma de empleo como *“(…) una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato de trabajo, en el cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de los locales de forma regular.”¹⁴*

Todas estas definiciones coinciden en señalar que nos encontramos frente a la figura del teletrabajo cuando, pese al distanciamiento físico, existe una conexión entre el trabajador y la empresa llevada a cabo a través del uso de nuevas tecnologías (cuyo principal exponente es la intranet), que permite transmitir la

¹¹ OIT, “Revista de la Organización Internacional del Trabajo”. N.º 14. Diciembre de 1995.

¹² PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. “El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores”. Ius et veritas N.º 29, Año 14, Lima, 2004, pp. 157.

¹³ SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. “El teletrabajo”. En Derecho PUC. Pontificia Universidad Católica del Perú.- N.º. 60, Lima, 2007, pp. 331.

¹⁴ Definición obtenida del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, En: <http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>. Fecha de consulta, 02 de diciembre de 2009.

información de la compañía a sus trabajadores y que estos reporten el resultado de sus labores a través del mismo medio.

Sin embargo, para hablar de teletrabajo, no es suficiente que la actividad sea realizada a través de las nuevas tecnologías, sino que es necesario que dicho medio brinde una verdadera línea de interactividad entre teletrabajador y empleador, la cual permita que la prestación laboral sea ejecutada de tal manera que resulte igualmente productiva como si el trabajador se encontrara físicamente en los locales de la empresa.

Este criterio restrictivo, nos permite establecer una verdadera línea divisoria entre los teletrabajadores y los simples trabajadores a domicilio que utilizan la informática solamente para desarrollar su trabajo, y en especial de todos aquellos trabajadores que fuera del marco organizativo empresarial realizan trabajos de forma independiente o freelance¹⁵, en forma esporádica o temporal, sin que la presunta conexión con la empresa para la que prestan servicios, sea determinante mas que para recibir datos y enviar resultados, nunca para participar en el conocimiento de la empresa.¹⁶

En virtud de lo antes expuesto, podemos esbozar el siguiente marco conceptual de lo que viene a ser el teletrabajo:

"El Teletrabajo viene a ser el trabajo a distancia, prestado por una persona, por cuenta ajena, bajo subordinación, mediante el uso de sistemas de las nuevas tecnologías, que le permite al trabajador mantener una verdadera línea de

¹⁵ FREELANCE: adjetivo de trabajador independiente que labora para diversas compañías en asignaciones particulares. Significado ubicado en el Diccionario Virtual Compact Oxford English Dictionary: http://www.askoxford.com/concise_oed/freelance?view=uk. Fecha de consulta, 28 de septiembre de 2009.

¹⁶ Teletrabajo Incidencia Social y Económica. Op. Cit, pp. 13-14.

interactividad con los sistemas de información de su empleador, a efectos de que su trabajo pueda ser realizado fuera del local de la empresa de forma tan regular como si fuera ejecutado dentro de la misma.

Sobre la base del presente marco conceptual podemos empezar a desarrollar cada uno de los elementos comunes que participan en las distintas definiciones que sobre el teletrabajo han sido elaboradas.

2. Elementos del teletrabajo

2.1. Elemento espacial

El elemento espacial implica que la ubicación del trabajador debe ser en un lugar distinto del centro de trabajo o centro de producción,¹⁷ de ahí que, para estar hablando de teletrabajo, será necesario que el trabajador se encuentre ubicado físicamente fuera del centro de producción.

La ubicuidad del trabajador puede abarcar distintos lugares, tales como el teletrabajo en casa, teletrabajo en telecentros y el teletrabajo nómada; inclusive trascendiendo las fronteras del país donde se encuentra las oficinas del empleador como el caso del teletrabajo transnacional.

En ocasiones, el teletrabajo podrá alternar su ejecución con la presencia del trabajador en los locales de la empresa;¹⁸ sin embargo, nunca la presencia del teletrabajador podrá ser permanente en las oficinas del empleador.

¹⁷ MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. "Breves apuntes sobre el Teletrabajo". En Actualidad Jurídica, Suplemento Mensual de Gaceta Jurídica. N.º 111, Lima, Febrero 2003, pp. 57.

¹⁸ THIBAUT ARANDA, Javier. <<El teletrabajo: análisis jurídico-laboral>> Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, pp. 26.

2.2. Elemento tecnológico

Para poder hablar de teletrabajo debemos encontrar, al momento de ejecutarse la prestación laboral, la presencia de un medio tecnológico.

Pero qué clase o tipo de tecnología es la requerida para poder identificar propiamente el teletrabajo.

A lo largo de los años se han presentado tres posturas que intentan determinar cuál es la tecnología específica para poder hablar de teletrabajo:

- A. La primera postura plantea la primacía de las telecomunicaciones como elemento esencial.
- B. La segunda postura plantea la primacía de la informática como elemento constitutivo del teletrabajo.
- C. La tercera postura considerar ambos elementos como esenciales para el desarrollo del teletrabajo, siendo este último enfocado dentro del escenario mundial del desarrollo y utilización de las TICs (Tecnologías de la Información y de la Comunicación).

A continuación, desarrollaremos cada una de las posturas detalladas a fin de establecer cual de ellas resulta más favorable para determinar de manera adecuada la importancia del elemento tecnológico dentro del teletrabajo.

2.2.1. La primacía de las telecomunicaciones

Debemos precisar que al hablar de telecomunicaciones nos referimos a toda transmisión, emisión y recepción de señales que representan signos, escrituras,

imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, medios electromagnéticos, medios ópticos u otros.¹⁹

El artículo 8° del Decreto Supremo N° 013-93-TCC,²⁰ – Ley de Telecomunicaciones-, señala que los servicios de telecomunicaciones se clasifican de la siguiente manera:

1. Servicios portadores
2. Teleservicios, también llamados servicios finales
3. Servicios de difusión
4. Servicios de valor añadido

Para el tema que nos ocupa, vamos a detenernos en la definición que sobre telecomunicación contiene la clasificación de teleservicios o también llamado servicio final. Conforme lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley de Telecomunicaciones,²¹ debemos considerar como servicios finales aquellos que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios, formando parte de lo mismo el servicio telefónico, fijo y móvil; el servicio télex; el servicio telegráfico (telegramas) y los servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y busca personas.

¹⁹ Definición obtenida del glosario de término del Decreto Supremo N.º 020-2007-MTC.

²⁰ Artículo 8 del Decreto Supremo N.º 020-2007-MTC.- Las telecomunicaciones en el Perú técnicamente se orientan hacia el establecimiento de una Red Digital Integrada de Servicios y Sistemas. A este efecto los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:
a) Servicios Portadores
b) Teleservicios o Servicios Finales
c) Servicios de Difusión
d) Servicios de Valor Añadido

²¹ Artículo 13 del Decreto Supremo N.º 020-2007-MTC.- Se considera teleservicios o servicios finales a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios.

Forman parte de estos servicios finales, entre otros, los siguientes:

- a) El servicio telefónico, fijo y móvil
- b) El servicio télex
- c) El servicio telegráfico (telegramas)
- d) Los servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y busca personas.

La definición legal anotada, no incluye la participación de una computadora y, en consecuencia, debemos tener en claro, para aquellos autores que priorizan como elemento tecnológico esencial del teletrabajo a las telecomunicaciones, que la presencia de una computadora resulta totalmente accesoria a la prestación laboral.

Dentro de esta posición, encontramos la opinión de Ortiz Chaparro, quien prioriza las telecomunicaciones como elemento esencial del teletrabajo, al involucrar un trabajo a distancia; con lo cual, sin las telecomunicaciones de por medio, nos encontraríamos simplemente frente al trabajo a domicilio tradicional:

*"El teletrabajo implica necesariamente la transmisión del producto del trabajo por un medio de comunicación.(...) **Este factor del empleo de las telecomunicaciones va íntimamente unido al de la distancia, porque si no es teletrabajo el trabajo a distancia, sin telecomunicaciones, tampoco consideramos teletrabajo el que se realiza con telecomunicaciones y sin que medie una distancia.** El trabajo a distancia sin que medie la utilización de las telecomunicaciones es trabajo a domicilio tradicional que ha existido siempre. Se trata del trabajo de personas que, por ejemplo cosen o fabrican piezas o productos completos para empresas o particulares, a cambio de una remuneración. Si no se utilizan las telecomunicaciones, no hay teletrabajo, incluso cuando intervenga la informática".²² (Sombreado y subrayado nuestro)*

Para sustentar esta posición, Ortiz Chaparro, presenta el siguiente ejemplo:

"Ciertas empresas entregan al teletrabajador montañas de papel [...] y reciben, a cambio, discos magnéticos con los datos que se contenían en el disco magnético con los datos que se contenían en dichos papeles ya procesados. Las telecomunicaciones no intervienen en este caso para nada y, por tanto, consideremos que estamos ante un trabajo a domicilio tradicional, aunque intervenga el proceso de datos [...] / El trabajo a través de telecomunicaciones sin que medie la distancia tampoco es teletrabajo...."²³

Por su parte, Raso Delgue señala que el teletrabajo es un "(...) modo de trabajar (...) basado en las telecomunicaciones, **especialmente en la telemática como instrumentos esencial** y cotidiano. El teletrabajador no va al trabajo, sino que hace que

²² Citado por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. Op. Cit., pp. 332 – 333.

²³ Ibídem.

el trabajo venga a él, a su propio domicilio o a un centro específico de teletrabajo”²⁴

(Sombreado y subrayado nuestro)

Como podemos apreciar, esta posición prioriza la necesidad de las telecomunicaciones para poder transmitir el resultado del trabajo, por cuanto sólo las telecomunicaciones permiten el envío de la información en tiempo real y a una relativa distancia física.

Sin embargo, sin la presencia de la informática como herramienta adecuada que procesa, recibe, elabora y transforma los datos en bits para su envío a través de la red de telecomunicaciones, ¿qué contribución podrían conseguir por sí mismas las telecomunicaciones en este nuevo tipo de prestación laboral?

2.2.2. La primacía de la informática

La palabra informática hace referencia a la utilización de múltiples medios tecnológicos (hardware²⁵ y software²⁶) para almacenar, procesar y difundir todo tipo de información telemática con diferentes finalidades (educativa, organizacional, gestión empresarial, laboral, etc.).²⁷

²⁴ RASO DELGUE, Juan. “La contratación atípica del trabajo”. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández S.R.L. 2000, pp. 276. Citado por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. *Ibid.* pp. 328.

²⁵ HARDWARE: Conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora. Significado ubicado en el Diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=hardware . Fecha de consulta, 13 de junio de 2009.

²⁶ SOFTWARE: Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora. Significado ubicado en el Diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=software . Fecha de consulta, 13 de junio de 2009.

²⁷ *Ibidem.*

Aquellos que consideran que la informática es el elemento tecnológico esencial para la prestación del teletrabajo, sustentan que:

*"(...) en el estado actual del desarrollo del teletrabajo, **no parece necesario que la distancia se salve necesariamente por medio de las telecomunicaciones**, dado que la utilización de la red telemática para la transferencia de la información o del resultado de los trabajos tiene aún una incidencia baja, en función de su coste y operatividad. Para un volumen muy elevado de datos, por ejemplo, **puede estar justificando el envío de la información por soporte magnético en vez de transmitirlo a través de módem, cuyo coste puede ser más elevado, mientras que en el trabajo de diseño, que maneja elementos gráficos complejos, las velocidades máximas de transmisión actual, hace poco recomendable su desarrollo << on line >>**, estando más extendidas el envío y recepción de ficheros de mensajería. **Por consiguiente, el elemento informático debe ser considerado como una condición necesaria, mientras que las telecomunicaciones dadas las barreras técnicas y económicas existentes, serán solo una condición suficiente.** Será, por tanto, también teletrabajo la actividad que se realiza mediante herramientas informáticas, aun cuando el soporte magnético en que se contienen las especificaciones del trabajo o el resultado del mismo se reciba o envíe por transporte convencional, correo o mensajería".²⁸(Sombreado y subrayado nuestro)*

En nuestra opinión, la posición de reducir las telecomunicaciones a una condición suficiente y no necesaria, nos reduce a igualar al teletrabajo con el trabajo a domicilio y a la informática con una herramienta tan rudimentaria como un simple telar de costura, al desconocer el rol de las telecomunicaciones en el desarrollo de la interactividad, medio efectivo que permite que la prestación laboral se ejecute en la empresa, pese al distanciamiento físico del trabajador.

2.2.3. Las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) y su influencia tecnológica en el teletrabajo

Las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TICs), resultan ser la convergencia de ambos lenguajes tecnológicos. Así es, definida por el Reglamento de Ley de Telecomunicaciones - Decreto Supremo N° 010-2007-MTC-,

²⁸ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 28.

como el conjunto organizado de servicios de telecomunicaciones, informática, acceso a Internet y formación de capacidades.²⁹

El Gobierno Peruano ha venido impulsando la aplicación y definiendo el papel de las TICs, en programas de carácter social, desarrollo de los sectores de producción y de servicios, declaración en materia tributaria, Gobierno electrónico, etc., con la finalidad de alcanzar la integración de los pueblos, las personas, los mercados y en general, contribuir a dinamizar la economía del país;^{30,31} sin embargo, dentro del ámbito laboral, no existe una definición exacta del rol de las TICs en el desarrollo de las nuevas relaciones de trabajo, teniendo que recurrir a la doctrina para encontrar dicha relación.

La Encuesta Eurobarómetro sobre e-Trabajo, establece que el teletrabajo ocurre cuando trabajadores asalariados realizan todo o parte de su trabajo fuera

²⁹ Glosario de términos del Decreto Supremo N.º 010-2007-MTC – Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones-

³⁰ Decreto Supremo N.º 020-98-MTC

³¹ Dentro de las medidas adoptadas por el Estado Peruano, tenemos las siguientes:

- Mediante el Decreto Supremo N.º 066-2001-PCM se aprueban los "Lineamientos de Políticas Generales para promover la masificación del acceso a Internet en el Perú".
- Mediante la Resolución Ministerial N.º 347-2001-MTC-15.03 se aprueban Proyecto Piloto en Telecomunicaciones "Cabinas de Acceso Público a Internet - Banco de la Nación".
- Mediante el Decreto Supremo N.º 067-2001-ED se aprueba el Proyecto Huascarán, relacionado a programas de educación a través del uso de las TICs.
- Mediante el Decreto Supremo N.º 070-2001-ED se aprueba el Reglamento del Fondo Nacional para el Uso de Nuevas Tecnologías en la Educación – FONDUNET.
- Mediante la Resolución Ministerial N.º 266-2002-PCM se encargan preparación de "Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico".
- Mediante la Resolución Ministerial N.º 095-2004-PCM se aprueba la "Formulación y Evaluación del Plan Operativo Informático de las entidades de la Administración Pública para el año 2004.
- Mediante la Resolución Ministerial N.º 274-2006-PCM se aprueba la Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico.
- Mediante el Decreto Supremo N.º 019-2007-PCM se establece el uso de la Ventanilla Única del Estado a través del Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas y se crea el Sistema Integrado de Servicios Públicos Virtuales.
- Mediante la Resolución Ministerial N.º 282-2005-PCM se aprueban "Lineamientos para la Implantación Inicial del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE".

del sitio habitual de actividad, normalmente, desde el hogar, **utilizando las TICs (Tecnologías de la Información y de la Comunicación)**.³²

Por otra parte, la Escuela de Organización Industrial de España, señala que **"[I]o que conocemos como tecnología de la información y la comunicación (TIC) es la tecnología básica que hace realidad el concepto de teletrabajo; quien teletrabaja, lo hace en un puesto de trabajo unido mediante telecomunicaciones a otros u otros puestos de trabajo separados geográficamente"**.³³

Al respecto, Ángel Belzunegui, nos aclara que **"[I]as TIC pueden ser utilizadas como variable que facilita ciertas opciones organizativas más o menos alejadas del sistema de producción taylorista – fordista. (...) Por tanto, en lo que respecta al teletrabajo, la opción organizativa taylorista o la que intenta superarla, bajo la intermediación de las TIC, son perfectamente compatibles no sólo ya que a lo largo de las prácticas de una actividad productiva determinada, sino en el propio seno de una organización empresarial en red"**.³⁴

Todas estas definiciones comparten un mismo origen, fundado en la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones al proceso del teletrabajo, que permiten gracias a su confluencia la posibilidad real de una conexión <<on line>> o interactividad entre el teletrabajador y la empresa.³⁵

³² Encuesta Eurobarometro sobre e-Trabajo; citado por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. <<Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo>>. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 8.

³³ Citado en el Libro: Teletrabajo Incidencia Social y Económica. Op. Cit., pp.13.

³⁴ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. "Teletrabajo Estrategias de Flexibilidad". Madrid: Consejo Económico y Social, 2002, pp. 80.

³⁵ THIBAUT ARANDA. Op. Cit. 27 – 29.

El teletrabajo, como nueva forma de prestación laboral, debe servirse necesariamente de las TICs, de la informática, como herramienta que permita procesar y convertir la información en bits que a través de las telecomunicaciones serán transmitidas al empleador, sin necesidad de involucrar un desplazamiento físico. De carecer de algún elemento, no podrá perfeccionarse la prestación laboral y el teletrabajo simplemente se reduciría al mero trabajo a domicilio.

2.3. Elemento organizativo

El elemento organizativo va a determinar un nuevo marco laboral sustancialmente diferente del comúnmente establecido, que involucra para la empresa un nuevo esquema de dirección y supervisión del trabajo y al trabajador en algo parecido a ser casi su propio jefe, sin dejar de estar subordinado con su empleador.

Como señala Thibault, *"el teletrabajo es, sobre todo, un modo de organización y ejecución de la actividad laboral diferente por cuanto teletrabajar no es sólo trabajar a distancia y utilizando telecomunicaciones y/o informática, teletrabajar es servirse de la tecnología para trabajar de forma diferente"*.³⁶ Este elemento organizativo es esencial a efectos de poder diferenciar al teletrabajo de las distintas formas de trabajo fuera del local de la empresa (como el trabajo a domicilio por ejemplo).³⁷

Las nuevas formas de relación del trabajador con la empresa, propiciadas por la expansión del teletrabajo, entran en evidente contradicción con las formas

³⁶ THIBAUT ARANDA. Op. Cit. 29.

³⁷ Si bien las figuras del teletrabajo y el trabajo a domicilio pueden confundirse, debido a elementos similares, no son iguales, los teletrabajadores necesariamente participan en el conocimiento de la empresa vía telemática, a través de una vía informática de doble sentido, en contraposición de los simples trabajadores a domicilio que bien pueden como no utilizar la informática para desarrollar su trabajo, pudiendo muy bien encontrarse fuera de línea y en consecuencia nunca participar de la estructura organizativa de la empresa y mandar su trabajo sin tener que acudir a la tecnología, a través de la entrega en mano o a través del uso de un servicio de mensajería.

organizativas tradicionales laborales, basadas principalmente en el protagonismo que tiene la comunicación verbal y la transmisión de información no verbal materializada en gestos. En contraposición, se encuentra el teletrabajo, el cual que involucra la ausencia de contacto personal con unos trabajadores que ya no comparten un mismo espacio físico.³⁸

Como señala acertadamente la Escuela de Organización Industrial de España,³⁹ la desaparición de este tipo de comunicación verbal y visual, modifica por completo las reglas de juego de las relaciones laborales, introduciendo la formalización extrema de las formas de comunicación.⁴⁰⁻⁴¹

Asimismo, se modifican las estructuras de mando intermedio, promoviendo su aplanamiento o casi desaparición, por cuanto los factores de liderazgo basados en la convivencia diaria de los trabajadores prácticamente desaparecen y se produce un cambio del perfil profesional, propiciando la contratación de profesionales que puedan manejar sus tareas frente a este nuevo escenario de ausencia de supervisión física.⁴²

³⁸ Teletrabajo Incidencia Social y Económica. Op. Cit., pp. 65.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Un ejemplo de la extremada formalización de las formas de comunicación se encuentra recogido en el "Código de buenas prácticas para la gestión de la seguridad de la información - 2ª Edición", Norma Técnica Peruana "NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI. Tecnología de la Información, aprobada mediante la Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N.º 001-2007-INDECOPI-CRT del 5 de enero de 2007.

La referida norma, si bien de carácter no vinculante para el sector privado (salvo para las empresas del Estado), tiende a establecer una serie de directrices exactas de la forma adecuada de seguridad de la información implantando un conjunto adecuado de controles, que pueden ser políticas, prácticas, procedimientos, estructuras organizativas y funciones de software y hardware. Estos controles como señala la norma técnica, necesitan ser implementados, monitoreados, revisados y mejorados donde sea necesario, para asegurar que cumplan los objetivos específicos de seguridad y negocios de la organización.

⁴¹ El teletrabajo promueve la implementación de una política de acceso, las reglas y los derechos de cada usuario o grupo de usuarios a su estructura informativa, teniendo esta una serie de controles de acceso lógicos y físicos. A modo de ejemplo la utilización de una clave de acceso y el señalamiento de un código de usuario.

⁴² Nótese que solamente mencionamos la ausencia de supervisión física, por cuanto como analizaremos en el siguiente punto, el teletrabajo no involucra per se la ausencia de supervisión, por el contrario, existen casos en que la supervisión se intensifica gracias a los avances tecnológicos.

Este cambio del protagonismo de la comunicación verbal y la transmisión de información no verbal materializada en gestos, se ve suplido por la existencia de la conexión telemática, que permite una verdadera línea de interactividad entre los sistemas de información de la empresa con el resto de teletrabajadores, permitiendo al teletrabajador participar, con las limitaciones del puesto que ocupa, en el conocimiento de la organización, estando aquí el elemento central para diferenciar una estructura organizativa empresarial basada en el teletrabajo, de cualquier tipo de tercerización de servicios a través de las nuevas tecnologías.

Algunos autores señalan que, para efectos de poder estar frente a un caso de teletrabajo, el elemento organizativo se debe ver reflejado desde un punto de vista cuantitativo; es decir, cuanto tiempo el trabajador a distancia utiliza los medios telemáticos para desarrollar su labor bajo esta modalidad. Señalando que dicho periodo debe ser no menor del 20% al 50% de la jornada laboral.⁴³

Sin embargo, coincidiendo con la opinión de Thiubault, no parece adecuado fijar límites cuantitativos para afirmar o negar la existencia de teletrabajo, sino que los límites deben ser de tipos cualitativos, analizando el verdadero cambio en el modo de la organización de la prestación laboral, tanto por el trabajador como por su empleador, pasando de una estructura centralizada a una estructura de redes de expertos que se comunicarán mediante medios electrónicos y que forman agrupaciones en torno a proyectos particulares.⁴⁴

Arce nos señala que "*(...) el cambio tecnológico basado en la información, que se instituye en soporte del modelo de producción flexible, requiere de cambios*

⁴³ MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 59.

⁴⁴ Innovación en la gestión empresarial - Teletrabajo, artículo trabajado por Ernest & Young Consultores España y el Grupo Endesa, publicado en la revista Cuaderno de Cinco Días.

*trascendentales, o acaso de gran envergadura, en el plano social económico o político, para montar un andamiaje productivo distinto del anterior”.*⁴⁵

Asimismo, nos parece adecuado diferenciar al teletrabajo habitual, del mero trabajo a distancia con medios tecnológicos, como el caso del ejecutivo que se lleva tareas a su casa para trabajarlas en su computadora y concluir con una labor que no pudo terminar durante su horario de oficina. Como podemos ver en el caso planteado, no existe una verdadera modificación en la organización y ejecución del trabajo.

En conclusión, podemos afirmar que el teletrabajo va mas allá de un cambio en la prestación del trabajador, involucra una verdadera revolución empresarial, produciendo cambios importantes en la descentralización de las empresas, donde el verdadero valor añadido se encuentra en el cambio radical del marco organizacional de la empresa, donde la forma de organizar el trabajo, supervisarlos y fiscalizarlos sufre un cambio por completo favoreciendo su ejecución a distancia.

2.4. El elemento jurídico: la subordinación

El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito aplicación del Derecho del Trabajo, fue propuesto en los albores mismos de la formación de la disciplina laboral por un autor clásico llamado Ludorico Barassi quien definió a la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.⁴⁶

⁴⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit., pp. 46.

⁴⁶ ERMIDA URIARTE, Óscar; HERNÁNDEZ ALVAREZ, Óscar. "Crítica a la subordinación". En: Ius et veritas N°25, noviembre 2002, pp. 282.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S.N° 003-97-TR, (en adelante LPCL) en su artículo 9°, define a la subordinación como:

"Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

Una primera aproximación al teletrabajo podría darnos la impresión de encontrarnos frente a una actividad que se ejerce a tal nivel de libertad para el trabajador que, al estar fuera de la oficina, no se ejerce sobre él control alguno por parte de su empleador y en consecuencia estamos frente a una ausencia total de subordinación; sin embargo, esta conclusión no es acertada.

En el teletrabajo, "(...) *no obstante el alejamiento físico que hay entre el teletrabajador y su centro de labores, involucra un acercamiento "virtual" con su empleador, por el propio software operativo que vincula al teletrabajador y a su empleador, lo que incluso tratándose del trabajo on-line puede generar una dependencia mas intensa que aquella que existe cuando realiza sus labores en el interior de la empresa, pues al desarrollarse la prestación del servicio en tiempo real, de manera interactiva y con la posibilidad que el empleador y trabajador dialoguen como si estuvieran físicamente uno frente al otro, no cabe la menor duda de que el poder de dirección y control de parte del empleador y del deber de obediencia de parte del teletrabajador están en principio garantizados (...)*".⁴⁷

⁴⁷

MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 65.

Como bien señala Thibault,⁴⁸ en el trabajo a distancia el poder de dirección se siente con mayor o menor intensidad, pero existe. Hay un titular de aquella dirección cuyo origen radica en el propio contrato de trabajo, que si bien en ocasiones sustrae al trabajador a distancia de la dirección última de su trabajo, a su vez le impone otros parámetros de fiscalización de acuerdo con criterios económicos y productivos fijados por dicho titular.

En ese sentido, Sanguinetti nos señala la necesidad de “ (...) *entender que lo que las nuevas formas de empleo introducen es, más bien, una alteración de la morfología del trabajo subordinado, que obliga a un cambio en el modo de valorar la presencia en ellas de la subordinación. Es decir, lo que la emergencia de estos fenómenos pone en cuestión es el sistema de indicios utilizado hasta el momento para determinar la presencia de la subordinación (asistencia al centro de trabajo, cumplimiento de horarios, control directo y constante) pero no necesariamente la idoneidad misma de ésta para operar como elemento calificador*”.⁴⁹

Bajo este contexto, Sanguinetti profundiza en el tema, en el sentido que señala que “ (...) *el concepto de subordinación es lo suficientemente elástico y flexible como para solventar las dudas planteadas. Para ello es necesaria sólo una recomposición del sistema de indicios a utilizar para determinar su presencia en los nuevos trabajos (Pérez de los Cobos)*”.⁵⁰

Siguiendo esta posición, la doctrina que ha intentado esbozar un marco referencial de un posible listado de indicios que determine la presencia de

⁴⁸ THIBAUT ARANDA. Op. Cit., pp. 47.

⁴⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico”. En: Foro Jurídico Año IV. N.º 07. pp.151.

⁵⁰ Ibídem.

subordinación en el teletrabajo, a fin de acreditar la existencia de una relación laboral.

Uno de los listados más completos es el elaborado por Carlos Toselli y Alicia Ulla,⁵¹ el cual nos muestra los posibles indicios de subordinación y trabajo por cuenta ajena, que acompaña a toda prestación de teletrabajo.

- Inserción del teletrabajador en una organización preexistente.
- Planificación principal del resultado productivo del trabajo en interés de la empresa.
- Participación del trabajador en el marco de un servicio organizado por el empleador.
- Ajenidad del producto y de la organización donde se inserta el trabajo.
- Adquisición de los frutos por parte del principal desde el momento de su producción a cambio de una remuneración.
- Remuneración abonada durante los periodos de prestación de tareas. Por ejemplo, la licencia por enfermedad u otras contingencias sociales, feriados vacaciones.
- El trabajador se obliga a poner su actividad a disposición del empleador, a permanecer "a la orden" del principal.
- Poder de dirección del principal en la coordinación de la prestación, en la organización preexistente y rotación del rendimiento exigible.
- Sujeción a un poder disciplinario.
- Poder de control a fin que la actividad se adecue a un plan ajeno

⁵¹ TOSELLI, Carlos A y ULLA, Alicia C. "La Cuestión del teletrabajo". En: V congreso Regional América de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Setiembre 16 -19, 2001, pp. 88-89, Lima. Perú.

- Condiciones definidas (...) del uso del "software", no debiendo olvidarse que éste sólo puede ser usado en las condiciones previstas en el correspondiente contrato de licencia.
- El costo de los medios y procedimientos de seguridad de la información, debe estar a cargo de la empresa, ya que la misma se realiza en su interés.
- Imputación del costo de la línea telefónica o de otros medios de telecomunicación, a cargo de la empresa. Al ser susceptible de una pluralidad de uso, el asumir su pago constituye una fuerte presunción de la existencia de trabajo dependiente.
- El entrenamiento y capacitación específica dada por la empresa y a su costo.
- Garantía de un piso mínimo remunerativo.
- Retenciones empresariales para los sistemas de seguridad social (jubilación, obras sociales, seguros, etc.).
- Controles estrictos en cuanto al tiempo y modalidades de producción en el trabajo "on line".

Sin desmedro del listado expuesto, para el caso peruano existe un instrumento que nos puede brindar un mayor marco referencial de la presencia de la subordinación, esto es el "Código de buenas prácticas para la gestión de la seguridad de la información - 2ª Edición", recogido en la Norma Técnica Peruana "NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI". Tecnología de la Información, aprobada mediante la Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 001-2007-INDECOPI-CRT del INDECOPI, el pasado 5 de enero de 2007.

La referida norma técnica, si bien de carácter no vinculante para el sector privado (salvo para las empresas del Estado),⁵² establece una serie de directrices exactas de la forma adecuada de llevar a cabo la seguridad de la información, implantando un conjunto de controles, que pueden ser políticas, prácticas, procedimientos, estructuras organizativas y funciones de software y hardware de titularidad de cada empresa.

Referido al teletrabajo, la Norma Técnica, contempla en su numeral 11.7.2., los siguientes controles a seguir para esta nueva forma de trabajo:

- a) El aprovisionamiento del equipo y mobiliario adecuados para las actividades de teletrabajo, donde no está permitido el uso de equipos privados propios que no estén bajo el control de la organización
- b) La definición del trabajo permitido, las horas de trabajo, la clasificación de la información que puede utilizar y los sistemas y servicios internos a los que el teletrabajador esta autorizado a acceder
- c) El suministro del equipo de comunicación adecuado, incluidos los métodos para asegurar el acceso remoto
- d) El establecimiento de reglas y guías sobre la familia y el acceso de visitas al equipo y la información

⁵²

Cabe señalar que para el Sector Público la referida norma técnica es de carácter obligatorio de conformidad con la Resolución Ministerial N.º 246-2007-PCM, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 25 de agosto de 2007, la misma que establece el uso obligatorio en todas las Entidades integrantes del Sistema Nacional de Informática.

De conformidad con el artículo 7º de la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática - Decreto Legislativo N° 604; las Entidades integrantes del Sistema Nacional de Informática son:

- a. El Instituto Nacional de Estadística e Informática;
- b. El Consejo Consultivo Nacional de Estadística e Informática;
- c. El Comité de Coordinación Interinstitucional de Estadística e Informática;
- d. Las Oficinas Sectoriales de Estadística e Informática y demás Oficinas de Estadística e Informática de los ministerios, de los organismos centrales, instituciones públicas descentralizadas y empresas del Estado;
- e. Los órganos de Estadística y/o de Informática de los Gobiernos Regionales;
- f. Los órganos de Estadística y/o Informática de las Municipalidades; y,
- g. Los órganos de Estadística y/o Informática de los Poderes Públicos y de los Organismos Autónomos.

- e) El aprovisionamiento de un soporte y mantenimiento para el hardware y software;
- f) El aprovisionamiento de una póliza de seguros
- g) La auditoria y seguimiento de la seguridad
- h) La revocación de autorizaciones, derechos de acceso y devolución del equipo cuando cese las actividades de teletrabajo

Como podemos observar, la política de control planteada por la norma técnica demuestra que la actividad del trabajador se encuentra sujeta al poder de dirección de un superior, al encontrarse en un estado de sujeción en el manejo del equipo informático a su cargo.

Por otro parte, medidas como proteger mediante pólizas de seguros las computadoras asignadas al teletrabajador, ó políticas y procedimientos para prevenir las disputas concernientes a los derechos de la propiedad intelectual desarrollada en equipos privados propios; demuestran además que la actividad del trabajador es realizada por cuenta ajena, por cuanto el manejo de la información va a ser por encargo del empleador.

En virtud de lo antes expuesto, podemos señalar que la subordinación en el teletrabajo es la sujeción del trabajador al poder de dirección, control y sanción del empleador que se ejecuta a través de las nuevas tecnologías; siendo prácticamente tarea de los juzgados laborales analizar en virtud de cada caso particular, la presencia de elementos suficientes que determinar la presencia dentro del contexto tecnológico en el cual se desenvuelve el teletrabajo.

3. Modalidades del teletrabajo

Existe una gran variedad de clasificaciones realizadas alrededor del teletrabajo, basadas en la pluralidad de estudios realizados sobre la materia; sin embargo, para el presente trabajo vamos a detenernos en tres clasificaciones; la primera en función del tipo de conexión, la segunda en función del lugar donde se realiza del teletrabajo y la tercera en función de su vinculación con el trabajo ordinario.⁵³

Analizaremos cada una de ellas conforme el marco conceptual desarrollado hasta el momento.

3.1. Clasificación en función del tipo de conexión

Criterio basado en las diferentes formas de conexión entre los teletrabajadores y empleadores. El tipo de conexión resulta relevante para determinar la existencia o no de interactividad, así como de supervisión inmediata.

A continuación, analizaremos cada tipo de conexión posible.

3.1.1. On-line o conectado

Denominado también como teletrabajo en tiempo real, se produce cuando existe una conexión entre las computadoras del trabajador y el empleador, permitiendo un diálogo con el servidor⁵⁴ de la empresa, a través de los siguientes sentidos:

⁵³ Clasificación trabajada por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. Op. Cit. Pp. 334-342; por THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 32-39; por la Escuela de Organización Industrial de Madrid. Teletrabajo. Incidencia Social y Económica. Op. Cit. pp. 20-21 y por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. Op. Cit. pp.152.

⁵⁴ Modelo de comunicación entre computadoras conectadas a una red, en el que una de ellas, llamada servidor, satisface las peticiones de otra, llamada cliente. Significado ubicado en el Diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=servidor . Fecha de consulta, 20 de enero de 2010.

- **One way line o en un solo sentido**

Permite que la conexión con el servidor de la empresa sea de forma unidireccional, enviando el resultado del trabajo en tiempo real, pero sin que exista retorno de información por parte de la empresa.

Esta modalidad no puede ser entendida como teletrabajo conforme la definición laboral que venimos trabajando, en atención a que no se presenta la interactividad; ajustándose más bien con los trabajadores independientes o freenlance, los mismos que bajo proceso de "outsourcing", realizan un trabajo a favor de una empresa cuyas tareas son asignadas por vía informáticas mas nunca formarán parte del marco organizativo de la empresa.

- **Two way line o en doble sentido**

Mediante esta modalidad, tanto la computadora del trabajador como el servidor del empleador se encuentran en constante diálogo interactivo.

Esta modalidad es la que más se ajusta a la definición de teletrabajo que venimos desarrollando, al propiciar la interactividad y, en consecuencia, permitir la participación del teletrabajador en el marco organizacional de la empresa a través de las TICs, en tiempo real.

3.1.2. Off line o desconectado

En esta modalidad, el teletrabajador recibe la información vía informática pero es procesada sin comunicación con el servidor de la empresa, para luego enviar el resultado inclusive sin la utilización de medio tecnológico alguno.

Esta clasificación es la que menos se ajusta al teletrabajo como lo definimos en el presente trabajo, en atención a que los teletrabajadores no participan en el conocimiento de la empresa a través de las TICS, y en consecuencia, se encuentran alejados de formar parte de la estructura organizativa. Esta situación se aproxima más a la de los trabajadores a domicilio, los cuales utilizan la informática para desarrollar su trabajo, mas no tienen interactividad alguna con su empleador.

3.2. Clasificación en función del lugar desde donde se ejecuta el teletrabajo

Este criterio de clasificación nos permite advertir los diferentes lugares desde donde el teletrabajador puede ofrecer su trabajo.

3.2.1. Teletrabajo en casa

Modalidad de teletrabajo mayormente difundida, siendo aquel que se ejecuta en el propio hogar del teletrabajador, posibilitando a este sustituir la empresa por su domicilio, pero siempre sirviéndose de las TICs para dichos fines.

3.2.2. Teletrabajo en telecentros

Se denomina telecentros a los centros de recursos compartidos que disponen de los equipos informáticos e instalaciones de telecomunicación necesarias para el desarrollo de actividades de teletrabajo.⁵⁵

⁵⁵ Cabe señalar que las siguientes definiciones manejadas de telecentros se circunscriben dentro del escenario laboral del teletrabajo, por cuanto los telecentros conforme los lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú-, regulado por el Decreto Supremo N.º 003-2007-MTC, forman parte de proyectos estatales a cargo de INICTEL y los Gobiernos Locales, que buscan alcanzar las políticas de acceso universal, entendida esta última conforme el Art. 16 del referido Decreto Supremo como el acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios de telecomunicaciones esenciales, capaces de transmitir voz y datos, tales como telefonía fija, servicios móviles, larga distancia, portador local, Internet, entre otros.

El objetivo principal de los telecentros es brindar un servicio a los teletrabajadores que viven en las cercanías, a fin de evitar largos desplazamientos para desarrollar su trabajo, por cuanto el criterio fundamental que agrupa a los teletrabajadores que allí acuden es el geográfico.

En este escenario, el teletrabajador no se desplaza de su domicilio a la sede de la empresa, sino que lo hace a un centro específicamente diseñado para el desarrollo de su actividad. Los usuarios de esta modalidad en general suelen vivir en las inmediaciones del telecentro.

La propiedad y gestión de estos telecentros varía, desde pertenecer a una empresa o asociaciones de empresas a ser propiedad del Estado,⁵⁶ pero todas ellas buscan tener un medio de compartir los gastos en el mantenimiento de los complejos sistemas técnicos o informáticos entre los sujetos que promueven la iniciativa.⁵⁷

Cabe precisar que, no debemos confundir a los telecentros con los denominados locutorios o cabinas de Internet, los cuales brindan un servicio totalmente distinto. Mientras que los telecentros buscan principalmente poner a disposición de los usuarios, la infraestructura necesaria para el teletrabajo, las cabinas de Internet, por su parte, buscan poner a disposición el servicio de Internet dirigido principalmente para el ocio, encontrando aquí una gran diferencia.

Los telecentros como parte de una política de acceso universal permiten el acceso compartido a Internet, lo que definitivamente implica además de los resultados antes mencionados, una mayor posibilidad de acceso a la cultura y a la ciencia, en general.

Más información sobre los distintos telecentros en el país, consultar en: <http://www.telecentros.pe/participantes.shtml>

⁵⁶ THIBAUT ARANDA. Op. Cit. pp. 35.

⁵⁷ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo: Op. Cit., pp. 163.

3.2.3. Teletrabajo móvil o itinerante

Se presenta cuando la prestación del teletrabajador involucra una movilidad permanente, teniendo para esto un equipo informático portátil que le permite desempeñar su actividad en cualquier lugar.⁵⁸ Un ejemplo claro de este tipo de prestación es la de los auditores, consultores, así como los formadores de empresa.

3.3. Clasificación en función de la vinculación con el trabajo ordinario

Este criterio de clasificación se determina en función de la vinculación del teletrabajo con el trabajo ordinario:

3.3.1. Teletrabajo pendularista

En el teletrabajo pendularista se alternan labores fuera y dentro de la empresa, ya que el trabajador acude a los locales de ésta en ocasiones previamente determinadas, cuando es requerido o cuando se estima necesario.⁵⁹

3.3.2. Teletrabajo absolutamente externo

El teletrabajador lleva a cabo toda su prestación delante de un videoterminal externo, sin tener que acudir a las instalaciones de su empleador.⁶⁰ Un claro ejemplo es el del teletrabajo transnacional, cuando el trabajador se encuentra en un país distinto del país donde reporta sus labores.

⁵⁸ MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. Op. Cit., pp. 62

⁵⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. Op. Cit., pp.152.

⁶⁰ *Ibidem*.

Para finalizar, resulta adecuado precisar que todas estas clasificaciones no son excluyentes, existiendo así la posibilidad que una misma prestación de teletrabajo se pueda ejecutar en más de una modalidad de teletrabajo, siempre y cuando concluyan los cuatro elementos propios del teletrabajo (elemento tecnológico, espacial, organizativo y jurídico).

4. Trabajo a domicilio y teletrabajo

A lo largo del presente capítulo hemos ido adelantando que teletrabajo y trabajo a domicilio no son exactamente lo mismo, pero antes de profundizar en el tema, sería conveniente conocer un poco más de la institución del trabajo a domicilio, sus orígenes, para después encontrar los puntos de encuentro o desencuentro con el marco conceptual que nos presenta el teletrabajo.

Este análisis resulta necesario en atención a que, en la opinión de algunos autores, las novedades que introduce el teletrabajo, frente al 'trabajo a domicilio', serían las siguientes:

- a) La extensión del fenómeno a sectores nuevos y a tareas más complejas que las manuales de antaño (tratamiento, transmisión y acumulación de información; investigación y desarrollo; asistencia técnica, consultoría y auditoría; gestión de recursos; ventas y operaciones mercantiles en general; diseño, periodismo y traducción, etc.)⁶¹ y
- b) El empleo de las nuevas tecnologías como medio de interconexión. Es por ello que para algunos el surgimiento del teletrabajo puede ser interpretado como expresión de un renacimiento del trabajo a

⁶¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. Op. Cit., pp.151.

domicilio o del retorno de formas arcaicas de empleo de la mano de obra.⁶²

En el presente punto pretendemos abordar la veracidad de dicha afirmación.

4.1. Antecedentes legislativos y marco legal del trabajo a domicilio

El trabajo a domicilio en el Perú es una institución de principios del siglo XX, relacionada directamente con las actividades industriales denominadas de "aguja" (vestido, confección), donde la mujer era considerada como especialmente capacitada para su ejercicio; sin embargo, desde su nacimiento esta forma de trabajo fue utilizada por la empresa capitalista de forma clandestina configurando, poco a poco, como un trabajo fuera de los beneficios de la protección laboral.⁶³

Es así que, nuestro primer referente legislativo, la ley de Trabajo de los Niños y Mujeres por Cuenta Ajena - Ley N° 2851- de noviembre del año 1918, buscaba detener la desigualdad existente entre el trabajo de planta versus el trabajo a domicilio para las mujeres. Los artículos 27^{o64} y 28^{o65}, refieren que en los establecimientos del Estado que utilicen el trabajo en taller o a domicilio, el

⁶² Ibídem.

⁶³ VEGA RUIZ, María Luz. "El Trabajo a domicilio: Un análisis comparativo de la legislación y la práctica". OIT Ginebra: Programa de Servicios de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, documento núm. 10, 1995, pp. 35. Citado por VERDERA V, Francisco. "Trabajadores a domicilio en el Perú". Departamento de políticas de desarrollo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998, pp. 11.

⁶⁴ Artículo 27º de la Ley N.º 2851.- En los establecimientos del Estado o las instituciones locales en que se pague el trabajo en taller ó á domicilio, á tanto por pieza, ó de la tarea, de manera de que cada trabajadora, gane como mínimo, por jornada legal, el monto normal del salario que rija en cada lugar.

⁶⁵ Artículo 28º de la Ley N.º 2851.- Las mujeres que hacen trabajo de costura, á domicilio, deben recibir un salario por lo menos igual al que ganan por jornada legal, las obreras en taller. Si el trabajo se paga por piezas, la jornada legal debe producirse el mismo salario.

promedio del salario femenino será no menor al que se pague como mínimo por la jornada legal.⁶⁶

En marzo de 1937, se promulgó la Ley N° 8514,⁶⁷ norma que definió al trabajo a domicilio como toda labor manual que se ejecuta en el domicilio del trabajador o en el taller de la familia que puede ser utilizada para actividades de tipo comercial, industrial, de contratista y subcontratista. Asimismo, establece en su artículo 13º,⁶⁸ que el salario del trabajador a domicilio será no inferior al que perciba por la misma labor, en la misma localidad y en igualdad de circunstancias el obrero que trabaja sometido a la dirección inmediata de un patrono y en la fábrica o taller de éste.

A nivel constitucional, el artículo 50º de la Constitución Política de 1979⁶⁹ reconoció al trabajador a domicilio una situación jurídica análoga a la de los demás trabajadores, según las particularidades de su labor. Este artículo para Verderra, extendió todos los derechos de los trabajadores ordinarios a los trabajadores a domicilio.⁷⁰

⁶⁶ La contratación de trabajadores a domicilio por parte del Estado se mantuvo vigente hasta 1992, año en que concluye por la privatización de las empresas públicas. El caso más destacado fue el de la empresa Industrias Militares (INDUMIL), que utilizaba esta modalidad para la confección de uniformes militares. Más información por VERDERA V, Francisco. *Ibíd.*, pp. 3-4.

⁶⁷ Artículo 2º de la Ley N.º 8514.- Trabajo a domicilio es toda labor manual que se ejecuta a jornal, por tarea o a destajo, por cuenta de un patrono, en el domicilio del trabajador o en taller de familia. Taller de familia es el que constituyen al servicio de uno o de distintos patronos el cónyuge, los ascendientes, los descendientes mayores de catorce años o los padres de la persona que dirija el taller, siempre que todos trabajen en la misma casa.

⁶⁸ Artículo 13º de la Ley N.º 8514.- El salario del trabajador a domicilio no será inferior al que perciba por la misma labor, en la misma localidad y en igualdad de circunstancias el obrero que trabaja sometido a la dirección inmediata de un patrono y en la fábrica o taller de éste. Si el trabajador a domicilio es mujer, el salario no será inferior al que, por la misma labor, perciban los trabajadores varones.

⁶⁹ Artículo 50º de la Constitución de 1979.- Se reconoce al trabajador a domicilio una situación análoga a la de los demás trabajadores, según las peculiaridades de su labor.

⁷⁰ VERDERA V, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 2-3.

En el ámbito internacional, el Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo refiere en su artículo 1^{o71} que la expresión 'trabajo a domicilio' significa el trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador; independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerada como trabajador independiente. A su vez, establece que una persona que tenga la condición de asalariado no será considerado trabajador a domicilio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

Retomando el ámbito nacional, nuestra vigente LPCL en su artículo 87^{o72} y siguientes, considera como trabajado a domicilio aquel que se ejecuta habitual y temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por éste, precisando que dicho trabajo se lleva a cabo sin supervisión directa e inmediata

⁷¹ Artículo 1º del C177, Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996
A los efectos del presente Convenio:
a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:
i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
ii) a cambio de una remuneración;
iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;
b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;
c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

⁷² Artículo 87º de la LPCL.- Trabajo a domicilio es el 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. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.
En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.

del empleador,⁷³ reconociendo que en la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.

Como podemos apreciar, el trabajo a domicilio desde sus orígenes se encontraba directamente relacionado a labores manuales, propias de mujeres y relacionadas directamente a trabajos de costura. El legislador siempre fue consiente de los peligros que su practica involucraba como medida empresarial de búsqueda de fuerza de trabajo ajena a todo derecho laboral, peligro que buscó remediar en base a la homologación salarial y de beneficios sociales con los trabajadores ordinarios.

El cambio regulatorio de la actual LPCL demuestra una posición de apertura del trabajo a domicilio de su inicial identificación de labores de confección para englobar un mayor supuesto de actividades de desarrollo, inclusive las de tipo intelectual de creación de bienes inmateriales. Del mismo modo, la actual regulación conserva el reconocimiento de la presencia de una relación laboral, cuya remuneración será fijada por las partes en el contrato de trabajo o por el convenio colectivo de trabajo a domicilio, que no será necesariamente igual a la de los trabajadores de la empresa, como le reconocía sus normas antecesoras.

De la lectura del artículo 87° de la LPCL, podemos encontrar los siguientes elementos tipificadores del trabajo a domicilio:

- a) Libre elección del lugar de la prestación por parte del trabajador y necesariamente fuera del centro de trabajo del empleador

⁷³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luís. "Guía Laboral. Guía Legal de Problemas y Soluciones Laborales". Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp.360.

- b) Su ejecución de manera temporal y discontinua
- c) Se lleva a cabo sin la supervisión directa e inmediata del empleador

Tras haber determinado los elementos que tipifican el trabajo a domicilio, no podemos negar a primera impresión las similitudes que presenta esta categoría jurídica con el teletrabajo; sin embargo, para delimitar con precisión los contornos de ambas modalidades y fijar su área de coincidencia, habrá que distinguir entre los requisitos esenciales y accesorios de una y otra figura,⁷⁴ a través de la comparación de los elementos tipificadores del trabajo a domicilio con las definiciones que del teletrabajo hemos manejado en los puntos anteriores.

4.2. Libre elección del lugar de la prestación y necesariamente fuera del centro de trabajo

La identificación inicial del teletrabajo con el trabajo a domicilio parte, desde su concepción, como una nueva herramienta política de empleo que buscaba dar solución al problema ambiental y de transporte, mediante el acercamiento del trabajo al trabajador, con la finalidad que éste no saliese de casa y así contribuyese a no aumentar la polución por el uso de los vehículos de transporte.⁷⁵ De esta forma, podemos apreciar el acercamiento del teletrabajo con la regulación del trabajo a domicilio, que está pensada para aquellos que destinan todo su tiempo a trabajar en el domicilio.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, D. Miguel. Regulación jurídica del teletrabajo. En: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/46_NUEVAS_TECNOLOGIAS_Y/doc/Regulaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20del%20teletrabajo.pdf. Fecha de consulta, 11 de diciembre de 2009.

⁷⁵ TOBIO, Miguel y CASADO, José Manuel. "El Trabajo del Futuro". En: Capital Humano N°78, Suplemento Trabajo en Equipo, Madrid, Mayo, 1995, pp. 18.

Sin embargo, el teletrabajo al día de hoy es visto más como una herramienta dentro de la política de recursos humanos que busca alcanzar la reducción de gastos en activos fijos (alquiler de oficinas) a través de la descentralización del trabajo que no sólo puede desarrollarse en el domicilio del trabajador, sino también en telecentros acondicionados por el empleador y de ser necesario de forma móvil o itinerante, sin desmedro de reducir el absentismo laboral, además de conseguir el personal más capacitado sin estar limitados por las distancias geográficas.⁷⁶

Pese a ello, autores nacionales como Mónica Pizarro,⁷⁷ señalan que conforme nuestra legislación, el trabajo a domicilio puede contemplar la nueva concepción que tenemos de teletrabajo, al permitir que el trabajador sea el que designe el lugar a desarrollar la prestación laboral, conforme la lectura del artículo 87° de la LPCL.

Al respecto, es bueno tener presente que en el teletrabajo, la libre elección del lugar de ejecución de la prestación de servicios no se va a dar siempre, pudiendo en ocasiones venir impuesto a raíz de una decisión unilateral del empresario. Por ejemplo, al momento de la convocatoria laboral para ocupar un puesto de teletrabajo puede establecerse que la prestación se vaya a desarrollar en el domicilio del trabajador, sin mediar decisión alguna por parte del trabajador. Este escenario nos obliga a cuestionarnos, si el empleador es el que en realidad define el lugar de trabajo, con lo cual el domicilio tendría en realidad el carácter de centro de trabajo y, en consecuencia, ya no nos encontraríamos frente a la figura del trabajo a domicilio.⁷⁸

⁷⁶ En este sentido, ARMAS MORALES, Carlos. Op. Cit. pp.8

⁷⁷ PIZARRO DIAZ, Mónica. "El teletrabajo en el Perú. ¿Es necesaria una regulación especial?". En: Actualidad Jurídica, Lima, Enero, 2006, N.º 146, pp. 288, Lima.

⁷⁸ VERDERA V, Francisco. Op. Cit., pp. 10.

Ante tal circunstancia, cabe preguntarnos hasta qué punto esta “libre elección” del lugar de la prestación no es sino una “ficción legal”, especialmente en aquellos supuestos en los que el trabajador está poco calificado y pertenece a un sector con altas tasas de desempleo,⁷⁹ siendo prácticamente impuesto que el teletrabajador brinde un espacio de su casa para facilitar la reducción del costo de activo fijo a favor de su empleador.

Con relación a la ejecución de la prestación laboral fuera del centro de trabajo, si tenemos presente que la esencia del teletrabajo consiste en la presencia de la prestación laboral en la empresa gracias a los avances de las TICs, con independencia del lugar físico donde se encuentre el trabajador,⁸⁰ cómo así podemos sostener que la prestación se realiza fuera del centro de trabajo.

El concepto de teletrabajo involucra perse una dicotomía entre la ubicación del trabajador y el lugar de ejecución de la prestación laboral, de ahí que independientemente del lugar de ubicación del trabajador, el trabajo siempre se ejecutará en la empresa gracias al acercamiento virtual que nos permite las TICs.

Con relación a este punto, Durand señala que:

"(...) el hecho de que, si bien el teletrabajo reposa asimismo sobre la idea de deslocalización del lugar de trabajo, presenta un rasgo estructural que lo separa definitivamente de la caracterización tradicional del trabajo a domicilio, a saber, la dimensión <<a distancia>> (tele), que determina que el teletrabajador, a través de las telecomunicaciones y de los medios informáticos, esté o pueda estar en relación directa e instantánea con otras tareas efectuadas en la sede empresarial."⁸¹

⁷⁹ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit., pp. 60.

⁸⁰ Teletrabajo Incidencia Social y Económica. Op. Cit., pp. 113.

⁸¹ Durand, J-P. “Telétravail à domicile et retour au mythe pastoral”, en VV. AA.: Le travail salarié à domicile pp. 9-10. Citado SERRANO OLIVARES, Raquel. “Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica”. Consejo Económico Social, Madrid, 2000. pp. 271.

Asimismo, la Escuela de Organización Industrial de España menciona que:

"Aunque directamente parezca aplicable la legislación actual al teletrabajo, algunos juristas europeos discrepan de ello ya que argumentan que si bien el teletrabajo puede asimilarse en algunos aspectos al trabajo a domicilio, en otros se diferencia notablemente, entre los que cabe citar el tipo de control que un teletrabajador puede ejercitar desde su domicilio sobre determinados procesos de la empresa a los que está conectado en forma directa."⁸²

En virtud de lo antes expuesto, resulta difícil concluir que el teletrabajo comparta con el 'trabajo a domicilio', la libre elección del lugar de la prestación cuando en ocasiones puede venir impuesto por parte del empleador y, en especial, cuando la ubicación del trabajador resulta irrelevante dado que la prestación siempre se encontrará en la empresa, gracias al acercamiento producido por las TICs. Más que considerar al teletrabajo en línea como una nueva forma de trabajo a domicilio, debería ser considerado como una nueva forma de trabajo en la empresa.⁸³

4.3. La ejecución de manera temporal y discontinua

El artículo 87° de la LPCL, señala que el trabajo a domicilio se puede ejecutar de manera temporal y discontinua, definición que parte de la naturaleza irregular y estacional propia del trabajo a domicilio cuyas condiciones no controla del todo el empleador y que se presenta en ocasiones combinado con actividades de trabajo independiente.⁸⁴⁻⁸⁵

⁸² Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Op. Cit. pp. 111.

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ VERDERA V, Francisco. Op. Cit. pp. 10.

⁸⁵ Para ilustrar lo antes mencionado, Grompone en un estudio sobre los talleres de confección, nos muestra el caso de los talleristas que realizan en su pequeño establecimiento parte o la totalidad de una confección por temporadas (a modo de ejemplo temporada escolar), y que se les estima inserto en una relación de subordinación en atención que su materia prima ha sido adelantada por una fábrica, que se encargará también de su comercialización posterior. Sin embargo, el referido estudio observa que en la mayoría de

Sin embargo, el teletrabajo no puede compartir con el trabajo a domicilio como elemento tipificador la discontinuidad, en atención a que la naturaleza del teletrabajo es siempre continuo por involucrar después de todo un cambio en el marco organizacional de una empresa, de aplicación permanente, a fin de que pueda significar una verdadera revolución empresarial, produciendo cambios importantes en la descentralización de la misma.

Cambios que conllevan la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales, que involucran tanto la reorganización de los mandos jerárquicos de la empresa, así como la utilización de nuevos instrumentos de trabajo, como el manejo de una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador. De ahí que, pensar que el teletrabajo sea discontinuo involucraría confundirlo con el mero trabajo a distancia con medios tecnológicos, como el caso del ejecutivo que se lleva trabajo a casa para concluirlo en su computadora por no haberlo podido terminar durante el horario de oficina, que al no involucrar una verdadera modificación en la organización y ejecución del trabajo, este trabajo puede ser realizado un día en casa para posteriormente ser realizado en la oficina, sin involucrar cambio alguno tanto para el trabajador como para la empresa.

Un marco organizacional discontinuo, involucraría para el empresario enormes sobrecostos de reemplazo de equipos informáticos (hardware), y la no utilización de una serie de programas informáticos adquiridos (software de vigilancia electrónica, infraestructuras de intranet, entre otros⁸⁶), así como la reposición de

estos casos los talleristas han producido alternativamente o conjuntamente trabajos de modo independientes. GROMPONE, Romeo. *Talleristas y vendedores ambulantes de Lima*. Lima: DESCO, 1985, pp96. Citado por VERDERA V, Francisco. Op. Cit. pp. 10.

⁸⁶ LARREA DE ROSSI nos menciona que: *“Las empresas de cierta envergadura suelen tener sus propios servidores de correos corporativos y asumen los costos que implican con las computadoras, el software*

oficinas, mobiliario y, de ser el caso, la recomposición de sus estructuras de mando intermedio; es decir, todo un retorno a una estructura de empresa tradicional, grandes oficinas, gran número de empleados, marcaje de tarjetas, entre otros, lo cual resulta totalmente inviable.

No queda sino concluir, que el teletrabajo como parte de una nueva estructura organizacional, no puede compartir con el trabajo a domicilio su naturaleza discontinua y temporal, por cuanto involucraría desconocer la esencia de revolución empresarial y organizacional de naturaleza permanente que conlleva la aplicación del teletrabajo en una empresa en marcha.

4.4. La ejecución de la prestación sin la supervisión directa e inmediata del empleador

Retomando el análisis del artículo 87° de la LPCL, éste señala que el trabajo a domicilio se debe desarrollar sin supervisión directa e inmediata del empleador, lo que en el teletrabajo no se da necesariamente. Es importante señalar que prestar un servicio fuera de la sede de la empresa, implica que la ejecución del mismo no puede vigilarse físicamente, pero esto no involucra que exista una falta de control,⁸⁷ sino que éste se da en momentos diferentes, siendo este el punto de desencuentro que separa el 'trabajo a domicilio' del 'teletrabajo'.

apropiado, el programa de navegación y el correo electrónico, el pago del derecho a usar el dominio que hayan establecido, la habilitación de las cuentas de e-mail asignado a sus trabajadores, la arquitectura de la red empresarial (LAN), el mantenimiento de un servidor corporativo propio, el soporte técnico e informático, la actualización y pago de licencias de todos ellos, los programas y herramientas antivirus, antispam (programas que evitan la recepción de correos de forma indiscriminada), proxy (servidor encargado de centralizar el tráfico entre el Internet y una red privada), firewall (programa que asegura que las comunicaciones de los usuarios de la red se realicen bajo las normas de seguridad previamente instaladas), así como los filtros de seguridad necesarios, (...) el pago adicional de la 'data' es decir la infraestructura para lograr la conexión (cablenet o similares, ADSL, red telefónica, fibra óptica, etc.)". En LARREA DE ROSSI, Jorge A. "La tendencia Jurisprudencial del Despido". En: Dialogo a la Jurisprudencia, N.º 133, Octubre de 2009, pp. 43-44.

⁸⁷ RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola. "El Teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo". En: Revista Derecho y Tecnología del Centro de Investigaciones en Nuevas tecnologías de la Universidad Católica del Táchira, año 2003, número 2, pp. 65.

El trabajo a domicilio se caracteriza por una morfología de la vigilancia empresarial concentrada en diversos momentos de la prestación,⁸⁸ que se traduce en la posibilidad de que se ejerzan dos controles, uno al inicio y otro al término de la actividad. En efecto, medios de control que se manifiestan cuando se da la especificación inicial del trabajo a desarrollar y luego el control del resultado, dándose así un control indirecto y mediato.⁸⁹

Por el contrario, el teletrabajo, pese a involucrar un alejamiento físico entre el teletrabajador y su empleador, permite a estos últimos ejercer un control permanente sobre sus teletrabajadores por medio de las nuevas tecnologías, verificando en tiempo real el desarrollo de la actividad laboral.⁹⁰ De esta forma, los empleadores ejercen una supervisión de tipo directo e inmediato, muy diferente del trabajo a domicilio, pese a que los teletrabajadores, en ocasiones, organizan libremente su labor y horarios (como los trabajadores a domicilio), siempre estarán sometidos al poder de dirección (inicial y sucesivo) del empresario.⁹¹

A mayor abundamiento, Carlos Margary señala lo siguiente:

"(...) al encontrarnos frente a un trabajo on-line puede generar una dependencia más intensa que aquella que existe cuando realiza sus labores en el interior de la empresa, pues al desarrollarse la prestación del servicio en tiempo real, de manera interactiva y con la posibilidad que el empleador y trabajador dialoguen como si estuvieran físicamente uno frente al otro, no cabe la menor duda de que el poder de dirección

⁸⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas tecnologías y relación de trabajo". Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 44. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 60-61.

⁸⁹ Esto se da cuando el empleador es el que fija las especificaciones del producto o servicio al momento de la entrega de materia prima e insumos en cierto volumen y desarrolla el control del resultado cuando esta materia prima regresa a él después de haber sido completado el proceso para el cual la habilidad del trabajador externo ha sido requerida. Sólo en este momento del control del resultado el empleador podrá determinar efectivamente algún caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes.

⁹⁰ GARCÍA LÓPEZ, Fátima y MONJE JIMÉNEZ, Teresa. "Legislación Comunitaria y española aplicable al Teletrabajo". En: Teletrabajo y Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pp. 80.

⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. TELETRABAJO (Voz para un diccionario jurídico), pp 48. En el blog de Wilfredo Sanguinetti, en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/> . Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

*y control de parte del empleador y del deber de obediencia de parte del teletrabajador están en principio garantizados”.*⁹²

En atención a lo antes expuesto, no queda más que concluir que el teletrabajo no comparte el último de los elementos tipificadores del trabajo a domicilio, esto es, la ausencia de vigilancia; por cuanto el teletrabajo mas allá de importar un alejamiento del centro de labores, involucra más bien un cambio organizacional en la forma de trabajar del empleador y trabajador, que se manifiesta en el ejercicio del derecho de supervisión efectiva y directa a través de la utilización de las nuevas tecnologías, hecho que no se da en el trabajo a domicilio tradicional.

4.5. Necesidad de una regulación especial para el teletrabajo

Como hemos ido desarrollando, el 'teletrabajo' como marco teórico mantiene con el 'trabajo a domicilio' más diferencias que similitudes, desde los elementos que lo tipifican.

Frente a tal contexto, intentaremos dar respuesta a cuál sería la regulación legal adecuada para el teletrabajo, si pese a las referidas diferencias es necesario tener especial referencia a la regulación del 'trabajo a domicilio' para suplir el vacío legal que tiene el teletrabajo, o en su defecto, si es necesaria una regulación ad hoc para regular esta novedosa modalidad laboral.

Sobre esto último, autores como Mayor Sánchez vienen sosteniendo que se hace imprescindible que en el Perú se establezca una legislación que responda a esta nueva forma de trabajar, lo que necesariamente hace pensar en la necesidad de una regulación específica.⁹³

⁹² MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. Op. Cit. pp. 65.

⁹³ MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. EL TELETRABAJO Y EL TRABAJO A DOMICILIO. SU INFLUENCIA EN EL DERECHO LABORAL PERUANO, en:

Nuestro anteproyecto de la Ley General del Trabajo, recoge en su artículo 41° dicho pedido, al incluir una definición del trabajo a distancia, norma que establece lo siguiente:

"Sub capítulo III Contrato de trabajo a distancia

Artículo 41°.- Definición

El contrato de trabajo a distancia regula el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador en la empresa con la que mantiene conexión a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y supervisión de las labores.

Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo a distancia, la continuidad en la ejecución de la prestación, la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros".⁹⁴

Como puede apreciarse, de la lectura del precedente artículo, podemos encontrar dentro su regulación, tres de los elementos comunes que forman parte de la gran mayoría de definiciones que desde los distintos ámbitos de estudios de las ciencias sociales o disciplinas científicas, se han ocupado del teletrabajo.

Contempla el elemento espacial (al señalar que las labores no tienen que regular la presencia física del trabajador, además de definirlo como trabajo a distancia); el elemento tecnológico (precisa que la conexión con la empresa es a través de medios informáticos); y por último el elemento jurídico - la subordinación (establece la posibilidad de control y supervisión mediante los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, por parte del empleador). A su vez, determina un listado abierto de indicios que puede coadyuvar al Juez a determinar si se encuentra frente a un trabajo subordinado.⁹⁵

<http://74.125.93.132/search?q=cache:T6BAi21OTCcJ:telecapacitados.tic.org.ar/archivos.php%3Fb%3D319+EL+TELETRABAJO+Y+EL+TRABAJO+A+DOMICILIO.+SU+INFLUENCIA+EN+EL+DERECHO+LABORAL+PERUANO&cd=1&hl=es&ct=clnk&qI=pe> . Fecha de consulta, 17 de enero de 2010.

⁹⁴ Dictamen de la Comisión de Trabajo recaído en los Proyectos de Ley Nos. 67/2006-CR, 128/2006-CR, 271/2006-CR, 378/2006-CR, 610/2006-PE, 815/2006-CR, 831/2006-CR y 837/2006-CR, que proponen la Ley General del Trabajo. En: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/Dict-LGT-Final-14-05-07.pdf>. Fecha de consulta, 18 de enero de 2010.

⁹⁵ Sulmer Ramírez, nos indica que toda valorización de indicios basada en la puesta a disposición de maquinaria por el empleador, debe realizarse, no obstante, con cierta precaución en virtud: "...de un lado, porque el

Aparte de lo señalado, nos preguntamos cuál es el verdadero aporte que conlleva la definición del trabajo a distancia o teletrabajo del citado anteproyecto, para suplir el vacío legislativo que dicha modalidad laboral presenta. A nuestro parecer, ninguno, en atención a que la definición más allá de utilizar el elemento tecnológico para su definición, no utiliza ningún criterio legal para definir los derechos laborales que corresponden a aquel trabajador.

Dentro de la experiencia extranjera a fin de establecer mecanismos que permitan el cumplimiento de los estándares laborales mínimos con relación al teletrabajo, tenemos el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo,⁹⁶ el mismo que regula lo siguiente: la definición y campo de aplicación del teletrabajo, el carácter voluntario, las condiciones de empleo, la protección de datos, la vida privada del trabajador, los equipamientos, la salud y la seguridad, la organización del trabajo, la formación, y los derechos colectivos, así como la implementación y seguimiento del mismo.⁹⁷

Ninguno de estos puntos fue tocado por el anteproyecto para crear su categoría jurídica de teletrabajo, de ahí que dicho dispositivo no supe los riesgos de su potencial empleo como mecanismo de evasión de la legislación laboral; las posibles intromisiones ilegítimas en la esfera privada del trabajador como resultado del control indiscriminado al que pueden dar lugar ciertas modalidades de teletrabajo interconectado (on-line); y su posible utilización como forma de

teletrabajador por cuenta ajena, aporta en ocasiones su propio ordenador, fax, etc.; de otro, porque la entidad económica de la infraestructura material y técnica utilizada no permite presumir siempre la existencia de una organización productiva autónoma de una empresa en sentido económico, pues la moderna fenomenología del trabajo a domicilio requiere a veces, la utilización de costosa maquinaria y en ocasiones de avanzada tecnología". Op. Cit., pp. 71.

⁹⁶ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. En: <http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>. Fecha de consulta, 02 de diciembre de 2009.

⁹⁷ Por su parte, el proyecto de ley sobre el Régimen Jurídico del Teletrabajo en relación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina regula la definición del teletrabajo, el carácter voluntario, las condiciones de empleo, la protección de datos, la vida privada del trabajador, los equipamientos, la salud y la seguridad, la organización del trabajo. Más información en el Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social de la Nación de Argentina. En: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf. Fecha de consulta, 27 de septiembre de 2010.

transferir los costes derivados de la prestación del trabajo a quien lo realiza; o, en fin, en la disolución de la acción sindical a la que puede conducir la dispersión geográfica y el aislamiento de este personal.⁹⁸

Si tenemos presente que el teletrabajo no llega a compartir ninguno de los elementos que tipifican el trabajo a domicilio, además de existir por otra parte aspectos intelectuales, remunerativos, tecnológicos, psicológicos que alejan al 'teletrabajo' del tradicional 'trabajo a domicilio'⁹⁹, nos preguntamos por qué no deberían ser las normas del régimen laboral común de la actividad privada las llamadas a regular el vacío de esta modalidad laboral, hasta la emisión de una norma ad hoc que contenga una regulación complementaria para aquellas situaciones que por lo especializado de la actividad así lo requieran.

Esta conclusión parte de tener presente que si el trabajo y el control ejercido por el empleador hacia el teletrabajador es igual como si el trabajo fuese realizado en los locales de la empresa, no es consecuente que para efectos de los derechos laborales (a modo de ejemplo los beneficios sociales), los derechos correspondan como si el trabajo se encontrase fuera de la misma.¹⁰⁰

Dentro de las condiciones de empleo que señala el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, se establece que los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la

⁹⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. TELETRABAJO (Voz para un diccionario jurídico). En el blog de Wilfredo Sanguinetti, en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/> . Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁹⁹ RASO DELGUE, Juan. Op. Cit., pp. 276. Citado por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. Op. Cit. pp. 347.

¹⁰⁰ Posición que se encuentra reafirmada por la pérdida del carácter proteccionista y homologador de la actual regulación de trabajo a domicilio en contraposición de sus antecedentes legislativos. La cual ya no busca equiparar las remuneraciones de los trabajadores a domicilio con los trabajadores en planta, como bien lo explicamos en el punto 4.1 del presente capítulo.

empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios, individuales o colectivos.¹⁰¹⁻¹⁰²

Similar posición comparte para el caso peruano, Carlos Jiménez, al referirse sobre el 'contrato de trabajo a distancia' en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, señalando que: "*(...) debiera establecerse que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que se desempeñan físicamente en las instalaciones de la empresa. Ahora bien, tomando en cuenta las peculiaridades del teletrabajo pueden requerirse acuerdos específicos complementarios (individuales o colectivos)*".¹⁰³

En este escenario, Sanguinetti¹⁰⁴ nos presenta un sistema de indicios basado en el tipo de supervisión llevada a cabo por el empleador, con la finalidad que el mismo nos pueda conducir a adoptar el tipo de regulación legal adecuado a la prestación laboral realizada mediante el uso de nuevas tecnologías. Siendo tres las opciones propuestas:

-
- ¹⁰¹ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo:
(...)
4) Condiciones de empleo
En lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.
- En, <http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>. Fecha de consulta, 02 de diciembre de 2009.
- ¹⁰² Por su parte, el proyecto de ley sobre el Régimen Jurídico del Teletrabajo en relación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, dispone en su artículo 2º que los teletrabajadores gozarán de los mismos beneficios que los demás trabajadores en relación de dependencia. Más información en el Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social de la Nación de Argentina. En: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf. Fecha de consulta, 27 de septiembre de 2010.
- ¹⁰³ JIMÉNEZ, Carlos, El contrato de trabajo a distancia en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo. En: Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 492. Citado por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. Op. Cit. pp. 347-348.
- ¹⁰⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico". pp. 6. Artículo publicado en Foro Jurídico. Revista de Derecho, Lima, 2007, núm. 7, págs. 151-156.

- a. La del trabajador subordinado del régimen común, cuando sea posible detectar la existencia de un control continuo y directo sobre la actividad del trabajador. Aquí, pese a que el teletrabajador organiza libremente su labor y sus horarios, como los trabajadores a domicilio, está sometido al poder de dirección (inicial y sucesivo) del empresario;
- b. La del trabajador a domicilio, cuando el poder de dirección empresarial se manifieste exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de su resultado. Aun cuando para dichas acciones medie la utilización de las nuevas tecnologías, pero no se presente la interactividad; y
- c. La del trabajador autónomo, cuando ninguna de las notas antes señaladas comparezca en la realidad. El deudor de la promesa de trabajo es el organizador y director de su propia actividad. Cuenta con una organización de medios propia (inclusive personal a su cargo) y desarrolla su labor libremente, sin estar sometido a las directrices de un empresario.

Esta clasificación presentada por Sanguinetti, nos parece la más adecuada al permitirnos diferenciar el 'teletrabajo' del 'trabajo de servicios a distancia', realizada con los medios telemáticos (en los que usan la computadora solamente para que cumpla no más que las funciones de una máquina de escribir, y el correo electrónico sólo para enviar la información que ha sido recabada). Esto en atención a que a pesar de tratarse de supuesto que *"(...) no son totalmente diferentes entre sí, se produce entre ellos una suerte de relación género especie, pudiéndose decir que todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo"*.¹⁰⁵

¹⁰⁵ RAMIREZ COLINA, Sulmer Paola. Op. Cit. pp. 64.

De esta forma, los trabajadores a distancia que realizan tareas fuera de línea pueden asemejarse a los trabajadores manuales a domicilio (porque realmente no son teletrabajadores). Al igual que ellos, organizan a su gusto su trabajo y ordenan su tiempo en función de sus conveniencias, su vida familiar o su ocio. Por su lado, los trabajadores a distancia que mantengan una conexión permanente con el servidor central de la empresa, y que se encuentran sujetos a un control inmediato o en tiempo real de su actividad por parte del empresario, podrán ser calificados como teletrabajadores y, en consecuencia, se encuentran sujetos al régimen común de la LPCL.



CAPÍTULO II

PODER DE DIRECCIÓN Y TELETRABAJO



CAPÍTULO II

PODER DE DIRECCIÓN Y TELETRABAJO

1. Modificación de las condiciones de trabajo en la aplicación del teletrabajo

Conforme hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo, la decisión de emplear el teletrabajo en una empresa involucra plantear una estructura organizativa totalmente distinta de la de una empresa tradicional, por cuanto comprende la aplicación de un nuevo esquema de dirección y supervisión del trabajo. Se promueve la casi desaparición de las estructuras de mando intermedio, propiciando la contratación de profesionales que puedan desenvolverse en este nuevo escenario de ausencia de supervisión física, de las tareas previamente asignadas.

Este proyecto de reorganización, plantea para el empleador el cuestionamiento de poder determinar si cuenta con la facultad de imponer a sus trabajadores la aplicación del teletrabajo, o si resulta necesaria una negociación previa con el trabajador para conseguir llevar a cabo la ejecución del teletrabajo.

La capacidad del empleador de decidir su voluntad en la forma de cómo debe llevarse a cabo la actividad laboral, es una facultad que forma parte del poder de dirección, que involucra las atribuciones de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador.

Sin embargo, el ejercicio del poder de dirección involucra para el empleador el deber de: "(...) *moverse dentro de determinados marcos, fuera de los cuales incurre un ejercicio irregular de su derecho. El trabajador le ha puesto a disposición su actividad laboral, no su propia persona, razón por la cual las atribuciones del empleador deben*

ceñirse a la utilización de dicha actividad, dentro de los límites del ordenamiento laboral, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador.”¹⁰⁶

Como podemos ver, el problema se enfoca en determinar si se encuentra dentro de las facultades del empleador la capacidad de imponer la aplicación del teletrabajo.

1.1. Ius variandi y teletrabajo

Se define como ius variandi a la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de la prestación de las tareas del trabajador. La referida potestad se encuentra recogida en el segundo párrafo del artículo 9º de la LPCL, norma que faculta al empleador para introducir cambios o modificar los turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Dicha facultad debe estar sujeta a buscar el adecuado desarrollo de la producción, por lo que el ejercicio del ius variandi debe desarrollarse de manera tal que cause el mínimo daño al trabajador; y en todo caso, se le conceda a éste una compensación suficiente cuando la alteración presuponga un perjuicio de tipo moral o económico.¹⁰⁷

¹⁰⁶ NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2ª Edición, 2007. pp. 32.

¹⁰⁷ En este sentido, Fernández Madrid apunta que “(...) aun cuando se compensaran adecuadamente los eventuales perjuicios económicos, el cambio puede no ser exigible si implicara sacrificios desmedidos al trabajador o éste tuviera que alterar su sistema de vida. En estos supuestos nos encontraríamos ante perjuicios de orden no patrimonial que obstarían al ejercicio del ius variandi”. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”. Tomo I, pp. 375. Citado por POSE, Carlos. “Manual Práctico del Ius Variando”. David Grinberg – libros jurídicos. Buenos Aires, 1997. pp. 32.

Por su parte, Arce Ortiz señala que el límite del *ius variandi* se encuentra sujeto al propio contrato de trabajo, con lo cual la facultad para introducir cambios o modificaciones al que se refiere el segundo párrafo del artículo 9° de la LPCL, sólo abarca los cambios accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya pactada. De considerar que la facultad del *ius variandi* implica a su vez el poder amparar variaciones sustanciales o esenciales de la prestación laboral, involucraría el desconocer o restar toda importancia al acuerdo entre trabajador y empleador.¹⁰⁸

Blanca Bustamante señala que, esta “(...) *facultad que se reconoce al empleador no puede ser ejercida de modo absoluto e ilimitado sino <<funcional>> esto es, conforme a las exigencias objetivas del quehacer empresarial.*”¹⁰⁹ De ahí que, el cambio impuesto debe ser razonable; es decir, responder a las necesidades de producción de bienes y servicios, lo que excluye toda modificación apoyada en el mero capricho.¹¹⁰

Por lo general, en el ámbito del teletrabajo, entre los principales beneficios objetivos a los que se le atribuye su aplicación se encuentran factores tales como el incremento de la flexibilidad y de la productividad; la reducción de costes inmobiliarios derivada de la liberación de espacios en la sede central; la posibilidad de acceder por esta vía a trabajadores dotados de una especial cualificación pese a situarse en lugares alejados; etc.¹¹¹ De no proceder el empleador con fundamentar la modificación conforme los ejemplos planteados, nos

¹⁰⁸ ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias”. Palestra Editores, Lima, 2008. pp. 460-461.

¹⁰⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral Peruano”. Ara Editores. 2ª Edición. Lima, 2006. pp. 418.

¹¹⁰ POSE Carlos. Op. Cit. pp. 32.

¹¹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003. pp. 22.

encontraríamos posiblemente frente a un mero capricho que no resulta amparable como parte del ejercicio de ius variandi.

Adicionalmente, cabe preguntarnos si la modificación del lugar, de la forma de ejecución y del horario de trabajo que involucra el teletrabajo, escapa a los límites del ejercicio del ius variandi, por suponer, después de todo, una modificación más allá del contenido del contrato. Es indudable que todo trabajador que haya celebrado un contrato de trabajo, considera que las obligaciones que éste asume se encuentran referidas al manejo de tiempo y de recursos basado en un marco organizacional tradicional; es decir, la ejecución del contrato de trabajo en las oficinas de la empresa, durante el horario de trabajo que ésta designe y bajo las modalidades de dirección previamente establecidas (principalmente referido a un control presencial y jerarquizado del personal).

Por el contrario, el pedido de paso al teletrabajo, modifica las condiciones esenciales del contrato de trabajo celebrado por el trabajador, involucrando un pedido más allá del mero ejercicio del ius variandi. Si bien en su esfera de acción abarca la determinación del lugar de trabajo, el cambio al teletrabajo no se agota exclusivamente en ello, ya que también involucra un cambio radical en la forma de la prestación laboral, lo que no puede ser impuesto unilateralmente por exceder a los meros cambios accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya pactada.

De allí que, Thibault señale lo siguiente:

*"La deslocalización que caracteriza el teletrabajo, es por otra parte, algo más que una mera alteración del lugar de la prestación, pues supone importantes transformaciones en cuanto al modo de relacionarse del trabajador con la empresa. **Este cambio en la organización de la prestación laboral se suele acompañar de variaciones en el modo retribución, la jornada de trabajo, el sistema de trabajo y control, etcétera, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que la transferencia del trabajo interno al teletrabajo***

constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 ET y no una mera modificación accidental derivada del <<ius variandi>> que compete a la empresa¹¹² (sombreado y subrayado nuestro)

De esta forma, debemos rechazar tajantemente que la facultad del empleador de imponer el teletrabajo a los trabajadores de su empresa se encuentre amparada por el ius variandi, encontrándonos frente al caso de una modificación sustancial de un contrato de trabajo.¹¹³

Para autores nacionales como Elmer Arce, las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo por parte del empleador, en la medida que éstas no son reguladas por el artículo 9º de la LPCL, involucran necesariamente el acuerdo de voluntades de las partes (trabajador y empleador) para llevar a cabo la referida novación contractual¹¹⁴. En tal contexto, la actividad del teletrabajador no puede ser impuesta por el empresario, sino que ha de nacer del común acuerdo de las partes del contrato de trabajo, sin importar el lugar donde se ejecute el mismo. En esa línea, De Val Arnal señala que:

*"El principio de la autonomía de las partes permite dar nacimiento a la relación laboral y provocar su extinción pero, además, puede servir de cauce para modificar su contenido, adecuándolo al interés recurrente de las partes. **La mutación del trabajo realizado en el interior de la empresa en trabajo a distancia es encuadrable en los supuestos de novación contractual por lo que, salvo que se produzca abuso de derecho por parte del empresario, el acuerdo es válido**"¹¹⁵ (sombreado y subrayado nuestro)*

¹¹² THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 213.

¹¹³ Caso distinto resulta cuando, una vez en practica el teletrabajo se decide desplazar un teletrabajador de un telecentro a otro dentro de la misma localidad. El empleador, en el ejemplo planteado, podrá decidir ordenar el cambio del lugar de la prestación de teletrabajo, en ejercicio del ius variandi ordinario. THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 215.

¹¹⁴ El autor nos precisa que sólo las modificaciones sustanciales de la condición de tiempo son las únicas que cuentan con una normatividad específica, que insta un procedimiento ad hoc que permite al empleador implementar modificaciones sustanciales de jornada y horario de trabajo. Asimismo, aquellas modificaciones sustanciales que busquen salvaguardar un interés de mayor entidad que la estabilidad del trabajador. En los casos en que de modo imprevisible se pone en riesgo la vida de las personas o la propia continuidad de la actividad empresarial, el empleador está facultado para tomar decisiones unilaterales, rápidas, urgentes y temporales. Más información en ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit. pp. 478.

¹¹⁵ De Val Arnal, J. J. La necesidad de una regulación del tele-trabajo. Acciones e Investigaciones Sociales, N.º 7, 1998. pp. 219; Rodríguez Sañudo, F. "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en

Asimismo, cuando las modificaciones planteadas por el empleador sobrepasan lo determinado en el contrato, llegando a afectar al núcleo esencial del mismo, o convirtiéndolo en un acuerdo distinto del celebrado, nos encontramos frente a un supuesto de novación contractual.¹¹⁶⁻¹¹⁷

1.2. Modificaciones sustanciales del contrato de trabajo y teletrabajo

Es menester mencionar que existe, en el ámbito nacional una posición divergente sostenida por Toyama Miyagusuku¹¹⁸ y compartida por la Corte Suprema (CAS. N° 624-2002), que considera que el artículo 9° de la LPCL faculta al empleador a introducir modificaciones sustanciales o esenciales a la relación de trabajo (con excepción de la jornada y horario de trabajo, cuya norma prevé un procedimiento ad hoc), siempre que sean razonables y se justifiquen en un incremento o mejora del marco productivo de la empresa y que no supongan un caso de hostilidad laboral,¹¹⁹ contemplado por el artículo 30° de la LPCL.¹²⁰

AA.VV., Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del derecho de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999. pp. 116. Citados por THIBAUT ARANDA, Javier. Op. cit. pp. 212.

¹¹⁶ Crus Villalón, J. "Modificaciones de la prestación de trabajo". Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1983, pp. 224 y ss. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit. pp. 467.

¹¹⁷ Por su parte, el proyecto de ley sobre el Régimen Jurídico del Teletrabajo en relación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, dispone en su artículo 6° que toda transformación o modificación de las condiciones de prestación de servicios en teletrabajo, o viceversa, deberá contar con la conformidad escrita del trabajador. Más información en el Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social de la Nación de Argentina. En: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf. Fecha de consulta, 27 de septiembre de 2010.

¹¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Instituciones del derecho laboral". Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 212.; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Modificaciones de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia". Derecho y Sociedad, N.º 21, Lima; y en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. "Guía Laboral". Gaceta Jurídica, Lima. Junio, 2003. 1ª Edición. pp.125.

¹¹⁹ Toyama sostiene que el artículo 9° de la LPCL alude a todas las modificaciones de las condiciones de trabajo que, unilateralmente, son introducidas por el empleador en la relación laboral. El dispositivo prevé un concepto amplio sin que exista una delimitación acerca de la naturaleza de las modificaciones que se pretenden implementar. El autor nos menciona que el dispositivo legal mencionado se incorpora en virtud de la Ley N.º. 26513 que, a su vez, derogó a la Ley de Facultades del Empleador (Ley N.º 25921), de tal manera que para el autor, el legislador reemplazó un control administrativo previo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Ley No. 25921) por un control judicial posterior en la medida que el acto del empleador no sea razonable o no se ajuste a las necesidades del centro de trabajo (LPCL). TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Modificaciones de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia". En: Derecho y Sociedad, N.º 21, Lima. Pp. 178.

En atención a lo antes expuesto, partiendo de una lectura amplia de las facultades otorgadas al empleador para introducir modificaciones sustanciales otorgadas por el artículo 9° de la LPCL, cabe examinar si es posible para el empleador peruano introducir en el marco organizacional de su empresa la aplicación del teletrabajo, sin que medie acuerdo previo con sus trabajadores, siempre que el referido pedido sea razonable¹²¹ y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Al respecto, la interpretación antes mencionada parece brindarnos la posibilidad de que la aplicación del teletrabajo, pese a involucrar una modificación esencial del contrato de trabajo, pueda ser decidido por el empleador sin que exista mayor restricción que los supuestos contemplados para los actos de hostilidad laboral. Si tenemos presente que el teletrabajo involucra después de todo, la deslocalización del personal de su centro de trabajo a un lugar distinto (sea este su domicilio, un telecentro, o la ejecución nómada de la prestación), el literal b del artículo 30° de la LPCL parece ser el límite adecuado

120

Artículo 30° de la LPCL.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a. La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
 - b. La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
 - c. El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- (...)

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia

121

Con referencia a los alcances de la razonabilidad, el Dr. Jorge Toyama nos señala que *"Tratando de delimitar los alcances de la razonabilidad o racionalidad, se ha precisado por la doctrina española, que este concepto puede estructurarse en un triple sentido: i) primero, debe existir una motivación en el acto de empleador, es decir, una justificación de la medida, sobre una base objetiva; ii) segundo, la motivación debe ser suficiente y proporcional y iii) tercero, la motivación del empleador deber ser coherente, es decir, debe verificarse una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo."* En TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Modificaciones de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia". En: Derecho y Sociedad, N.º 21, Lima. pp. 175.

para analizar la legalidad de la medida, correspondiendo examinar si la aplicación del teletrabajo puede involucrar después de todo un perjuicio¹²² al trabajador.

La doctrina, por su parte, ha señalado que el paso del trabajo interno al teletrabajo en un telecentro o al trabajo móvil, o viceversa, puede producirse por la decisión unilateral del empresario, por cuanto las ubicaciones no conllevan una coincidencia entre lugar de trabajo y lugar de domicilio del trabajador y sobre las que el empresario ostenta cierto poder de dirección. En tales casos, la movilidad del trabajador, acompañado de los cambios en el modo de ejecución de la prestación laboral, se corresponderá generalmente con una modificación sustancial, sin que la misma cause perjuicio económico alguno, por cuanto la descolocación persigue, entre otras cosas, el acercamiento del trabajador a su domicilio, este hecho le va procurar un beneficio económico (reflejado en la reducción de gastos de movilidad y pérdida de horas hombre en el traslado al puesto de trabajo), con lo cual resultaría plenamente viable la modificación sustancial, en el marco conceptual planteado.¹²³

Por el contrario, la transición del trabajo interno al *'teletrabajo a domicilio'* no encaja propiamente en una modificación sustancial de la relación laboral, por involucrar en realidad una modificación del régimen contractual del trabajo común a un trabajo a domicilio, por la ausencia de un marco legal específico referido al teletrabajo en el Perú.

¹²² La palabra perjuicio conforme el Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española, se refiere entre otras acepciones al detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa. En el Diccionario De La Lengua Española - Vigésima segunda edición: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=interdicción. Fecha de consulta, 13 de abril de 2010.

¹²³ SERRANO OLIVARES, Raquel. Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica. Consejo Económico Social, 2000. pp. 273; RODRÍGUEZ FOLGAR, Guillermo. "El Teletrabajo". Resumen del trabajo doctoral de Javier Thibault Aranda y del libro del mismo nombre, publicado en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. N.º 26, 198; y en THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 213.

En ese sentido, la jurisprudencia española ha referido que el paso de un trabajo común a un teletrabajo a domicilio “(...) *excede del ámbito de las modificaciones sustanciales (reguladas por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores), porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, (...) y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resuelto que el artículo 41 del Estatuto de Trabajadores se aplica a <<las condiciones de trabajo>>, entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraposiciones, pero que no alcanzan a <<las condiciones de empleo>>, que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes.*”¹²⁴

Similar posición comparte Thibault al señalar que:

"Desde una perspectiva formal, porque no estamos ante una variación de las <<condiciones de trabajo>>, tal como reza el citado artículo, sino ante una alteración de la modalidad del vínculo, pues supone el paso del contrato de trabajo común a domicilio y lo contrario. El empresario no puede alterar el lugar de la prestación de trabajo del teletrabajador a domicilio, puesto que fue libremente elegido por el mismo y supondría la eliminación de uno de los elementos específicos del contrato de trabajo a domicilio que se vería desvirtuado. Desde una perspectiva sustancial, porque el artículo 41 ET presupone la disponibilidad por el empresario de los locales, del ambiente en que se desarrolla el trabajo, algo que no se da cuando la prestación se realiza en el domicilio del trabajador. En estos casos la decisión unilateral del empresario no basta para obligar al empleado al devenir teletrabajador. La solución pasa por el mutuo acuerdo."¹²⁵

¹²⁴ Considerando Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Social) del 11 de abril 2005RJ\2005\4060. Fallo referido a una demanda de impugnación de convenio interpuesta por la Federación de Comunicación y Transportes de CC. OO. contra un acuerdo de empresa suscrito en fecha de 23 de octubre de 2003 por la Dirección de la empresa Telefónica Publicidad e Información (TPI) y su Comité Intercentros suscribe en el marco de un proceso reorganizativo iniciado a instancia empresarial, que tiene como objeto la reestructuración de parte del Área Comercial de la empresa a través de la implantación de las nuevas tecnologías y sistemas de información. El núcleo central del Acuerdo consiste en la creación de la "Oficina Virtual" que supondrá, que el personal del "Canal de Venta Directa" (vendedores y jefes de ventas) pasará a realizar su labor administrativa, auxiliar de la principal que es la venta, desde su propio domicilio con el auxilio de las nuevas tecnologías y medios de comunicación.

¹²⁵ THIBAULT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 214.

En tal virtud, podemos señalar que el paso de un trabajador común a un teletrabajador a domicilio no puede formar parte de las facultades de modificación esencial de las condiciones de trabajo, por cuanto el referido cambio involucraría en realidad una modificación del régimen contractual común al de trabajo a domicilio (por ausencia de un régimen específico referido al teletrabajo que si contempla el anteproyecto de la Ley General del Trabajo), lo cual involucra necesariamente el acuerdo de las partes.

Considerar que el paso del trabajo común al teletrabajo forma parte de una modificación sustancial acogida por el artículo 9º de la LPCL, ampararía una interpretación nada favorable para el trabajador; esto es, asumir la obligación de ceder un espacio de su hogar para llevar a cabo las tareas de teletrabajo, espacio donde se desarrolla su vida privada y familiar. Esto hecho, más allá de involucrar perjuicio patrimonial, provoca una alteración al ejercicio del derecho de propiedad del trabajador, amen de la afectación del entorno familiar del trabajador, perjuicios que deben quedar al margen de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo.¹²⁶

En resumen, podemos señalar que la exigencia de pasar de ser un trabajador común a un teletrabajador en telecentros escapa de las facultades del *ius variandi* que goza el empleador, por cuanto las modificaciones que el referido cambio implica van más allá de los cambios accesorios o secundarios de la prestación laboral, encontrándonos en realidad dentro del escenario de la modificación sustancial. La capacidad de esta imposición razonable por parte del empleador, dependerá de la posición asumida referente a la lectura del artículo 9º de la LPCL.

¹²⁶ Considerando Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Social) del 11 de abril 2005RJ\2005\4060 y en RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. "Nuevas Actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva". Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 292.

Por el contrario, la aplicación del teletrabajo a domicilio presenta un escenario totalmente distinto referido a una modificación del régimen laboral; el mismo que exige necesariamente el acuerdo de ambas partes para realizar una novación contractual, en la cual se extingue un régimen laboral, el del contrato de trabajo común, para dar paso al régimen del trabajo a domicilio, por la carencia de un régimen particular que regule el teletrabajo por el momento en el país.

No queda sino concluir, que frente al vacío de nuestra regulación nacional en cuanto a la puesta en marcha de un proyecto de teletrabajo, lo mejor desde el plano laboral que estamos comentando, es consensuar el proyecto con todas las partes interesadas en el mismo, y hacerlo desde el momento que surja la idea, o la necesidad de entrar en esta modalidad de trabajo, si lo que se busca es el éxito del proyecto. Como bien señala La Escuela de Organización Industrial, hay una gran diferencia entre hacerlo previo consenso con los trabajadores a la de desarrollar el proyecto y un día citar a todas las partes y comunicarles lo que se va hacer. Esta última estrategia de implantación está siempre llamada al fracaso.¹²⁷

2. Poder de dirección y teletrabajo

En el capítulo anterior señalamos que la subordinación dentro del contexto del teletrabajo era la sujeción del trabajador al poder de dirección, control y sanción del empleador, que se ejecuta a través de las nuevas tecnologías. Marco conceptual arribado a partir de la naturaleza elástica y flexible del concepto de la subordinación, cuyo ejercicio se adecua en cada caso, dentro del contexto en que ha de desenvolverse;¹²⁸ siendo en el presente caso, dentro de un contexto

¹²⁷ Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-. Op. Cit. pp. 122.

¹²⁸ SANGUINETI, Wilfredo. "Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos - Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo". pp. 34. En. <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

altamente tecnológico, propio de la revolución tecnológica que nos presenta el teletrabajo.

La capacidad del empleador de imponer su voluntad en la forma de cómo llevarse a cabo la actividad laboral, es denominada como poder de dirección, que involucra entre sus atribuciones, el fiscalizar al trabajador. Sin embargo, esta facultad debe ceñirse dentro de los límites del ordenamiento laboral, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador.¹²⁹

Debido al distanciamiento físico que involucra el teletrabajo, el ejercicio de la fiscalización a cargo del empleador se desarrolla de forma informática, apoyado en la TICs, a esto se le llama fiscalización electrónica.

La fiscalización electrónica dentro del contexto del teletrabajo puede deberse a dos motivos:

- El primer basado en un mecanismo de control y seguridad del flujo de la información al ser este un activo tan importante como otros activos de la empresa, teniendo un valor para la organización que requiere de una protección adecuada.
- El segundo como política de control del recurso humano, que busca garantizar el adecuado desarrollo de la prestación laboral y la reducción de las horas de ocio dentro del horario de trabajo.

Referente al primer motivo, el 'Código de buenas prácticas para la gestión de la seguridad de la información - 2ª Edición'¹³⁰(analizado en el punto 2.4. del

¹²⁹ NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al Derecho Laboral". Fondo Editorial de la PUCP, 2004, pp. 32.

¹³⁰ Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI. Tecnología de la Información, aprobada mediante la Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N.º 001-2007-INDECOPI-CRT del INDECOPI, el pasado 5 de enero de 2007.

capítulo I.) establece que la implementación de controles, se ejecutarán en el lugar de ubicación del teletrabajador (ya sea domicilio, telecentro u otro designado por el empleador o acordado por las partes), por ser este el lugar donde se lleva a cabo la recepción, procesamiento y retransmisión de la información que forma parte de la actividad laboral.

Dichos controles involucran acciones de monitoreo; políticas de detección de actividades de procesamiento de información no autorizadas; grabación de información tan detallada como la identificación de usuarios; la fecha y hora de los eventos; archivos ingresados; programas o recursos informáticos utilizados; entre otras medidas que buscan resguardar la información de un uso irregular por parte de los teletrabajadores.¹³¹

Con relación a las políticas de control de personal, podemos encontrar medidas como: la revisión periódica de los correos electrónicos enviados y recibidos por el teletrabajador; la instalación de software de captura periódica de imágenes de la pantalla de la computadora del teletrabajador; el control a distancia y la utilización de un software espía; la utilización de filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas de las empresas que permiten controlar y bloquear el acceso de los teletrabajadores a diversas direcciones de Internet sobre astrología, sexo, chats, tiendas virtuales, hobbies, inversiones en bolsa, viajes, juegos, descarga de programas a partir de alertas informáticas que se activan por el eventual uso de ciertas palabras; y por último, la vigilancia electrónica mediante audio y vídeo.

Como podemos advertir, sea cual fuese el motivo, la subordinación no desaparece, pero tiende a despersonalizarse, pues el control del trabajo es

¹³¹ Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI. pp. 124.

efectuado por máquinas y la fiscalización en primera instancia no reside en el "patrono", titular de la empresa, sino de los programas contenidos en la computadora;¹³² pero este control ante todo debe respetar los derechos fundamentales del teletrabajador.

El análisis del presente capítulo se circunscribirá a determinar los límites de la fiscalización electrónica, referidos a la revisión periódica de los correos electrónicos y web consultadas y las medidas de control y vigilancia electrónica.

2.1. Revisión periódica de los correos electrónicos y web consultadas por el teletrabajador

Sobre el particular, existe una jurisprudencia expresa por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC), recaída en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC, referido al proceso de amparo interpuesto por Rafael Francisco García Mendoza contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.). En dicho proceso, el demandante solicita que se deje sin efecto la Carta N° 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se le resuelve el vínculo laboral por el uso de correo electrónico de la empresa para efectos de enviar material pornográfico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

Ante tal circunstancia, el TC declaró fundada la demanda por considerar que los medios de pruebas sobre los que se basó el proceso de despido fueron ilícitamente obtenidos, al examinar el correo electrónico del trabajador sin su consentimiento previo o autorización judicial, motivando la vulneración de su

¹³² ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ALVAREZ, Óscar. "Crítica a la subordinación". En: *Ius et veritas* N°25, pp. 294.

derecho a la intimidad. El razonamiento llevado a cabo por el TC no finalizó ahí, por el contrario, realizó un análisis mayor, "(...) *el saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable*". (Considerando 16)

El TC precisó que, "... *aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, **no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal**, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado*". (Considerando 17)

De allí que el TC señaló que, "(...) *conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo*". (Considerando 18)

"Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Por consiguiente, y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos". (Considerando 19)

Lo antes expuesto, no implica que el poder de fiscalización queda relegado frente a los derechos fundamentales; por el contrario, el TC señaló que "[e]n tales supuestos, **es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario.** Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen". (Considerando 20) (Sombreado y subrayado nuestro)

Como podemos determinar, los límites al poder de fiscalización sobre el uso de correo electrónico y de toda aplicación electrónica (visita de páginas web) se encuentra supeditado al respeto de los derechos fundamentales, con lo cual el empleador deberá circunscribir su actuar a dichos límites; por ejemplo, para el empleador a efectos de poder analizar el contenido de un correo electrónico, que involucra después de toda la afectación al secreto e inviolabilidad de

comunicaciones y documentos, deberá contar con la autorización judicial, conforme lo dispone el artículo 2º inciso 10º de la Constitución.¹³³

Por su parte, el Dr. Jorge Toyama, nos presenta un mecanismo intermedio, que como bien señala el autor, no deja de ser cuestionable a la luz de lo que indica el TC, éstas son las políticas de la empresa que advierten a sus trabajadores sobre la posibilidad de revisar sus correos electrónicos en determinadas circunstancias (sospechas razonables de una falta laboral como competencia desleal, fuga de información, entre otras) y los instruyen constantemente sobre esta posibilidad en las políticas corporativas, Intranet, charlas corporativas y hasta en sus propios convenios individuales, en lo que se denomina 'consentimiento informado'.¹³⁴

En la experiencia europea tenemos el Documento de Trabajo del Grupo de Trabajo <<Artículo 29>>,¹³⁵ relativo a la vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, del 29 de mayo 2002, el cual contempla como uno de los principios generales aplicables a la fiscalización del correo electrónico y la utilización de Internet la transparencia, que significa que *"el empleador debe indicar de forma clara y abierta sus actividades de control"*.¹³⁶

-
- ¹³³ Artículo 2º de la Constitución.- Derechos fundamentales de la persona.
Toda persona tiene derecho:
(...)
10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.
Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.
Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.
- ¹³⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "¿Se pueden leer los e-mails de los trabajadores?" En <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/apuntes-laborales/posts/se-pueden-leer-los-e-mails-de-los-trabajadores>. Fecha de consulta, 09 de septiembre de 2009
- ¹³⁵ Indica el autor que el Grupo <<Artículo 29>> es un grupo consultivo independiente compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de datos. SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, "Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: Una Tipología Jurisprudencial". En Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías. Aranzadi, N.º 10, 2006, pp. 48.
- ¹³⁶ Ibídem.

El Perú por el momento no cuenta con una norma de este tipo, e indicamos por el momento por cuanto el pasado 12 de septiembre del 2007, se presentó el proyecto de Ley N°1610/2007-02,¹³⁷ que regula el uso del Internet y correos electrónicos en centros laborales públicos y privados. Este proyecto busca normar y precisar los límites de los Derechos de Control del empleador frente a la intimidad, sobre la base del criterio de una autorización previa brindada por el trabajador.

La fórmula legal del referido proyecto de ley en su artículo segundo,¹³⁸ establece que las normas sobre el uso del correo electrónico en el centro de trabajo y las formas de inspección del cumplimiento de las mismas que realice el empleador serán previamente conocidas por sus trabajadores y deberán contar con la autorización escrita de estos. La autorización, conforme el artículo tercero,¹³⁹ deberá constar en el contrato de trabajo y/o en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, o en directivas o memorándums internos.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender que, a través del consentimiento informado, el empleador podría tener la facultad no sólo de fiscalizar el uso adecuado de los sistemas informáticos de la empresa, sino inclusive el contenido de los correos electrónicos, programas descargados, páginas web consultadas y todo aquello que forma parte de la esfera del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por la autorización previa y por escrito del trabajador.

¹³⁷ Proyecto de Ley presentado por la Congresista Alda Mirta Lazo de Hornung y los congresistas integrantes de la Alianza Parlamentaria, se encuentra para el estudio y debate por parte de la Comisión del Trabajo del Congreso desde el 20 de setiembre de 2007.

¹³⁸ Artículo 2º del Proyecto de Ley N.º1610/2007-02: La normas sobre el uso del correo electrónico en el centro de trabajo y las formas de inspección del cumplimiento de las mismas que realice el empleador deberán ser previamente conocidas por sus trabajadores y deberán contar con autorización escrita del trabajador.

¹³⁹ Artículo 3º del proyecto de Ley N.º1610/2007-02: La autorización a la que se refiere el artículo anterior deberá constar en el Contrato de Trabajo y/o en el Reglamento Interno de trabajo, de la empresa o en directivas o memorándums internos.

Particularmente, no lo consideramos de esta manera, ello en atención que el empleador debería implementar los mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir con los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores. Al respecto, Antonio Sempere Navarro y Carolina San Martín Mazzucconi, nos señalan que la interacción de derechos fundamentales de los trabajadores y el poder de fiscalización del empleador nos conduce al acogimiento del criterio o principio de proporcionalidad, en virtud del cual toda medida restrictiva de derechos fundamentales (la intimidad, como principal afectada en nuestro caso) ha de ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La idoneidad se cumple si la medida es susceptible de conseguir la finalidad pretendida, que debe ser conocer la conducta laboral de los teletrabajadores y no cualquier otra, como por ejemplo tomar conocimiento, publicar, difundir o conservar los datos obtenidos.¹⁴⁰

"Esto significa que sólo se superará el juicio de idoneidad cuando el mecanismo de control sobre el uso de herramientas informáticas tenga por finalidad establecer si dicho uso es laboral o no. Toda medida que persiga conocer datos privados de los trabajadores, una vez que ya se ha verificado el uso extralaboral de la herramienta fallará en el juicio de idoneidad y deberá ser tachada de inconstitucional. Por tanto, el empresario podrá constatar qué uso se está dando al ordenador, qué programas se utilizan, qué documentos se archivan, pero lo que no podrá hacer es entrar en el contenido concreto de los documentos que se revelen como personales, del mismo modo en que podrá verificar las páginas web consultadas pero sin pretender conocer además qué enlaces picó o qué productos o servicios solicitó el trabajador en cada uno de los sitios".¹⁴¹

¹⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit. pp. 48.

¹⁴¹ Ibídem.

Consecuentemente, nos corresponde interpretar el consentimiento informado como la autorización del trabajador al registro informático de su computador y terminales, que no suponga intromisión en sus contenidos privados sino exclusivamente en aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de programas o aplicaciones utilizadas, tipos de páginas web consultadas, la cantidad de correos enviados; es decir, que tratan únicamente de averiguar la irregularidad del trabajador en cumplimiento de su obligación laboral.¹⁴²

Y esta delimitación de las facultades de fiscalización del empleador es plenamente viable llevarla a cabo conforme los avances tecnológicos que tenemos a la fecha. Es así que, la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI - Código de buenas prácticas para la gestión de la seguridad de la información - 2ª Edición -, establece como parte de sus políticas de monitoreo que los registros de auditoría deberán grabar las actividades de los usuarios, por un periodo acordado, con el fin de que asistan en investigaciones futuras y en el monitoreo de los controles de acceso.

La norma técnica en su numeral 10.1.1 señala que el registro deberá incluir la siguiente información:

- a) Identificación de usuarios;
- b) Fecha y hora de conexión y desconexión;
- c) Identidad del terminal o locación si es posible;
- d) Registro de éxitos y fracasos de los intentos de acceso al sistema;

¹⁴² Jorge A. Larrea de Rossi, nos presenta desde el punto de vista técnico una serie de mecanismos que nos permiten monitorear el e-mail asignado al trabajador, como la utilización de programas y filtros; la programación de los servidores de los correos corporativos antes de la salida de los correos impidiendo la salida o entrada de correos a través de la detección de keywords (palabras clave previamente determinadas en la programación); el registro de títulos, documentos adjuntos, remitentes y destinatarios de los e-mails. En LARREA DE ROSSI, Jorge A. "La tendencia Jurisprudencial del Despido". En: Dialogo a la Jurisprudencia, N.º 133, Octubre de 2009, pp. 44.

- e) Registro de éxitos o fracasos de datos y de otros intentos de acceso a recursos;
- f) Cambios en la configuración del sistema;
- g) Uso de privilegios;
- h) Uso de las instalaciones y aplicaciones del sistema;
- i) Archivos accedidos y el tipo de acceso;
- j) Direcciones de red y protocolos;
- k) Las alarmas realizadas por el sistema de control de accesos;
- l) Activación y desactivación de los sistemas de protección, como los sistemas antivirus y sistemas de detección de intrusos.

Como podemos apreciar, las políticas de monitoreo del adecuado uso de los servicios electrónicos no tienen la necesidad de acceder necesariamente a los contenidos de los programas o correos realizados por el trabajador, sino exclusivamente realizar un análisis de aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de programas o aplicaciones utilizadas, tipos de páginas web consultadas, cantidad de correos enviados, es decir, indagar la irregularidad del trabajador en la utilización de las herramientas informáticas brindadas por el empleador.

Grafiquemos lo antes expuesto a través de un ejemplo: un empleador tras previamente haber tenido el 'consentimiento informado' de su teletrabajador a efectos de practicar una rutina de monitoreo sobre la computadora asignada, determina que existe una serie de accesos irregulares a una lista de páginas web de contenido ajeno al laboral durante el horario de trabajo. Tras el informe del área de sistemas se comprueba que las páginas consultadas tienen los siguientes dominios:

- <http://www.youtube.com/watch?v=franksinatranewyorknewyork=fw>
- <http://www.playboy.com/watch?v=9384ndzlpBE&feature=fvw>

- <http://www.pornhub.com/watch?v=2laondzlpBE&feature=fvw>

De la lectura del primer dominio web el empleador podrá determinar que el teletrabajador se encuentra revisando música en línea, de los dos siguientes dominios puede determinar la consulta de páginas web de contenido pornográfico, con lo cual, el empleador ya tiene los elementos formales para determinar la irregularidad del uso de la computadora durante el horario de trabajo. Medidas adicionales como la visualización de las referidas páginas web resulta desproporcionada por involucrar una intromisión en la esfera privada del teletrabajador, porque a través de la visualización se podría tener una idea de la orientación sexual del teletrabajador.

Autores como Toyama comparten parcialmente esta postura al reconocer por una parte “(...) *que la intromisión del empleador en el contenido del correo electrónico de sus trabajadores, como regla general, no sería necesaria debido a que existen diversos medios de fiscalización que no involucran el acceso al contenido*”;¹⁴³ sin embargo, a reglón seguido señalan que en la medida que el control externo resulte ineficaz y cuando se realice previa advertencia y con conocimiento del trabajador, respetando el principio de proporcionalidad y racionalidad de la medida de ciertos supuestos específicos, el acceso a contenidos resulta eficaz y en consecuencia no vulnera torio a los derechos constitucionales del trabajador, basado en el derecho de propiedad del e-mail por parte del empleador, con lo cual la intromisión es necesaria para resguardar sus intereses empresariales, en ciertos supuestos específicos y excepcionales.¹⁴⁴

¹⁴³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y IRUJO PAREDES, Claudia. “Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador”. En: Jurisprudencia Laboral, suplemento de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N.º 83. pp. 255.

¹⁴⁴ Ibídem.

Sobre el particular, consideramos que la lectura del segundo párrafo del artículo 23° de la Constitución es expresa, en el sentido que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Teniendo presente que la firma del consentimiento informado siempre se va a realizar dentro del contexto de una relación laboral (la misma que involucra una relación de disparidad de poderes entre las partes), el pretender dar a este documento un carácter facultativo sobre la lectura de contenidos es excesivo y vulneraría el derecho de la intimidad del trabajador.

Asimismo, pretender dejar a discrecionalidad del empleador la facultad de poder determinar cuando se encuentra en un supuesto específico y excepcional que lo faculte a la lectura de contenidos de los correos electrónicos remitidos por sus teletrabajadores, es una interpretación que promovería eludir la competencia otorgado por la Constitución en favor del Poder Judicial, para dicho supuesto, lo cual resulta a todas luces inconstitucional.

En conclusión, si bien el medio electrónico es de propiedad de la empresa, ello no implica que los derechos fundamentales del trabajador se antepongan a las obligaciones laborales a las que se haya obligado en virtud del contrato de trabajo hasta el punto de desvirtuarlas, sino que para poder fiscalizar y –de ser el caso– sancionar, el empleador debe respetar las limitaciones impuestas por la Constitución y crear mecanismos razonables (los ya mencionados) que, sin violentar los derechos constitucionales, permitan cumplir los objetivos laborales.

2.2. Control electrónico

El control electrónico es un mecanismo que permite ejecutar un adecuado control de la actividad informática de los teletrabajadores utilizando mecanismos

de vigilancia a través de sistemas informáticos,¹⁴⁵ que permiten sin acceder físicamente a la computadora del teletrabajador tener conocimiento sobre cómo y cuándo los usuarios han estado interactuando con cada software/ventana/archivo/página web desde que la computadora fue asignada.

Los datos obtenidos se registran en un formato tal que puede importarse fácilmente por un sistema de gestión de base de datos o una aplicación de hoja de cálculos, pudiendo eludir cualquier tacha de inconstitucionalidad al no analizar el contenido de la información registrada.¹⁴⁶

Programas como el Boss Everyware¹⁴⁷ permiten al empleador, sin la necesidad de tener que visualizar el contenido de cada programa descargado o web consultada, tomar las medidas necesarias dentro de su poder de dirección a fin de evitar que se repitan accesos no permitidos que mermen la productividad durante las horas de trabajo, así como evitar la proliferación de virus informáticos ó instaladores con spyware¹⁴⁸, u otro tipo de malware¹⁴⁹ que pueda afectar la red

¹⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, Op. Cit. pp. 53.

¹⁴⁶ En la Jurisprudencia Española, la STSJ Galicia de 30 de mayo 2003 (AS 2003, 3128), caso en el que, a raíz de la continua aparición de imágenes de contenido pornográfico en un ordenador, la empresa contrató la instalación de un programa informático denominado "El Espía", dedicado a controlar la utilización que se daba al mencionado equipo informático sin conocimiento por parte del trabajador. 'El Espía' trata de una herramienta que captura teclas, imágenes y videos sin que el usuario lo perciba; permite descubrir qué sitios web se visitan, que programas se exploran, qué pantallas están abiertas. En la referida resolución se parte, de que mediante estos mecanismos a distancia se evitan intromisiones en el ámbito de la intimidad del trabajador, concluyendo que la medida empresarial es ajustada a Derecho porque es idónea, necesaria y equilibrada al superar el test de proporcionalidad. En SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, Op. Cit pp. 53.

¹⁴⁷ Mas información en: <http://www.bosseveryware.com/>

¹⁴⁸ Un programa espía, traducción del inglés spyware, es un software, dentro de la categoría malware, que se instala furtivamente en una computadora para recopilar información sobre las actividades realizadas en ella. Definición en: http://es.wikipedia.org/wiki/Programa_esp%C3%ADa. Fecha de la consulta 06 de diciembre de 2009.

¹⁴⁹ Malware (del inglés malicious software, también llamado badware, software malicioso o software malintencionado) es un software que tiene como objetivo infiltrarse en el sistema y dañar la computadora sin el conocimiento de su dueño, con finalidades muy diversas, ya que en esta categoría encontramos desde un troyano a un spyware. Definición en <http://es.wikipedia.org/wiki/Malware>. Fecha de la consulta, 06 de diciembre de 2009.

empresarial. Medidas que resultan adecuadas en una prestación tan informatizada como la que nos presenta el teletrabajo.

Cabe señalar que, en amparo al derecho a la intimidad (reconocido por el artículo 2º, numeral 6º de la Constitución¹⁵⁰), la utilización por parte del empleador y/o de sus representantes de la información obtenida producto del control informático para una finalidad distinta del entorno laboral, sin la autorización por parte del trabajador, se encuentra tipificada como delito, conforme lo dispone el artículo 157º del Código Penal.¹⁵¹

2.3. Vigilancia electrónica

El avance de las nuevas tecnologías está permitiendo hacer más eficaz y cómodo el control empresarial a través de circuitos cerrados de televisión, videocámaras y sistemas de audio.¹⁵² En nuestra legislación no existe una prohibición general en la instalación de aparatos audiovisuales y otros mecanismos o dispositivos para vigilar a distancia el trabajo, conforme la lectura del artículo 9º de la LPCL.

La vigilancia electrónica muy bien puede ser considerada como un medio dentro del marco del teletrabajo para realizar una fiscalización en tiempo real, distinto del que pueda ejercer directamente el empresario por medio de su visión y

¹⁵⁰ Artículo 2º de la Constitución.- Derechos fundamentales de la persona.
Toda persona tiene derecho:

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

¹⁵¹ Artículo 157º del C. Penal.- Uso indebido de archivos computarizados

El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

¹⁵² SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, Op. Cit. pp. 55.

oído.¹⁵³ Sin embargo, la vigilancia electrónica, es mucho más penetrante e invasiva que los sistemas tradicionales, porque permite ejercer un control continuo y de una manera panorámica sobre la completa actividad del teletrabajador,¹⁵⁴ aumentando el riesgo de que exista una vulneración del derecho a la intimidad, mas aún dentro del marco del teletrabajo, el mismo que puede grabar zonas o aspectos de la vida privada y familiar del teletrabajador.

Los derechos fundamentales involucrados frente al caso de la vigilancia electrónica son el derecho a la imagen y a la intimidad, recogidos en los incisos 6 y 7 del artículo 2º de nuestra Constitución.¹⁵⁵ Debemos analizar si la captación de la imagen y voz, resultan razonables y necesarias para los fines de la relación laboral, conforme lo señala el TC en el considerando 23 de la sentencia del caso SERPOST, antes comentado.

Para aquellos que postulan que el teletrabajo es un símil del trabajo a domicilio, dicha medida no va a ser coherente por cuanto el trabajo a domicilio (conforme analizamos en el capítulo 1) no involucra una supervisión directa e inmediata del trabajador, conforme lo dispuesto por el artículo 87º de la LPCL. Sin embargo, dentro del marco conceptual del teletrabajo, medidas como la

¹⁵³ Ibídem.

¹⁵⁴ GOÑI SEIN, J. L. "El respeto a la esfera privada del trabajador". Civitas, Madrid, 1988, pp. 147. Citado por SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit. pp. 55.

¹⁵⁵ Artículo 2º.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)
6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

captación de la imagen y voz, pueden resultar razonables dependiendo de la morfología de la relación laboral.¹⁵⁶

Es así que, prestaciones como el telemarketing o servicios de atención al cliente por medio de videoconferencia, permiten entender como razonable la vigilancia electrónica de la prestación laboral, a efectos de poder determinar el nivel de calidad de la misma. Por el contrario, prestaciones como la introducción de datos, o servicios de asesoría legal o contable, no permiten desprender como razonable la captura de voz e imagen del teletrabajador.

Tengamos presente que al realizarse la prestación laboral fuera del ámbito físico de la empresa, y en ocasiones en el domicilio del teletrabajador, ello va a involucrar un acercamiento a la esfera privada del trabajador, con lo cual en el marco de la idoneidad, se deberá exigir que la vigilancia recaiga solamente sobre el quehacer profesional¹⁵⁷ del teletrabajador.

Como bien señalan Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi, no queda amparado que la vigilancia vaya a efectuarse en espacios personales de los trabajadores, como pueden ser los baños, las taquillas, las salas de descanso, etc., en los que las acciones desempeñadas por los trabajadores pertenecen al estricto ámbito de su intimidad y no guarda relación con una eficaz prestación de sus servicios.¹⁵⁸ Con lo cual, para el caso que nos ocupa, el teletrabajo, la grabación (con el consentimiento del trabajador) deberá circunscribirse exclusivamente en el

¹⁵⁶ En este sentido, Blancas señala que todo mecanismo de vigilancia electrónica debe buscar un control 'preterintencional', cuya legitimidad deviene de su utilización sólo para satisfacer exigencias productivas, organizativas o relativas a la seguridad, que son aquellas que legitiman el uso de tales medios, de tal modo que la afectación eventual al derecho a la intimidad del trabajador no represente más que un 'efecto meramente accidental'. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima". PUCP. Fondo Editorial, 2007. pp. 207-208.

¹⁵⁷ STSJ País Vasco de 25 de septiembre 2001 (AS 2001, 3373). Citado por SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit. pp. 58.

¹⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit. pp. 58.

ambiente donde se encuentre la computadora donde el teletrabajador realiza la prestación y no así otros ambientes propios de la esfera privada del teletrabajador, más aún si la referida prestación se realiza en el domicilio del mismo.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Para finalizar, cabe recordar que, de conformidad con el artículo 162º del Código Penal,¹⁶¹ la utilización de sistemas de vigilancia electrónica (grabación de voz), sin el consentimiento informado previo del trabajador, puede ser considerado como delito de interferencia telefónica, en especial si la línea telefónica utilizada por el trabajador es propia, de ahí que resulte obligatoria la autorización previa del teletrabajador para su aplicación.



¹⁵⁹ Según Goñi Sein, Cabe suponer una violación a la dignidad cuando la actividad de control aplicada a fines técnicos llegara a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, esto es, cuando el trabajador fuera observado constantemente, también en los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano. El respeto a la esfera privada del trabajador. GOÑI SEIN, J. L. Op. Cit. pp. 144. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit. pp. 208-209.

¹⁶⁰ Por su parte, el proyecto de ley sobre el Régimen Jurídico del Teletrabajo en relación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, dispone en su artículo 3º que, los sistemas de control destinados a la protección de bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán salvaguardar la intimidad del teletrabajador y la privacidad de su domicilio. Más información en el Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social de la Nación de Argentina. En: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf. Fecha de consulta, 27 de septiembre de 2010.

¹⁶¹ Artículo 162º del C. Penal.- Interferencia telefónica
El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.
Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

CAPÍTULO III

DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TELETRABAJADOR



CAPÍTULO III

DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TELETRABAJADOR

1. Remuneración

El establecimiento del teletrabajo puede admitir el retorno a sistemas de pago por unidad de obra o a destajo, que en ocasiones puede suponer la reducción salarial para aquellos trabajadores que aceptaron pasar a ser teletrabajadores. Si bien la experiencia internacional nos muestra que, por lo general, los teletrabajadores que desarrollan la actividad en su domicilio, reciben un salario superior al de los trabajadores a domicilio de tipo tradicional, al comparar sus remuneraciones con las de los trabajadores de la empresa, apreciamos que estos reciben ingresos más elevados.¹⁶²

Este tipo de situación ha llevado a algunas organizaciones sindicales a mostrar cierta reticencia en la aplicación del teletrabajo en el país,¹⁶³ por considerarlo un mecanismo que puede traer mayores perjuicios para aquellos trabajadores menos calificados, en contraposición a aquellos más calificados que sí pueden imponer más fácilmente sus condiciones de trabajo (como la remuneración), cuando los primeros solamente pueden sino aceptar las condiciones que se les ofrece.¹⁶⁴ Situación que se puede agravar de considerar legislativamente al teletrabajo como una simple extensión del trabajo a domicilio, en atención que dicho régimen establece un recorte de beneficios sociales en contraposición a los trabajadores del régimen laboral común, conforme se desprende de la lectura del artículo 94º

¹⁶² RAMIREZ COLINA, Sulmer Paola. Op. Cit. pp. 74.

¹⁶³ A modo de ejemplo la opinión realizada sobre el teletrabajo por el Sr. Luis López Chau (Secretario General del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. durante el Seminario Internacional "Hacia un nuevo Sindicalismo en el Siglo XXI", oficializado por R.M. 154-2009-TR y R.M. 216-2009-TR, celebrado el 25 de Septiembre de 2009

de la LPCL.¹⁶⁵ Como se advierte, resulta de suma importancia analizar este aspecto.

1.1. Sistema salarial en el teletrabajo

La remuneración es el pago que con carácter de contraprestación percibe el trabajador por haber puesto su capacidad de trabajo a disposición del empleador, a consecuencia de un contrato de trabajo.

Mónica Pizarro define a la remuneración como la ventaja patrimonial otorgada como contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de una manera global.^{166,167}

Asimismo, según el artículo 6° de la LPCL,¹⁶⁸ constituye remuneración todo lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea

¹⁶⁴ THIBAUT ARANDA, Javier: Op. Cit. pp. 103.

¹⁶⁵ Artículo 94° de la LPCL.- El trabajador a domicilio tiene derecho a percibir los derechos sociales siguientes:
a) Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado de los beneficios de los incisos b) o c) de este artículo;
b) Vacaciones, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador; Este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos;
c) Compensación por Tiempo de Servicios, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio lo paga directamente el empleador al trabajador dentro de los diez (10) días siguientes de cumplido el año cronológico de servicios y tiene efecto cancelatorio.

¹⁶⁶ PIZARRO DIAZ, Mónica. La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral. Estudio Gonzales & Asociados Consultores Laborales S.C., Lima, 2006, pp. 212.

¹⁶⁷ *“No obstante, en el ámbito jurisdiccional la CSJR y el Tribunal Constitucional, han sostenido en reiterada jurisprudencia que la remuneración es estrictamente una contraprestación por los servicios del trabajador, razón por la cual, no existiendo prestación efectiva de servicios, su pago sólo se admite cuando es ordenado por norma legal expresa o cuando existe una situación que se estima injusta o abusiva”.* PIZARRO DIAZ, Mónica. Op. Cit. pp. 212.

¹⁶⁸ Artículo 6° de la LPCL.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efectos de cálculo de los aportes y contribuciones

la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. La forma para determinar toda remuneración se divide en 3 criterios, siendo estos:

- **Determinación en función del tiempo:** Según esta forma de determinación, la remuneración se percibe teniendo en cuenta la duración del trabajo y no el resultado concreto o la cantidad de obra realizada. Es la forma usual de determinar la remuneración y tiene la ventaja de asegurarle al trabajador un ingreso regular.¹⁶⁹
- **Determinación en función del rendimiento o resultado en el trabajo:** La remuneración dependerá de la producción del trabajador, tanto en la calidad y cantidad de los trabajos realizados, independientemente del tiempo invertido, de ahí que la remuneración principal resulte imprecisa. Ejemplos clásicos de este tipo de remuneración son la remuneración a destajo y la remuneración por comisión.¹⁷⁰
- **Determinación mixta:** La determinación o remuneración mixta es un salario por unidad de tiempo al que se le suma un salario por unidad de obra (prima, incentivo) dependiente del rendimiento del trabajador; el primero es cierto y se devenga en todo caso, el segundo es eventual y variable.

Dentro de la experiencia internacional del teletrabajo, los sistemas salariales suelen involucran estos tres criterios, mostrando una cierta pluralidad en la

a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

¹⁶⁹ CASTILLO GUZMÁN, Jorge y otros. Compendio de Derecho Laboral Peruano. Ediciones Caballero Bustamante. Año 2009, Lima, pp. 134.

¹⁷⁰ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^{ra} Emilia. Derecho del Trabajo. 19^o Edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2001. pp. 324.

asignación de la retribución, sea a destajo o por unidad de tiempo; así como la remuneración de tipo mixta para aquellos puestos de trabajo que involucren trabajos de creación o de concepción altamente cualificados.

La decisión entre uno u otro criterio dependerá principalmente del entorno organizativo en el que se inserta la práctica del teletrabajo. Para aquellas actividades que requieren una repetición intensiva de tareas (como la grabación de datos, la programación de software, servicios de venta al cliente, entre otros), la tendencia en la experiencia comparada gira en torno a establecer una remuneración a resultado. La preferencia viene directamente relacionada por la naturaleza de tipo taylorista de la actividad, al encontrarse enmarcadas o caracterizadas en la secuenciación rutinaria de procedimientos a través de procesamiento electrónico de datos.¹⁷¹

Sin embargo, este criterio no sólo se presenta en el teletrabajo de tipo rutinizado, también se observa como práctica de retribución en el teletrabajo de corte intelectual, denominándosele como dirección por objetivos. Mediante este tipo de retribución, las empresas mantienen una remuneración básica que se ve incrementada con el alcance de unos objetivos o metas unidos a un período de tiempo determinado (normalmente el mismo que el período de cobro), que deben ser alcanzado no solamente por el trabajador en forma individual, sino en ocasiones por todo el grupo de trabajo del que forman parte.¹⁷²

¹⁷¹ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 196 -197.

¹⁷² Si bien la dirección por objetivos tiende hacia una individualización de las relaciones de trabajo entre trabajadores y la dirección de la empresa, también puede centrarse en la gestión del trabajo de un equipo o grupo de trabajo, determinado la unidad de rendimiento productivo del grupo y no del trabajador de forma individual. Sin embargo, la asignación diferencial final de las consecuencias del trabajo tiende a realizarse igualmente de forma individual, aunque haya una contabilización del rendimiento en forma grupal. En BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 236.

Esta modalidad de determinación salarial viene siendo aplicada al grupo de jóvenes profesionales y técnicos altamente cualificados que tienden a ser remunerados por referencia a la naturaleza de la misión confiada, la diligencia y competencias adecuadas y el resultado económico de la prestación, independientemente del tiempo de trabajo efectivo.¹⁷³

La determinación de la remuneración en función del tiempo solía ser poco utilizada para aquellas actividades que involucraban un distanciamiento físico entre el empleador y trabajador, debido a la imposibilidad física de asegurarse el tiempo efectivo utilizado por el trabajador para la realización de la labor asignada. Es así que, históricamente, se ha preferido aplicar una remuneración determinada en función del resultado alcanzado.

Actualmente, gracias al desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TICs), desaparecen las dificultades que presentaba este sistema de determinación salarial para aquellas actividades que involucran una separación geográfica;¹⁷⁴ ya que, a través de un software que permita almacenar en la memoria de la computadora el tiempo real del trabajo efectuado, resulta perfectamente determinable la periodicidad de la prestación. Dicho reporte puede ser remitido al correo electrónico del empleador una vez conectado el teletrabajador a su red, resultando así aplicable la remuneración en función al valor hora.

La tendencia internacional suele reflejar como de aplicación obligatoria el sistema de remuneración por unidad de tiempo para aquellos casos en que el teletrabajo no formaba parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, sino

¹⁷³ Ibid., pp. 197.

¹⁷⁴ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 105.

que provino de un acuerdo posterior con el trabajador. De esta forma, se busca evitar situaciones de insatisfacción de los teletrabajadores frente a las remuneraciones de sus pares ubicados en la empresa, cuando ambos realicen actividades de similar naturaleza.¹⁷⁵

De igual manera, si tenemos presente que el nivel salarial se encuentra estrechamente relacionado con el nivel de productividad del factor trabajo, no cabría trato diferenciado alguno, en la medida que las TICs permiten a los teletrabajadores acceder a las mismas condiciones de productividad que los trabajadores del establecimiento contratante y en consecuencia les permite proporcionar el mismo o similar resultado productivo.¹⁷⁶

Como podemos apreciar, el desarrollo altamente tecnológico de las TICs admite que pese a la separación física existente, los teletrabajadores se inserten en la misma organización del trabajo que los trabajadores del establecimiento contratante y estén, por consiguiente, en condiciones de proporcionar un similar resultado productivo, de suerte que la aplicación de un salario inferior al de los trabajadores de la empresa ocasionaría una diferencia de trato injustificado.¹⁷⁷

Previamente, se ha citado que en la experiencia internacional el empleador se niega a mantener las mismas condiciones salariales, llegando a aducir que en estos casos el teletrabajador tiene menos gastos por ahorro de transporte, ropa, comidas, etc.¹⁷⁸ Sin embargo, no cabe justificar objetivamente este recorte salarial

¹⁷⁵ Algunas empresas como la delegación alemana de IBM, han decidido mantener las condiciones laborales de sus empleados, que pasaron a ser teletrabajadores. En GARCÍA LÓPEZ, Fátima y MONJE JIMÉNEZ, Teresa. Legislación Comunitaria y española aplicable al Teletrabajo. En: Teletrabajo y Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pp. 79.

¹⁷⁶ SERRANO OLIVARES, Raquel. Jurisdicción Competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional. En Relaciones Laborales, Tomo II, año 2001. pp.1269.

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-; Op. Cit. pp. 119.

aduciendo que el trabajador afronta menores gastos: no se ha oído nunca que las remuneraciones se vean reducidas en función de la distancia entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador,¹⁷⁹ con lo cual no cabe invocar dicho argumento para efectos de la remuneración en el teletrabajo.

De allí que, en toda aplicación del teletrabajo se debe establecer políticas de RRHH que busquen determinar el “valor del trabajo”, basado en la dificultad de las funciones, competencias para el puesto, condiciones de trabajo, calificación, esfuerzo físico o mental, rendimiento, habilidad, experiencia, atención o responsabilidad, y confinar criterios como la lejanía física, que puedan encubrir tratos desiguales.

Asimismo, resulta necesario desterrar la idea de que el teletrabajo es un símil del trabajo a domicilio; de lo contrario, se ampararía situaciones de tratos desiguales en cuanto a los complementos salariales que a ser otorgados en favor de los teletrabajadores en contraposición de los trabajadores de la empresa. Recordemos que el artículo 94° de la LPCL solamente reconoce algunos y recortados derechos sociales, en comparación a los ya reconocidos por la legislación laboral para todos aquellos trabajadores de la actividad privada.

De esta forma, podemos concluir que la remuneración a percibir por el teletrabajador debe ser exactamente la misma que por todo concepto percibe un trabajador normal de su misma empresa y categoría que realice el mismo tipo de trabajo,¹⁸⁰ en atención a que el desarrollo de las TICs permite que el nivel de productividad no se vea afectado pese al distanciamiento físico propio del teletrabajo, hecho plenamente comprobable por el empleador a través de los

¹⁷⁹ ZOPPOLI. Citado THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 103.

¹⁸⁰ Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Op. Cit. pp. 96.

mismos instrumentos informáticos utilizados para la ejecución de la prestación laboral.

1.2. Conceptos no remunerativos: Gastos producidos en la adecuación del domicilio

El teletrabajo, cuando es ejecutado en el domicilio del trabajador, involucra para éste el desprendimiento de un espacio físico de su hogar, además de un mayor consumo de energía eléctrica y de línea telefónica, sin considerar la necesidad de contar con un servicio de Internet. Estos gastos derivados de la prestación de trabajo han de ser compensados, suplidos o indemnizados por el empleador, al ser este último la persona que se beneficia de los resultados obtenidos.¹⁸¹

Es indiscutible que el otorgamiento del equipo informático (tanto hardware, como software), así como las conexiones a internet (router y línea de Internet), resultan indispensables para la realización de la prestación que nace del teletrabajo, con lo cual tanto el aprovisionamiento del equipo y mobiliario deberá considerarse como una condición de trabajo, debido a que estos suelen otorgarse *"(...) para que el trabajador cumpla los servicios contratados, ya sea porque son indispensables y necesarios o porque facilitan la prestación de servicios"*.¹⁸²

Del mismo modo, deberá considerarse como condición de trabajo el pago a favor del teletrabajador que busque resarcir el desgaste de brindar su propio equipo informático. Al respecto, el Tribunal Fiscal, en la RTF N° 560-4-1999, dejó sentado que *"[l]as sumas que las empresas abonan a sus trabajadores con la finalidad de*

¹⁸¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. Pp. 6. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

¹⁸² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Instituciones del Derecho Laboral". Op. Cit. pp. 322.

facilitar o posibilitar su labor no constituyen rentas de quinta categoría, sino una condición de trabajo, ya que al no ser de su libre disposición, no representan un beneficio económico para éstos'.¹⁸³

Lo usual para este tipo de pagos es el establecimiento de un cálculo global de una suma alzada, de periodicidad anual o mensual, basada en el cómputo aproximado de los gastos en que pueda incurrir el teletrabajador. Obviamente, tales cantidades deberán revisarse cuando el teletrabajador justifique documentalmente que durante el periodo prefijado los gastos han sido superiores.¹⁸⁴

1.3. Consideraciones

Existen en el teletrabajo determinadas actividades que son susceptibles de una remuneración a destajo al encontrarse enmarcadas en un entorno organizativo y/o productivo fragmentado lineal y estandarizado (como la grabación de datos), pero hay también otras actividades que por su naturaleza no resultan cuantificables los resultados, o no interesa hacerlo (como las actividades de tipo intelectual), y finalmente algunas actividades que engloban ambas figuras con la finalidad de alcanzar mayores niveles de rendimiento a favor de la empresa.

Frente a esta multiplicidad de sistemas salariales aplicables al teletrabajo, que dependen principalmente de la naturaleza propia de la prestación laboral, los mismos deben respetar ante todo que el teletrabajador sea remunerado según la estructura salarial establecido para los trabajadores de la empresa, adicionándole

¹⁸³ Por su parte, el proyecto de ley sobre el Régimen Jurídico del Teletrabajo en relación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación Argentina, dispone en su artículo 4º que en caso de que el teletrabajador aporte su propio equipamiento, el empleador deberá compensar la totalidad de los gastos. Más información en el Ministerio de Trabajo, Empleo Y Seguridad Social de la Nación de Argentina. En: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf. Fecha de consulta, 27 de septiembre de 2010.

¹⁸⁴ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 119.

ciertos complementos no remunerativos que sirvan para resarcir los gastos en que pueda incurrir el teletrabajador en la ejecución de la prestación laboral.

2. Tiempo de trabajo

2.1. Jornada de trabajo

Entendemos por jornada de trabajo, al tiempo convenido por las partes durante el cual, en forma diaria, semanal, mensual e inclusive anual el trabajador se encuentra a disposición de su empleador, con el fin de cumplir su prestación laboral. El artículo 25° de la Constitución¹⁸⁵ establece que la jornada máxima establecida es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo; por su parte, el artículo 1° del D.S. N° 007-2002-TR –Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo¹⁸⁶-(en adelante LJTS), establece similar limitación.

Sin embargo, no todos los trabajadores se encuentran comprendidos dentro de la jornada máxima, el artículo 5° de la LJTS regula como no comprendidos dentro de la misma a los trabajadores de dirección, a los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia y, finalmente, a los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata, considerando

¹⁸⁵ Artículo 25° de la Constitución.- Jornada ordinaria de trabajo
La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

¹⁸⁶ Artículo 1° del D.S. N.º 007-2002-TR.- La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.
Se puede establecer por Ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.
La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la ley de la materia.
El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo será considerada una infracción de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N.º 910, Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias.

a estos últimos a los que trabajan fuera del centro de trabajo, conforme el artículo 10° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, – Reglamento de la LJTS –.

Cabe preguntarse, en base al marco legal presentado, si debemos considerar a los teletrabajadores como excluidos de la jornada máxima legal por carecer de fiscalización inmediata, además de encontrarse fuera del centro de trabajo al momento de ejecutar su prestación. Consideramos que dicha hipótesis no resulta adecuada.

Si bien se reconoce que una de las características básicas del teletrabajo es la flexibilidad que presenta en el desarrollo de la prestación comprometida, también es cierto que el teletrabajo no involucra la ausencia de supervisión, como bien se ha venido sosteniendo. Aquellos teletrabajadores que trabajan en línea (los verdaderos teletrabajadores), se encuentra sometidos a través de las nuevas tecnologías a un grado de control y 'supervisión inmediata' como si el trabajo fuese 'ejecutado en la empresa', lo cual los aleja del supuesto de la norma referido a una ausencia de supervisión inmediata,¹⁸⁷ pese a ubicarse fuera de los locales de la empresa.

De ahí que, podamos señalar que las definiciones contenido en el artículo 10° del D.S. N° 008-2002-TR, no fueron pensadas en función del teletrabajo y, en consecuencia, podemos considerar como comprendidos dentro de la jornada máxima a los teletrabajadores que pese a encontrarse fuera del centro de trabajo, sí se hallan sujetos a sistemas de fiscalización inmediata a través de las nuevas tecnologías.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ FOLGAR, Guillermo. "El Teletrabajo" Resumen del trabajo doctoral de Javier Thibault Aranda y del libro del mismo nombre, publicado en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. N.º26, pp. 196.

No obstante, la potencialidad de una fiscalización inmediata, este hecho no viene a ser el elemento consustancial para reconocer de facto a los teletrabajadores como comprendidos dentro de la jornada de trabajo, resultando necesario además analizar el tipo de tarea asignada.

Rodríguez Folgar señala que será el contenido de la prestación, más que el tipo de conexión telemática con la empresa ('one way line' o 'two way line') el que determine el sometimiento más o menos flexible a la jornada y horarios realizados en la sede de esta última.¹⁸⁸ Al respecto, Thibault refiere que el análisis de la naturaleza de la prestación debe realizarse determinado: *"(...) cuando el teletrabajador goce de un estatuto de trabajador común, éste se verá sometido a unas limitaciones en su jornada de trabajo (...); si, por el contrario, se trata de una relación de carácter especial (altos directivos o personas que intervienen en operaciones mercantiles), el teletrabajador no estará sujeto a la jornada, sin perjuicio de lo que pueda pactarse en pactos colectivos o en las cláusulas del contrato."*¹⁸⁹

Estas diferencias hacen que la regulación de la jornada de trabajo no pueda recibir en el teletrabajo un tratamiento homogéneo. Como podemos apreciar, el factor tiempo y lugar no son los factores relevantes a efectos de poder determinar la inclusión o no de los teletrabajadores en la jornada máxima reconocida en el artículo 25° de nuestra Constitución.

Inclusive, los actuales cambios en la organización de trabajo y modelos productivos menos rígidos, que facultan a los trabajadores a variar diariamente la

¹⁸⁸ Ibídem.

¹⁸⁹ THIBAULT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 71.

disposición temporal de su prestación¹⁹⁰ (sin que este necesariamente ejerza un puesto de dirección), complican aún más la aplicación de la jornada de trabajo.

Rodríguez Folgar nos comenta que, el grado de adaptabilidad a una jornada de trabajo varía según las formas de teletrabajo puestas en marcha, en el caso de tareas poco cualificadas, la interactividad tiende a volver más rígido el tiempo de trabajo; por el contrario, las actividades más creativas sufren menos de esa rigidez.¹⁹¹

Sobre el particular, Serrano Olivares nos menciona que:

"(...) una de las características básicas del teletrabajo es la flexibilidad en el desarrollo de la prestación comprometida, la estricta sujeción a una jornada y a un horario de trabajo deberá atender necesariamente al nivel de cualificación del teletrabajador en relación con el tipo de prestación de servicios pactada. Ciertamente, mientras que en los trabajos de oficina menos cualificados, en los que la retribución toma como medida de valor el tiempo invertido, parece lógico imponer una jornada máxima de trabajo, e, incluso, un horario de trabajo, sobre todo cuando se da una sincronización con los trabajos desarrollados en la empresa; en los trabajos de creación o de concepción altamente cualificados en los que rige una retribución por objetivos sin tomar en consideración, al menos de forma directa, el tiempo invertido, no parece tener sentido la fijación ni de una jornada máxima de trabajo, ni de un horario de trabajo, ni de un periodo mínimo de descanso diario e intersemanal, siendo más apropiado el establecimiento de un plan de trabajo a realizar en un determinado plazo temporal."¹⁹²

Asimismo, en las actividades que implican procesos de elaboración muy delicados o de carácter creativo, actualmente el cálculo del rendimiento del trabajador no se encuentra sujeto al factor hora o jornada, interesando al empresario no la cantidad, sino la calidad de la labor realizada, siendo esta la que realmente cuenta para valorar el trabajo prestado. El trabajo tecnológico a distancia, dice Caruso, además de producir bienes inmateriales, posee elementos

¹⁹⁰ Ibíd. pp. 83.

¹⁹¹ Ibídem.

¹⁹² SERRANO OLIVARES, Raquel. Op. Cit. pp.1268.

de inmaterialidad en el modo mismo de realización, que repercuten en la prestación de manera que la hacen mucho más flexible bajo el perfil del tiempo y no medible cuantitativamente ni con el parámetro del tiempo de trabajo efectivo ni con el parámetro del número de informaciones trasladadas, calculadas de pulsaciones máquina en una determinada unidad de tiempo.¹⁹³

Estas dificultades resultan ser una excusa a fin de invocar la desregulación generalizada de jornada de trabajo, hecho que puede provocar para aquellos teletrabajadores menos cualificados, que realizan una actividad más repetitiva, una situación de desamparo que los podría obligar a verse supeditados a realizar un número de horas excesivas no remuneradas, superior a la de sus pares en el centro de trabajo, pese a que ambos realizan similares tareas y a plena disposición de su empleador.

La Escuela de Organización Industrial de España propone que la medición del trabajo, tiempo de dedicación, producción, etc., debería realizarse dentro del contexto del teletrabajo bajo parámetros diferentes, debiendo fijarse como referencia la de la jornada establecida en la empresa y sobre ella efectuar los cálculos correspondientes a dedicaciones, productividad, etc., de forma que se mantenga la igualdad entre los diferentes trabajadores de la empresa.¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ De ahí que, autores como Borrajo Da Cruz, comenten la posibilidad de establecer una modalidad de horario flexible dentro de una jornada máxima,¹⁹⁶ que exige trabajar

¹⁹³ Caruso, B., <<La retribuzione e l'orario di lavoro' alla corte' della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)>>, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, núm. 17, 1995. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier: Op. Cit. pp. 80.

¹⁹⁴ Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-.Op. Cit, pp. 119.

¹⁹⁵ En ese sentido Sanguinetti nos comenta que debemos entender que el número de horas que el trabajador puede permanecer conectado con la empresa no debe exceder de la jornada laboral de está o, en todo caso, de la máxima legal. En SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. Op. Cit, pp. 154.

¹⁹⁶ En teoría el horario flexible hace referencia a algún tipo de acuerdo entre la empresa y el trabajador y/o los representantes laborales de la empresa para determinar día a día la consistencia de la jornada diaria de trabajo, estableciéndose de antemano un límite máximo ya sea nivel mensual o anual de la jornada de

8 horas diarias, pero sin establecer un horario, pudiendo el teletrabajador elegir entre varios horarios organizados por la empresa y ofrecidos a los trabajadores, compatibles todos ellos con la jornada industrial a realizar, y mantenido por éste por un periodo temporal considerando – una semana, un mes, etc. –¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

Una segunda alternativa es el establecimiento de jornadas acumulativas a las que hace referencia el artículo 4º de la LJTS¹⁹⁹ y el artículo 9º de su reglamento.²⁰⁰ Teniendo en cuenta la naturaleza tan especial que involucra el teletrabajo, las jornadas acumulativas a establecerse no deberán superar el límite prescrito por el artículo 2º, literal c) del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),²⁰¹ que dispone que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el

trabajo. Esto implica cierto margen de negociación entre las partes. El resultado debería ser la aceptación por parte del trabajador de las condiciones en que ha de desarrollarse el trabajo y la aceptación por parte de la empresa de las restricciones del horario flexible que plantea el trabajador por motivos personales. Más información en BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 136.

¹⁹⁷ BORRAJO DA CRUZ, E. "El Horario flexible", en la obra de autores dirigida por el mismo titulada Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, tomo VII, Edersa. Madrid, 1982. Pp. 226 y 227. Citado por MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. "La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores: entre la optimización y la rentabilidad de la jornada y el horario de trabajo en la empresa y su impacto en el derecho laboral peruano". En Derecho y Sociedad, N.º28, pp. 278.

¹⁹⁸ María Martín Pardo de Vera, nos comenta que el establecimiento de este tipo de jornada flexible va imposibilitar establecer son pluses, como el del trabajo nocturno, porque el teletrabajador es el que decide si trabajar por el día o por la noche, o si quiere trabajar en turnos o no. Más información en María Martín Pardo de Vera. El Teletrabajo. En: <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/teletrabajo.asp>. Fecha de consulta, 13 de junio de 2010

¹⁹⁹ Artículo 4º de la LJTS.- En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el Artículo 1.

²⁰⁰ Artículo 9º del Reglamento de la LJTS.- El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el Artículo 4 de la Ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.

²⁰¹ C1 Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919.
(...)
Artículo 2º
En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:
(...)
c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

A nuestro parecer, resulta necesario el establecimiento de una jornada máxima para aquellas prestaciones de teletrabajo que no involucren el ejercicio propio de puestos de dirección y que por su naturaleza involucren actividades de tipo repetitivo. Para aquellas actividades sumamente especializadas y de tipo creativo en las cuales resulta necesaria una libertad horaria, pero igualmente medible el tiempo dedicado a través de las nuevas tecnologías, la aplicación de un horario flexible o jornadas acumulativas, resulta lo adecuado.

En ambos casos, debe respetarse una hora de inicio y una hora de finalización de labores y permitir periodos alternativos de descanso, todo esto en correlato con la jornada de trabajo establecida para el centro de trabajo, a fin de evitar situaciones de desigualdad de trato, en perjuicio de todos aquellos teletrabajadores que tendrán que encontrarse en periodos superiores de disposición de su empleador, pese a que el avance de las nuevas tecnologías permite que su actividad sea similar a la de sus pares que se ubican en los locales de la empresa.²⁰²

2.2. Trabajo en sobretiempo

Todo trabajo realizado en beneficio del empleador que sea realizado más allá de la jornada ordinaria, establecida por ley o la establecida en el centro de

²⁰² Esta conclusión parte del criterio homologador que la experiencia extranjera refiere a favor del teletrabajo; a modo de ejemplo el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo establece en su numeral 4 que en lo referido a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. De ahí que podemos concluir que para efectos de la jornada de trabajo los teletrabajadores deberán sujetarse a la jornada de trabajo señalada en el empresa. Más información en: <http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>. Fecha de consulta, 02 de diciembre de 2009.

trabajo, dará lugar al pago de las sobretasas por concepto de horas extras. En el teletrabajo el pago de las sobretasas, resultan necesarias, a fin de evitar lo que algunos consideran uno de los posibles grandes abusos del empleo del teletrabajo: la falta de pago por trabajo efectivo.

Teniendo en cuenta que, en el teletrabajo es perfectamente posible establecer una jornada de trabajo máxima similar a la del trabajador interno de la empresa, resulta asimismo lógico generar a favor de los teletrabajadores el pago de sobretasas por todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria de trabajo. De ahí que autores como Thibault señalen que:

"(...) la sujeción a una jornada máxima conlleva la existencia de un régimen de horas extraordinarias similar al del trabajador interno en la empresa que permite evitar aquello que algunos consideran uno de los posibles abusos laborales del teletrabajo: la no remuneración de un trabajo efectivo."²⁰³

El mecanismo para llevar a cabo el control de la realización de horas extras a ser compensadas deberá realizarse a través de las mismas herramientas informáticas que resultan necesarias para llevar a cabo la prestación, esto es, la informática. De ahí que, resulta necesario que la regulación referida al registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada – D.S. N° 004-2006-TR-, establezca como obligatoria la utilización de un software informático on-line, que registre la fecha, hora y minutos de trabajo y la conclusión dentro de la jornada de trabajo, así como las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo, como bien lo ordena el artículo 10^o-A de la LJTS,²⁰⁴ para el caso del teletrabajo.

²⁰³ THIBAUT ARANDA, Javier: Op. Cit. Pp. 96

²⁰⁴ Artículo 10^o – A del D.S. N.º 007-2002-TR.- El empleador está obligado a registrar el trabajo prestado en sobretiempo mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables. La deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago del trabajo realizado en sobretiempo, si el trabajador acredita mediante otros medios, su real y efectiva realización.

De no llevarse a cabo la modificación normativa indicada, resultaría de difícil probanza para el teletrabajador la realización de horas extras. A modo de ejemplo, la jurisprudencia brasilera ha denegado el reconocimiento de horas extras, mediante su acreditación a través de medios indirectos como el registro de llamadas telefónicas²⁰⁵, y la emisión o recepción de e-mails²⁰⁶, poniendo en una situación de indefensión a los teletrabajadores frente a los abusos de presión de realización de trabajo fuera de la jornada máxima establecida.

Sin embargo, resulta necesario precisar que no todo trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo dará lugar al pago de la sobretasa, deberá analizarse previamente quien ostenta la responsabilidad de la no conclusión de la labor asignada dentro de la jornada. En el caso que la responsabilidad sea atribuida al empleador corresponderá el pago de las sobretasas por cada hora extra realizada.

²⁰⁵ Horas extraordinarias - TRABAJO EXTERIOR - SIN CONTROL DEL DÍA - ART. 62, fracción I, CLT - Frecuentes contactos entre el empleado y el supervisor por teléfono celular no puede considerarse como el seguimiento de las horas de trabajo, especialmente cuando en primer lugar es el único empleado de la empresa en el país y desempeña sus funciones en el exterior. La presentación que la norma contenida en la Parte I del art. 62 CLT es evidente. (Recurso Ordinário N.º 2266 - Acórdão N.º 523/02 - Sergipe - Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região - Tribunal Pleno - Juíza Relatora Ismênia Quadros - julgado em 02.04.2002). Más información en PINO ESTRADA, Manuel Martín. "Horas extras e Sobreaviso no Teletrabalho". En AR: Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi. No. 121 - Agosto del 2008. En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10729>. Fecha de consulta, 13 de junio de 2010.

²⁰⁶ Campinas / SP - La Novena Sala de la Corte Regional del Trabajo de la Región 15, con sede en Campinas, decidió por unanimidad que las copias de los correos electrónicos no sirven para probar trabajo extraordinario, que se puede escribir a la vez, pero envió en otro momento. El empleado presentó una demanda laboral contra la empresa Motorola Industrial Ltda. por el pago requerido por las horas extraordinarias realizadas. A medida que el 4º Juzgado de Trabajo denegó la petición de Campinas, el empleado hizo un llamamiento a la TRT, con la intención de reformar la decisión de un tribunal inferior. El demandante afirmó que las diferencias en el tiempo extra fueron demostrados por las pruebas recogidas en el archivo: copias de varios correos electrónicos que envían y se reciben. El ponente de la apelación, el Juez Gershon Pistori Lacerda, tras revisar todas las pruebas documentales presentadas, llegó a la conclusión de que el Tribunal de primer grado acordó denegar las horas extraordinarias exigidas por el empleado. Según Pistori, las copias de correos electrónicos no sirven para demostrar que ciertos trabajos se realizaron en el tiempo indicado en el correo electrónico. Los mensajes electrónicos se pueden grabar en un momento, pero el envió a los destinatarios en otro, ha dicho el ponente. "Además, las instalaciones del moderno mundo virtual, asociado con el estilo de vida de la sociedad contemporánea, que un profesional de nivel medio puede enviar y recibir mensajes relacionados con su trabajo a través de su propio ordenador personal, conectado a la red interna de su empresa, pero instalado en su propia casa ", concluyó el juez. Se desestimó la denuncia presentada el trabajo restante. (Processo 02164-2003-053-15-00-6 RO) Más información en PINO ESTRADA, Manuel Martín. "Horas extras e Sobreaviso no Teletrabalho". En AR: Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi. No. 121 - Agosto del 2008. En: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10729>. Fecha de consulta, 13 de junio de 2010.

Recordemos que el teletrabajo conlleva una situación de flexibilidad horaria y deslocalización, que puede promover situaciones de abusos no sólo a cargo del empleador sino del propio teletrabajador, que podría extender las horas en la realización de una tarea que no lo amerita, con la finalidad de alcanzar el pago de horas extras o las que son realizadas de forma voluntaria por el trabajador por el solo hábito de dar el toque final a la labor asignada.²⁰⁷ Ante tal circunstancia, resulta necesario acreditar que la labor realizada fuera de la jornada ha sido expresa y previamente autorizada por la empresa, en atención a que el trabajo en sobretiempo es voluntario tanto en su otorgamiento como en su prestación, conforme lo dispone el artículo 9º de la LJTS.²⁰⁸

Adicionalmente, el empleador puede utilizar mecanismos indirectos de control como el establecimiento de unidades de tiempo/trabajo²⁰⁹ a las actividades encomendadas, este mecanismo de control permite determinar el verdadero tiempo necesario para la realización de una obra o tarea asignada y en consecuencia, tendrá la posibilidad de poder determinar si para la tarea ordenada resulta necesaria la realización de horas adicionales a la jornada de trabajo establecida.

²⁰⁷ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit, pp. 97. También visto por MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. El Teletrabajo o el trabajo en internet y la ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores y el uso de las nuevas tecnologías en la sociedad de la información en la empresa virtual (segunda parte). En: Revista Asesoría Laboral, setiembre de 2004, pp. 14.

²⁰⁸ Artículo 9º de la LJTS.- El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.
Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.
La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N.º 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias. Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra, cuando éste demuestre que le fue impuesta.
La autoridad administrativa de trabajo dispondrá la realización de inspecciones en forma permanente con el objeto de velar por el estricto cumplimiento del pago de las horas extras laboradas.
No obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado.

²⁰⁹ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 155. y en THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 69.

Aparte de lo visto, resulta viable la celebración de convenios de compensación del trabajo en sobretiempo en amparo de lo dispuesto por el artículo 10° de la LJTS, a fin de compensar por periodos equivalentes de descansos el trabajo voluntario realizado fuera de la jornada de trabajo por los teletrabajadores.

3. Teledisponibilidad

La nueva ordenación del tiempo de trabajo que nos presenta el teletrabajo, en ocasiones permite la extensión del tiempo de trabajo a situaciones que sin ser considerados trabajo efectivo, involucran para el teletrabajador la carga de estar disponible para ser llamado a prestar servicios oportunos y efectivos, a esto último se le denomina teledisponibilidad. A modo de ejemplo, es el caso de los ingenieros de sistemas que pueden ser llamados en cualquier momento a fin de reparar los problemas de un servidor en otro país.

De conformidad con el artículo 5° de la LJTS, no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, entendiéndose estos como aquellas actividades que se prestan de manera alternada con lapsos de inactividad. De ahí que, la teledisponibilidad podría no ser considerada a efectos del cómputo de la jornada máxima legal, con lo cual dicho tiempo no podría tener el carácter de exceso de jornada, y en consecuencia no debería ser merecedor de ser compensando como horas extraordinarias, ni tampoco podría dar lugar a periodos de descanso compensatorios.²¹⁰

Sin embargo, se debe estimar que la teledisponibilidad implica una carga obligacional para el teletrabajador de permanecer localizable y listo para trabajar

²¹⁰ MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. "El Teletrabajo o el trabajo en internet y ...". (segunda parte). Op. Cit, pp. 13.

fuera del horario normal, por lo que la remuneración de este servicio debe ser independiente de la prestación eventualmente efectuada, la cual a su vez, en cuanto se realice fuera del horario normal de trabajo, tendrá la consideración de hora extraordinaria,²¹¹ con el pago de las sobretasas establecidas en el artículo 10° de la LJTS.

Pese a ello, el artículo 6° de la LPCL hace referencia al carácter contraprestativo de la remuneración, dentro de este esquema el pago de la remuneración sólo es debido contra trabajo prestado, con lo cual no procedería el pago por las horas de teledisponibilidad brindadas a favor del empleador.

Empero, la revisión sistemática de la normatividad nos demuestra que existen periodos en los cuales el trabajador no presta sus servicios y, pese a ello, el empleador continúa obligado al pago de la remuneración, como es el caso del descanso vacacional o los veinte primeros días anuales de incapacidad temporal para el trabajo. De ahí que, se puede sostener que la remuneración constituye en realidad una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo.²¹²

Como bien señala Mónica Pizarro, "*[e]sta posición permite atribuir carácter remunerativo a los pagos efectuados durante los periodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador pero no realiza una prestación efectiva de servicios porque éste: (i) se lo impide o (ii) no lleva a cabo los actos necesarios para el desarrollo de dicha prestación efectiva*".²¹³

²¹¹ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit, pp. 113.

²¹² PIZARRO DIAZ, Mónica. Op. Cit. pp. 43.

²¹³ *Ibíd.* pp. 44.

Un claro ejemplo de ello, es el caso de las guardias médicas de reten, reguladas por el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 559 - Ley de Trabajo Médico-,²¹⁴ que consisten en la obligación que debe mantener el médico-cirujano de permanecer a disposición de ser llamado en cualquier momento por el Jefe del Equipo de Guardia, durante el turno correspondiente. Como podemos apreciar, tenemos un periodo de tiempo, que sin ser de trabajo efectivo, tampoco es de no trabajo, ya que el médico cirujano se encuentra a disposición de que en cualquier momento pueda ser llamado y por esa disposición es remunerada.

Por tal razón, como señala Mónica Pizarro, "*(...) no sería consistente afirmar que en el Perú la remuneración es contraprestación por los servicios efectivamente prestados, siendo posible huir de la literalidad y admitir que la interconexión entre las prestaciones se da frente a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de una manera global*".²¹⁵

De ahí que, resulte plenamente remunerable la teledisponibilidad y en consecuencia su calificación legal como un complemento salarial, que se ha de abandonar por el simple hecho de estar el teletrabajador a disposición de su empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento, así como la posibilidad de que dichos lapsos de tiempo sean compensados con periodos de descanso efectivo.²¹⁶

²¹⁴ Artículo 13° del D.L. N° 559 - Ley de Trabajo Médico -:

La guardia de retén se programa de acuerdo con los requerimientos de la especialidad y la necesidad del servicio. Durante ella el Médico Cirujano está disponible para ser llamado a prestar servicios oportunos y efectivos dentro de la localidad.

²¹⁵ *Ibíd.* pp. 67.

²¹⁶ En un estudio de campo a 4 empresas españolas que trabajan con sistemas organizativos basados en teletrabajo, Ángel BELZUNEGUI encontró que la política de 2 de dichas empresas ha sido la de intercambiar horas de disponibilidad por horas sueltas en días determinados. Nos comenta el autor que las horas de teledisponibilidad podrían ser remuneradas si se llevase una contabilidad precisa de las mismas, pero los propios teletrabajadores creen que esto es difícil ya que hay muchos tiempos que la empresa considera como <<tiempo muertos>> y que en opinión de los teletrabajadores son tiempo de trabajo efectivo. En estas empresas se ha optado por otra modalidad que no sea el pago de estas horas de disponibilidad, como la compensación. Más información en BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 206.

Es de máxima importancia destacar que, resulta necesario regular la intensidad en que deba ser ejecutada la teledisponibilidad, por cuanto la facilidad que tiene la empresa de poder contactar con su empleado en todo momento, a través de las nuevas tecnologías, puede alcanzar grados extremos que pueden involucrar una sujeción permanente del teletrabajador al llamado de su empleador, por lapsos de tiempo que pueden ser equivalentes a las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana, acción contraproducente al desarrollo personal y familiar que debe tener el teletrabajador, de poder diferenciar sus periodos de descanso con los periodos de trabajo, sea este efectivo o no.

Como se aprecia, la división tiempo de trabajo / tiempo libre sigue siendo perfectamente válida al encuentro de la disponibilidad en el teletrabajo, siendo necesario modificar el contenido del artículo 5° de la LJTS y el artículo 10° de su reglamento a fin de considerar la teledisponibilidad como parte de la jornada de trabajo y regular sus límites temporales, remunerativos, o compensatorios con tiempos de descanso efectivo, a fin de evitar situaciones de abuso por parte del empleador de imponer severas restricciones e incomodidades a los teletrabajadores en su tiempo de no trabajo. Como bien señala Thibault, como en muchos otros aspectos del teletrabajo, la bondad o no de la teledisponibilidad no reside en sí misma, sino en la utilización que de ella se haga.²¹⁷

4. Derechos colectivos

Tras haber analizado la complejidad de las relaciones individuales de los teletrabajadores con sus empleadores, ahora vamos a enfocarnos en sus derechos colectivos.

²¹⁷ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 96.

En el presente punto nos enfocaremos en las dificultades que puede involucrar para el adecuado ejercicio del derecho a la libertad sindical, la dispersión geográfica de la masa laboral que nos presenta el teletrabajo; asimismo, abordaremos la necesidad de otorgamiento de facilidades tecnológicas por parte del empleador para suplir dichos inconvenientes; trataremos el papel relevante de la negociación colectiva como medio flexible de regulación de las condiciones variables de los teletrabajadores a raíz de los constantes cambios tecnológicos sobre los que reposa su actividad; para concluir en las posibilidades reales que pueden tener los teletrabajadores en acudir a las modalidades de conflicto clásicas, como el derecho a huelga. Es decir, analizaremos los principales los problemas que se pueden presentar para el adecuado ejercicio del derecho de la libertad sindical en el teletrabajo.

Este análisis se realizará dentro del entorno tecnológico propio del teletrabajo, que es considerado por algunos como una de las causas principales de la crisis actual del sindicalismo, al ser el motor de la alteración, desplazamiento, proliferación de empleos temporales, en contraposición a la reducción de trabajos de larga duración.²¹⁸

4.1. Derecho de sindicación de los teletrabajadores

Como hemos determinado en el primer capítulo, el teletrabajo es el trabajo a distancia en tiempo real, prestado por una persona, por cuenta ajena, bajo subordinación, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs). Esto permite una verdadera línea de interactividad con los sistemas de información del empleador, a tal nivel como si la prestación laboral se

²¹⁸ SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. "Algunas consideraciones sobre la crisis del sindicalismo en el Perú". En Trabajo y Seguridad Social – Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima. Grijley. 2008. pp. 364.

ejecutara en el mismo centro de trabajo, sin distinción con el resto de trabajadores que cumplen sus labores físicamente en las instalaciones de la empresa.

Por tanto, la relación existente entre el empleador y el teletrabajador es una relación laboral y, en consecuencia, el teletrabajador es un trabajador sin distinción alguna con el resto de trabajadores que cumplen sus labores físicamente en el centro de trabajo de la empresa.

Según el artículo 2º del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo²¹⁹ (ratificado por el Perú), los trabajadores **sin ninguna distinción**, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin autorización previa, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Por su parte, el artículo 28º de la Constitución de 1993²²⁰ reconoce dentro del rango constitucional, los derechos de sindicación de los trabajadores y en consecuencia establece dentro de las obligaciones por parte del Estado, el cautelar el ejercicio democrático de la libertad sindical.

En el ámbito infraconstitucional, el artículo 2º de la Ley de Relaciones Colectivas,²²¹ aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante la

²¹⁹ Artículo 2º del C87 de la OIT:
Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

²²⁰ Artículo 28º de la Constitución.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga
El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

²²¹ Artículo 2º de la LRCT.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

LRCT), establece el derecho de los trabajadores a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Teniendo presente que, el derecho de sindicación es en favor de cualquier trabajador sin distinción alguna, en lo que respecta a los teletrabajadores es evidente que gozan de la titularidad del derecho de constituir organizaciones sindicales y en formar o no parte de ellas,²²² en tanto son trabajadores.²²³ Para esto, deberán cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 12^o²²⁴ y 14^o²²⁵ de la LRCT.

Empero, coincidiendo con Puntriano,²²⁶ consideramos que el problema no radica propiamente en la falta de legislación nacional que permita la ejecución del derecho a la libertad sindical de los teletrabajadores, sino de la eficacia de la misma.

²²² PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. "El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores". En: *Ius et veritas*, Año 14, N.º. 29 (2004), pp. 168.

²²³ Esta conclusión no es exclusiva de la definición que de teletrabajo mantenemos en el presente trabajo, porque para ciertos autores que califican al teletrabajo como una mera forma de trabajar ya sea de forma subordinada o autónoma, la capacidad de formar sindicatos será también afirmativa pese a no existir una relación laboral, en cuanto el artículo 2º del Convenio 87 de la OIT no establece distinción alguna en cuanto al tipo de trabajadores teniendo una definición amplia tanto así que el artículo 6º de la Ley de Relaciones Colectivas – Decreto Supremo N.º 010-2003-TR-, establece que las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se regirán por lo dispuesto en dicha norma, en lo que les sea aplicable.

²²⁴ Artículo 12º de la LRCT.- Para ser miembro de un sindicato se requiere:
a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato.
b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita.
c) No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito.
Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral.

²²⁵ Artículo 14º de la LRCT.- Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliar por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.

²²⁶ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. *Ibid.* pp. 168.

En este sentido, el TC en los fundamentos 4 y 5 de la sentencia de fecha 23 de julio de 2004, recaída en el expediente N° 1469-2002-AA/TC²²⁷, establece que además de los dos planos de la libertad sindical (su aspecto orgánico, así como un aspecto funcional), debe también considerarse la garantía para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores. En tal sentido, el TC señala que el contenido esencial del derecho a la libertad sindical no se puede agotar en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indisponible, deben añadirse todos los medios de acción que resulten necesarios para que la organización sindical cumpla los objetivos que corresponden a su propia naturaleza, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.²²⁸

Retomando los problemas que presenta el teletrabajo, Belzunegui señala que la fragmentación y el aislamiento que se asocian a la práctica de teletrabajo acaban influyendo decisivamente en la capacidad organizativa y negociadora de los trabajadores.²²⁹ Siguiendo esta línea, Thibault señala que el teletrabajo supone un riesgo de desmembramiento de la organización sindical,²³⁰ por cuanto el espacio tradicional de desarrollo del movimiento sindical deja de ser el centro de trabajo típico y la dispersión geográfica de los teletrabajadores conduce a su fragmentación y a una reducción del número de horas de presencia en la empresa, de otra parte porque, a diferencia del tradicional trabajo a domicilio, el teletrabajo se extiende al trabajo intelectual, que se caracteriza por una menor

²²⁷ En el proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata (SITRAMUNP) contra la Municipalidad Distrital de Paucarpata, con la finalidad de que se declare inaplicable y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N.º 1527-2001-MDP.

²²⁸ Fundamento 5 del expediente N.º 1469-2002-AA/TC.

²²⁹ BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 246.

²³⁰ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 240.

conciencia de clase y un mayor corporativismo. Se resquebraja así, en palabras de Gaeta, la certeza del sindicato.²³¹

Para evitar estos problemas, Thibault repara en la necesidad de llevar a cabo un replanteamiento total de la actividad sindical en este nuevo escenario, suponiendo una oportunidad inesperada: de una parte señala el autor, que el teletrabajador aislado puede buscar la aproximación a sus colegas con una necesidad de comunicación muy superior a la de los asalariados clásicos (o de planta); de otro lado, el sindicato puede proporcionar servicios innovadores de utilidad para los teletrabajadores (información actualizada relativa al empleo, formación, autoempleo o recursos),²³² asimismo, puede resurgir un cierto sindicalismo asambleario, que a través de chats o foros telemáticos recobre la espontaneidad originaria.²³³

Pero toda esta serie de cambios en la actividad sindical propuestos, deberán encontrarse ajustados a lo dispuesto por la LRCT, a fin de que puedan ser ejecutados.

Una primera dificultad que encontramos en el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los teletrabajadores es la referida a la adscripción de los mismos a un centro de trabajo a fin de fijar el número de miembros de los sindicatos y concretar en qué centros podrán ejercer sus derechos de participación política sindical, es decir, a elegir y a ser elegidos.²³⁴

²³¹ Ibíd. pp. 238 – 239.

²³² Ibíd. pp. 240.

²³³ Ibídem.

²³⁴ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo: Op cit. pp. 168 y en THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 241.

Conforme el artículo 5° de la LRCT,²³⁵ los sindicatos pueden ser:

- a. De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador;
- b. De actividad, formado por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos o más empresas de la misma rama de actividad;
- c. De gremio, formado por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad; y finalmente
- d. De oficios varios, formado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

Para efectos de la formación de un sindicato de empresa de teletrabajadores, el artículo 14° de la LRCT señala que para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliar por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.

²³⁵

Artículo 5° de la LRCT.- Los sindicatos pueden ser:

- a) De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.
- b) De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.
- c) De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
- d) De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

Para el caso de organizaciones sindicales empresariales, no existirá mayor problema para un grupo de teletrabajadores en formar parte de un sindicato único de empresa en la medida que la adscripción se encuentra directamente relacionada con la relación laboral previamente existente; con lo cual, a pesar de las diferentes ubicaciones de los teletrabajadores dentro del territorio nacional, se les deberá considerar trabajadores de la empresa y adscritos dentro de su ámbito. En similar sentido se pronuncia el artículo 9º de la LRCT²³⁶ y el artículo 4º de su reglamento,²³⁷ al señalar que el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. En el presente ejemplo, al ser un sindicato único es indudable que la representación es realizada por aquel único sindicato.

Sin embargo, frente al escenario en que una empresa tenga más de un sindicato o en el supuesto de organizaciones sindicales infraempresariales (de establecimiento para el presente caso), cuál será el criterio si tenemos presente que el criterio locativo puede ser muy variado y, por no decirlo, confuso dentro del escenario que nos presenta el teletrabajo.

Pongamos un ejemplo: una empresa con sede administrativa en Lima, tiene un sindicato de empresa en Lima que representa a todos los trabajadores de dicha

²³⁶ Artículo 9º de la LRCT.- En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados.
De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos.
En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.

²³⁷ Artículo 4º de la LRCT.- Los sindicatos representan a los trabajadores de su ámbito que se encuentren afiliados a su organización entendiéndose por ámbito los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquélla; y los de actividad, gremio u oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley. Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los trabajadores de su ámbito, representan también a los trabajadores no afiliados de dicho ámbito, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 46 de la Ley.

sede. Ésta a su vez, tiene dos centros productivos: uno en el departamento de Ica y otro en Junín, cada uno con su respectivo sindicato; sin embargo, sus teletrabajadores viven en Iquitos, lugar donde el empleador no tiene actividad económica alguna. Frente a este escenario, ¿a qué sindicato deberá adscribirse el referido grupo de teletrabajadores?

A lo largo del presente trabajo, hemos venido desarrollando que en el marco conceptual altamente tecnológico que nos presenta el teletrabajo, este supone una conexión directa con el servidor de la empresa principal y la posibilidad de interacción en tiempo real por parte del empleador y teletrabajador. De esta forma, **cabe plantear la posibilidad de que el verdadero centro de trabajo sea el lugar donde se encuentre el servidor central del empleador, donde se establece y mantiene su presencia el teletrabajador aunque sea de forma virtual**, sin distinción con el resto de trabajadores que cumplieron sus labores físicamente en el centro de trabajo de la empresa, no debiendo así existir diferencia alguna con estos.

Bajo este orden de ideas, este debe ser el marco conceptual sobre el cual debe reposar el desarrollo de la pregunta antes planteada; ¿a qué sindicato deberá afiliarse el grupo de teletrabajadores que no domicilian en ninguna de las localidades competentes de los sindicatos de su empresa? La respuesta necesariamente, deberá ser al sindicato de la localidad donde se encuentre el **servidor central** del empleador, porque es ahí donde el teletrabajador establece y mantiene su presencia aunque sea de forma virtual. Esto, en atención que: “[/]*La esencia del teletrabajo consiste en que el trabajo realizado a distancia por el empleado ESTÁ siempre en la empresa, con independencia del lugar físico donde se encuentre el empleado.*”²³⁸ Con lo cual, frente al ejemplo planteado, no sería necesariamente única la respuesta, pues los dos teletrabajadores que viven en Iquitos podrían

²³⁸ Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-. Op. Cit. pp. 113.

inscribirse en sindicatos distintos, en la medida que la conexión virtual de cada uno de ellos para su único empleador sea también a través de servidores electrónicos totalmente distintos.²³⁹

Esta opinión no es unánime y, en especial, frente a los problemas de adscripción de sindicatos supraempresariales (rama actividad o gremio), autores como Puntriano, recogiendo las opiniones de Alonso García, señalan que una salida se orientaría a considerar los domicilios de los teletrabajadores como centros de trabajo.²⁴⁰

Sin embargo, este razonamiento tiene una serie de inconvenientes teóricos y prácticos, para efectos del ejercicio adecuado del derecho a la libertad sindical de los teletrabajadores, como los siguientes:

- a) A nivel teórico retoma la posición de definir el teletrabajo como un mero trabajo a domicilio, razonamiento jurídico desfasado y que hemos analizado en el capítulo 1 del presente trabajo.
- b) A nivel práctico, una definición de domicilio igual al del centro de trabajo impediría poder inscribir a los teletrabajadores que radican en Iquitos a uno de los tres sindicatos de empresa que tienen competencia distinta de la de sus domicilios, pese a que su prestación laboral es efectiva dentro de dichos rangos de su jurisdicción, gracias a la conexión telemática; y
- c) Por último, promueve los efectos del dumping social en el caso de prestaciones de teletrabajo transnacional (tema que abordaremos en el siguiente capítulo), por cuanto impide que el sindicato donde

²³⁹ Autores como Thibault señalan que "si el teletrabajador desarrolla su prestación conectado telemáticamente al proceso sección de producción de un determinado centro, deberá ser considerado como formado parte de la plantilla de ese centro lo que se tendrá en cuenta a los efectos del número de representantes unitarios, y, en su caso, del número de representantes sindicales". THIBAULT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 242.

²⁴⁰ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. Op. Cit. pp. 170.

efectivamente se desarrolla su actividad laboral, sea aquel que represente al teletrabajador en sus conflictos y reclamaciones de tipo individual o colectivo bajo los pliegos de sus pares que trabajan en forma física en una jurisdicción totalmente distinta de la de su domicilio real, llegando hasta el extremo de tratarse de otro país, u otro continente inclusive.

Una posible contingencia de considerar como sindicato competente al de la localidad donde se encuentre el servidor central del empleador, es el referente a la capacidad de comunicación entre el teletrabajador y su sindicato, puesto que el espacio físico que los separa haría imposible que el teletrabajador pueda acercarse a su sindicato, tan igual como la distancia física que lo separa de su empleador.

Frente al escenario antes comentado, nuestra legislación nacional para el caso de sindicatos supraempresariales, maneja la figura de la sección sindical,²⁴¹ entendida como ente de representación del sindicato dentro del **centro de trabajo** en el que labore el trabajador para que éste represente los fines de sus afiliados conforme las atribuciones delegadas expresamente por su sindicato. Es indudable que, frente al escenario del teletrabajo, esta figura resulta totalmente ineficaz, por cuanto, tanto el centro de trabajo como la sección sindical van a resultar igual de distantes para mantener un contacto directo para el teletrabajador.

²⁴¹ Artículo 7º de la LRCT.- Los sindicatos se pueden organizar con alcance local, regional o nacional. En tales casos, para el cumplimiento de sus fines al interior de la empresa, podrán constituir una "sección sindical".

Artículo 9º del reglamento de la LRCT.- Tratándose de sindicatos de alcance local, regional o nacional, los trabajadores afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que labore, la que ejercerá su representación al interior del mismo. La relación de la sección sindical con su organización sindical está reglada por el estatuto de esta última, no pudiendo asumir los fines y funciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, salvo por delegación expresa. La representación de la sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos, en asamblea general.

Artículo 10º del reglamento de la LRCT.- No podrá constituirse más de una "Sección Sindical" por cada centro de trabajo y por cada organización de la naturaleza precisada en el artículo anterior.

Para dar solución a esta serie de contingencias, sería recomendable brindarle la oportunidad al teletrabajador de elegir adscribirse al sindicato más próximo a su domicilio real, pese a no ser el sindicato de la localidad donde se encuentre el **servidor central** del empleador con el que mantiene contacto. Esta capacidad de elección del teletrabajador, es la más acorde a fin de garantizarle un adecuado ejercicio de su derecho a la libertad sindical, sin incurrir en los inconvenientes teóricos y prácticos de considerar los domicilios de los teletrabajadores como centros de trabajo.

Todos los problemas mencionados parten del propio sistema de comunicación y representación de los sindicatos, diseñado para empresas tradicionales en las que todo el personal está agrupado en los centros de trabajo; esta situación nos obliga a abordar el fenómeno a través de la búsqueda de un replanteamiento total de la actividad sindical dentro de un contexto predominantemente informático, cuya actividad deberá ahora desarrollarse utilizando los canales informáticos para facilitar el ejercicio de sus objetivos.

Pero, antes de avanzar en dicho análisis, quisiéramos reflexionar sobre un tema pendiente, ¿cuál es el mejor tipo de sindicato y de negociación para el colectivo de teletrabajadores?

Es indiscutible que, dentro de un escenario de dispersión geográfica de la masa laboral, la existencia de un sindicato gremial de teletrabajadores, que en el ámbito de su competencia (local o nacional) pueda proteger las principales reivindicaciones de este gremio, es el más adecuado por permitir que en una posterior negociación colectiva de ámbito de empresa o negociación directa, se alcancen mejores beneficios relacionados directamente a las peculiaridades que cada empresa presente en sus relaciones laborales.

Este tipo de negociación (llamado también negociación colectiva articulada²⁴²⁻²⁴³), sería el más adecuado para la defensa de los derechos colectivos de los teletrabajadores, cuyo beneficio partiría de su amplia cobertura, comprendiendo incluso a las empresas en las que no hubiera organización sindical, pero salvaguardando el derecho de los teletrabajadores que no se hubieran sindicalizado por el aislamiento que su puesto de trabajo involucra.²⁴⁴

Empero, este óptimo escenario se enfrenta al artículo 45° de la LRCT,²⁴⁵ que dispone que el nivel de negociación se fijara por acuerdo de partes y a falta de este será el de empresa. Esto nos deja en un escenario totalmente adverso para el ideal del nivel negocial planteado, de ahí que la negociación gremial es un largo camino a ser atravesado por otros sectores antes de alcanzar su aplicación en el

²⁴² Artículo 44° de la LRCT.- La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

- a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.
- b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella.
- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

²⁴³ Neves nos presenta como "criterios de articulación, por ejemplo, discutir lo genérico para la negociación de rama de actividad y lo específico para la de empresa, o atribuirle el establecimientos de mínimos para la primera y de suplementos para la segunda, o asignarle materias determinadas a cada una, etc.". NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Colectivo del Trabajo". Material Inédito. pp. 17. En la Selección de textos del curso de Derecho Laboral General. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

²⁴⁴ Esta conclusión parte de la Lectura del artículo 46° de la LRCT, que señala:
Artículo 46°.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.
En caso no se cumplan los requisitos de mayoría señalados en el párrafo anterior, el producto de la negociación colectiva, sea convenio o laudo arbitral, o excepcional por resolución administrativa, tiene una eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización u organizaciones sindicales correspondientes. De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad ésta mantendrá su vigencia.

²⁴⁵ Artículo 45° de la LRCT.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.
De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.
Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.
Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

teletrabajo a fin de garantizar la organización en defensa de los derechos de este gremio.²⁴⁶

Ante esta situación, la mejor alternativa de agremiación será la de nivel de empresa, obligándonos a promover el replanteamiento total de la actividad sindical, a fin de que dicho sindicato proteja y exija las particulares reivindicaciones de sus teletrabajadores, tan igual como las reivindicaciones de sus afiliados que trabajan físicamente en las oficinas del empleador.

4.2. Facilidades tecnológicas para la actividad sindical

El ejercicio de las funciones de representación sindical, como lo hemos ido señalando, plantea dificultades en el caso del teletrabajo, toda vez que los medios de información y acción sindical tradicional están concebidos para una organización de trabajo centralizada y situada en un lugar fijo, en contraposición a la dispersión laboral que presenta el teletrabajo. Frente a esta situación, Thibault se pregunta: ¿qué sentido tiene, disponer de un tablón de anuncios en los locales de la empresa cuando los trabajadores seguramente ni siquiera pasarán por allí?²⁴⁷

Asimismo, en el escenario del teletrabajo se vuelve “*más difícil <<captar>> al teletrabajador, al menos en un discurso clásico, sino también contactar con él, máxime si no acude con cierta regularidad a los centros de trabajo de la empresa. Ya no existe una gran*

²⁴⁶ Sin embargo, es bueno mencionar que el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 03561-2009-PA/TC, en el proceso de amparo llevado a cabo por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao, precisa para el caso en concreto que, el sentido normativo del primer párrafo del artículo 45º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR resulta materialmente inconstitucional, en la medida que señala que “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”. Dicha frase señala el TC resulta inconstitucional no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida.

En virtud de lo antes expuesto, el TC resolvió declarar inaplicable a las partes la segunda oración del primer párrafo del artículo 45º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, precisando el TC que, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga.

²⁴⁷ THIBAULT ARANDA, Javier. Op. Cit., pp. 245.

nave en la que dirigirse a una gran masa, pues el trabajador se encuentra en su domicilio, en telecentros o simplemente en la calle'.²⁴⁸

Para ello, Thibault señala que han de buscarse soluciones innovadoras y adaptadas a un trabajo a distancia, en red y cambiante, utilizando para ello las mismas tecnologías que le sirven de soporte material;²⁴⁹ es decir, los canales informáticos que posibilitan realizar la prestación pueden facilitar el ejercicio de los derechos sindicales con la finalidad *que la organización sindical cumpla con sus objetivos*, que son la protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.

Bajo este contexto, Thibault plantea una serie de sugerencias a implementarse en la actividad sindical para que un sindicato como el de teletrabajadores, basado en un contexto organizativo caracterizado por su elevada informatización, se sirva de las TICS para el desarrollo de sus actividades. Pero a efectos de llevar a cabo dichas medidas, resulta en ocasiones necesario que el empleador brinde ciertas facilidades para el uso de su plataforma tecnológica para el adecuado ejercicio del derecho a la libertad sindical.

Sobre el particular, nuestra legislación nacional no establece obligación legal alguna al empleador a efecto que este deba brindar algún tipo de facilidad (sea tecnológica o no) a los dirigentes sindicales con el objeto de que puedan ejercer su derecho de información a favor de sus agremiados. Es así que, el artículo 32º de la LRCT²⁵⁰ señala que la convención colectiva contendrá las estipulaciones

²⁴⁸ THIBAULT ARANDA, Op. Cit. pp. 239.

²⁴⁹ *Ibíd.* pp. 245.

²⁵⁰ Artículo 32º de la LRCT.- La convención colectiva contendrá las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias.

tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias; es decir, nuestra legislación más que imponer una obligación para el empleador, requiere la existencia de un acuerdo previo, reflejado en un convenio colectivo que comprometa al empleador en el otorgamiento de facilidades para la comunicación del sindicato.

Por el contrario, legislaciones como la española contienen una regulación expresa sobre la materia, es así que el artículo 81° del Estatuto de Trabajadores señala lo siguiente:

"Artículo 81. Locales y tablón de anuncios:

*En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa **un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios.** La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo". (Sombreado y subrayado nuestro)*

A partir de una lectura tan promotora del ejercicio de la libertad sindical como el artículo mostrado, autores como Thibault llegan a considerar como "(...) *perfectamente razonable una interpretación evolutiva del derecho al local y al tablón de anuncios (art. 81 ET), como derecho a la página web, diario electrónico o mensajería instantánea, mientras que las tradicionales discrepancias sobre si las características del centro lo permiten, irían referidas en adelante a la capacidad del sistema informático de la empresa para abarcar estas aplicaciones*".²⁵¹

A falta de convención, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable.

El tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos y licencias remuneradas, destinados a facilitar las actividades sindicales se entenderán trabajados para todos los efectos legales hasta el límite establecido en la convención colectiva. No podrán otorgarse ni modificarse permisos ni licencias sindicales por acto o norma administrativa.

²⁵¹ Ibid. Op. Cit. Pp. 245.

Por el contrario, nuestra legislación nos impide llegar a similar conclusión y entender a priori como parte de las obligaciones del empleador, la de dedicar un link de su página web o de la intranet para el uso exclusivo del sindicato; el autorizar la realización de una videoconferencia del sindicato a través de las computadoras asignadas a los trabajadores; el permitir la emisión o recepción de boletines electrónicos a través de los e-mails institucionales de la empresa; en fin, la obligación de brindar todas aquellas aplicaciones tecnológicas alcanzables al día de hoy, que permitan una comunicación sindical más fluida con los trabajadores.

Bajo este escenario, todo sindicato de teletrabajadores que no hubiera podido incluir en su pliego de reclamos dichas aplicaciones, tendrá que asumir los costos de las mismas para mantener una adecuada comunicación sindical con sus agremiados, todo esto dentro de una plataforma tecnológica (servidor) distinto de la del empleador,²⁵² a partir de la lectura del artículo 32° de la LRCT.

Pese a nuestra limitada regulación sobre la materia, este hecho no ha sido un obstáculo para que el Tribunal Constitucional (en adelante el TC) se pronuncie sobre las facilidades brindadas por el empleador para el adecuado ejercicio del derecho a la información para el desarrollo de actividades sindicales (sin aterrizar al tema informático); es así que, en el expediente N° 1469-2002-AA/TC, en el caso seguido por el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata (SITRAMUNP) contra la referida Municipalidad, el TC autorizó al sindicato la colocación del periódico mural para fines estrictamente gremiales y en un lugar

²⁵²

En un estudio de campo a 4 empresas españolas que trabajan con sistemas organizativos basados en teletrabajo, Ángel BELZUNEGUI encontró que ante la negativa sistemática de una de las empresas a facilitar los medios para comunicarse vía correo electrónico, el comité de empresa optó por enviar mensajes electrónicos (anuncios, información sindical en general, convocatorias, etc.) desde otro servidor ajeno al de la empresa, esto es, desde la propia sede del sindicato o, en ocasiones como así lo ponen de manifiesto desde cafés cibernéticos. Ante esta estrategia la empresa no se ha manifestado ya que es una práctica que no ha podido prohibir. Las direcciones de correo electrónico de los trabajadores han sido recopiladas paso a paso con el tiempo ya que la dirección de la empresa nunca ha facilitado las mismas al comité de empresa. Además de esta estrategia los representantes laborales utilizan el tablón de anuncio que tienen a su disposición. En: BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 247.

accesible a todos los trabajadores, en la medida que se garantice el funcionamiento eficaz de la administración, en atención que la Resolución de Alcaldía que denegó al sindicato la autorización para colocar un periódico mural en el local municipal, (argumentando que ello contravenía el artículo 1° del Decreto Supremo N° 093-1-83-PCM²⁵³); significando, más bien, una actitud arbitraria e ilegal, además de ser una inaceptable restricción al derecho de expresión e información del sindicato de sus dirigentes y miembros.

El razonamiento legal de la referida resolución, se encuentra principalmente en el considerando 5, referido al derecho a la libertad sindical, al señalar que este debe también considerar la garantía para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores:

"En tal sentido, el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indispensable, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical".²⁵⁴

Como podemos ver, el TC tiene una interpretación amplia y en pro del ejercicio de la libertad sindical siguiendo la referida línea, la doctrina nacional, representada por Alfredo Villavicencio, señala que *"(...) respecto de las prerrogativas y facilidades necesarias para el ejercicio de la actividad sindical, la OIT aprobó el convenio 135 y la recomendación 143, en los que se establece que los representantes de los*

²⁵³ El Decreto Supremo N.º 093-1-83-PCM; establece en su artículo 1º que "Los locales de los ministerios, organismos públicos e instituciones públicas no podrán ser utilizados por los trabajadores para la realización de reuniones y concentraciones con fines ajenos a las funciones que les son propias a dichas dependencias [...]. Asimismo, no se permitirá la difusión de propaganda en los referidos locales, tales como la utilización de parlantes, altavoces, carteles y cualquier otro medio que perturbe el normal funcionamiento de las actividades públicas". Fuente: considerando 6 del expediente N.º 1469-2002-AA/TC.

²⁵⁴ Considerando 5 del expediente N.º 1469-2002-AA/TC.

trabajadores **deberán gozar de facilidades adecuadas para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones**, presentando luego un catálogo de estas en los artículos 10 al 17 de la recomendación antes mencionada, que por su universalidad vale la pena reseñar: a) licenciaturas y permisos sindicales sin pérdida de salario; b) libertad de movimiento; c) comunicación inmediata y directa con los representantes de la empresa; d) recaudación de cuotas sindicales; e) **libertad de comunicación verbal y escrita** con sus representados; **f) facilidades materiales**; g) acceso a la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical; y, h) ingreso a la empresa de los dirigentes sindicales que no trabajen en ella, pero cuya organización sí cuente con afiliados".²⁵⁵ (Sombreado y subrayado nuestro)

De esta forma, podemos advertir, sobre la base del pronunciamiento del TC, en el caso del Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata (SITRAMUNP), así como la doctrina nacional antes comentada que, pese al vacío legal, existe una obligación de todos aquellos empleadores de brindar facilidades materiales para el desarrollo de la actividad sindical, inclusive las tecnológicas (léase, facilidades en el uso de Internet, intranet, servidor empresarial, correo electrónico, entre otras). Con mayor razón para aquellos empleadores que tengan un marco organizacional basado en el teletrabajo, donde la dispersión geográfica les exige promover el adecuado desarrollo del derecho a la libertad sindical del sindicato.

Sin embargo, esta respuesta no será necesariamente compartida por los empleadores,²⁵⁶ en virtud de la ausencia de una norma legal o pronunciamiento

²⁵⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga". Cuadernos de Fundación N.º11, Fundación Cultura Universitaria, 1º edición, septiembre del 2007, pp.49.

²⁵⁶ Ángel BELZUNEGUI encontró en su estudio antes comentado, además de la negativa del empleador a brindar facilidades tecnológicas, respuestas afirmativas, como el siguiente extracto de su estudio: "En la empresa B la dirección no ha puesto tantos inconvenientes al comité de empresa para contactar con sus representados. En esta empresa sí pueden utilizar el correo electrónico de la empresa para enviar información y para contactar en general con los trabajadores. De hecho, es el medio más utilizado para hacer llegar a los trabajadores

judicial nacional. A modo de ejemplo, en España, a raíz de un trabajo de campo realizado por Ángel Belzunegui a 4 empresas españolas que utilizan sistemas organizativos basados en teletrabajo, se encontró el siguiente resultado:

“Consientes de las dificultades que se han generado para el contacto entre los teletrabajadores y su representación laboral, los delegados de las Empresas A y B han desplegado sus propias estrategias para afrontar esta nueva situación. En la empresa A, la dirección ha prohibido la utilización del correo electrónico interno (la red internet) para que los representantes de los teletrabajadores puedan contactar con sus representados. Incluso de hecho ha sido llevado a los tribunales laborales para que se pronunciaran a tal efecto, dando esta en última instancia la razón a la dirección. En palabras del directivo de la Empresa A <<los instrumentos que pone a disposición la empresa para realizar el trabajo son exclusivamente laborales, no para mandar comunicados>> (...) ya que, según esta opinión, la empresa ya facilita los medios que señala el convenio colectivo como es el tablón de anuncios sindical (...).”²⁵⁷

En el Perú, María Yolanda Zaplana Briceño,²⁵⁸ nos comenta que mediante el Oficio N° 218-2007-SUNARP-ZR N°IX/GAF del 24 de enero de 2007, la Gerencia de Administración y Finanzas de la SUNARP se dirige a la representación sindical de los trabajadores de la Zona Registral N° IX – Sede Lima, a raíz de la recepción de un correo dirigido a todo el personal de esta zona registral, proveniente de un Registrador Público de otra Zona Registral tratando el tema de la ejecución del Laudo Arbitral 2006 (referido a un pliego sindical), en respuesta a un correo remitido por dicha representación sindical que estaba dirigido sólo a dicho registrador público. En el citado oficio, menciona Zaplana que la representación del empleador señaló lo siguiente: *“(...) exhorta a utilizar adecuadamente el correo electrónico, ciñéndose a las disposiciones que sobre el particular se han emitido, en todo*

cualquier tipo de información que concierne a la empresa y de tipo sindical más genérico. En esta empresa el tablón de anuncios ha sido sustituido en la práctica por un <<tablón de anuncios electrónico>>, donde los trabajadores, además de recibir información, pueden realizar cualquier tipo de consultas a sus representantes laborales. Para los representantes laborales la posibilidad de utilización del correo electrónico de la empresa genera una ampliación de los derechos de los trabajadores ya que la dirección de la empresa reconoce que un derecho básico, como es el del intercambio de información entre trabajadores y sus representantes laborales, puede ser ejercido a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.” Op. Cit. pp. 246.

²⁵⁷ Ibídem.

²⁵⁸ ZAPLANA BRICEÑO, María Yolanda. “El uso del e-mail laboral y los fines laborales”. En: <http://www.grupoidd.org/regiontrans/movcopy.html>. Fecha de consulta, 05 de octubre de 2009.

*caso, las comunicaciones que requiera efectuar la organización sindical deberán hacerlas utilizando sus propios recursos”.*²⁵⁹

Como podemos apreciar de los ejemplos planteados, nos encontramos frente a la disputa referente a la prevalencia de dos derechos de rango constitucional: Libertad sindical vs. Derecho de propiedad del empleador. Por una parte el sindicato reclama el uso de los sistemas informáticos del empleador con la finalidad de que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza le corresponde, esto es, derecho de brindar información sindical de sus miembros; por otra parte, el empleador señala que el correo electrónico laboral no es más que una herramienta de trabajo de su titularidad, que otorga al trabajador para su uso y administración en nombre del cargo que desempeña y para fines exclusivamente laborales. Es decir, ha de utilizarlo para cumplir su prestación laboral.²⁶⁰

Asimismo, la jurisprudencia extranjera no tiene una posición firme sobre la materia; en la sentencia 312 del 26/08/2004 el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Uruguay, ha reconocido que nada impide que los sindicatos puedan utilizar este medio de comunicación para intereses que indirectamente también tienen estrecha relación con el trabajo, donde interactúan patronos, trabajadores y sindicatos;²⁶¹ por su parte, la jurisprudencia española, tras una larga batalla judicial sobre un caso bastante sonado en los últimos años entre el BBVA y el sindicato CC.OO. que agrupa a sus trabajadores, el Tribunal Constitucional Español en la STC 281/2005, del 07 de noviembre de 2005, la misma que avala el uso del correo

²⁵⁹ Si bien el ejemplo planteado no es referente al caso del teletrabajo dentro del ámbito privado, resulta bastante útil para analizar la respuesta del empleador frente a la imposición de facilidades tecnológicas a favor del sindicato.

²⁶⁰ ZAPLANA BRICEÑO, María Yolanda. “El uso sindical del correo electrónico por el Trabajador”. Precisiones de la doctrina y la jurisprudencia. En: Revista Jurídica del Perú, de Normas Legales, N.º 89, Año 2008, pp.427.

²⁶¹ ZAPLANA BRICEÑO, María Yolanda. *Ibíd.* pp. 428.

electrónico preexistente de las empresas por los sindicatos, con la restricción de que no perturbe la actividad normal de las compañías ni que suponga ningún costo adicional para las mismas.²⁶²

El TC Español, señala que: “[n]o resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existente en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones de representativas, sin ocasionar en cambio, provecho alguno. Una consideración diversa olvidaría el marco en el que tiene lugar la acción sindical en estos casos (la empresa), marginaría la función de contrapoder que el sindicato en la defensa de los intereses de los trabajadores en ese espacio empresarial, que la Constitución promueve y, en definitiva, lejos de respetar el derecho fundamental, dificultaría su efectividad mas allá de lo razonable, lesionando con ello su contenido esencial”.²⁶³⁻²⁶⁴

En nuestro caso, el Perú carece de un pronunciamiento judicial referido a la confrontación entre el derecho de la libertad sindical y el derecho de propiedad del empleador; sin embargo, autores como María Yolanda Zaplana Briceño,

²⁶² PÉREZ DE LOS COBOS ORIUDEL, Francisco. “El Uso Sindical de los medios informáticos en la empresa”. En: la revista “Relaciones Laborales”; Madrid, Marzo 2009, N.º 05, pp. 53-66.

²⁶³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIUDEL, Francisco. *Ibíd.* pp. 60.

²⁶⁴ Esta Jurisprudencia del Tribunal Español, pese a fallar en pro de uso sindical del correo electrónico, ha sido duramente criticada por PÉREZ DE LOS COBOS, el mismo que considera que es una sentencia construida a la inversa, cuya doctrina presenta importantes debilidades, en atención a que el Tribunal Constitucional Español alega como objeto de la litis, no al contenido del derecho a la libertad sindical frente al uso del correo electrónico del empleador, sino a la preexistencia del mismo y la ausencia de obstáculos por parte de este. Para leer más acerca de la secuencia de la larga batalla judicial sobre el uso sindical de los medios informáticos de la empresa en la jurisprudencia española, consultar a Francisco Pérez de los Cobos Oriuel, en “El Uso Sindical de los medios informáticos en la empresa”. En: revista “Relaciones Laborales”; Madrid, Marzo 2009, N.º 05, pp. 53-66.

basados en la lectura del considerando 16 y siguientes del expediente N° 1058-2004-AA/TC²⁶⁵ (caso SERPOST), señalan que el derecho de propiedad del correo electrónico que tiene la empresa no puede vulnerar el ejercicio de la libertad sindical, tanto como no puede vulnerar el derecho a la intimidad²⁶⁶. La base de la referida afirmación por la autora, parte de considerar que *"(...) los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y derecho a la libertad sindical son amparados en el fuero sindical y por la doctrina y sin vulnerar el derecho de la propiedad de la empresa que establecen una relación de subordinación, donde prima el derecho a la intimidad y el de libertad sindical sobre el de propiedad en caso de un conflicto entre estos, aunque se esbocen limitaciones en el ejercicio de este último, teniendo en cuenta el caso concreto"*.²⁶⁷

En relación con este comentario, consideramos pertinente señalar que si bien es cierto que el TC ha realizado antes pronunciamientos referidos a conflictos entre derechos constitucionales en base a la aplicación del principio de proporcionalidad,²⁶⁸ no consideramos que el TC de facto, establezca una formula tal que los derechos constitucionales se encuentren insertos en una relación de subordinación, de modo que uno excluya al otro²⁶⁹. Ni, menos aún, que exista una relación de subordinación expresa a nivel constitucional, donde prime el derecho

²⁶⁵ Caso referente al proceso de amparo interpuesta por Rafael Francisco García Mendoza contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral por el uso de correo electrónico de la empresa para efectos de enviar material pornográfico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

En el referido caso el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por considerar que los medios de pruebas sobre los que se basó el proceso de despido fueron ilícitamente obtenidos al examinar el correo electrónico del trabajador sin su consentimiento previo o autorización judicial, motivando la vulneración al derecho a la intimidad.

²⁶⁶ ZAPLANA BRICEÑO, María Yolanda. Op. Cit, pp.428.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Expediente N.º 045-2004-PI/TC. Caso referente al proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3º de la Ley N° 27466.

²⁶⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2007. pp. 126.

a la intimidad y el de libertad sindical sobre el de propiedad en caso de un conflicto entre estos, “[...] pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución.”²⁷⁰⁻²⁷¹

A su vez, no nos atreveríamos a señalar que para el caso del expediente N° 1058-2004-AA/TC (caso SERPOST), el TC considere que en la referida resolución anteponga o pondere el derecho a la intimidad sobre el derecho a la propiedad, sino más bien establece límites en las facultades de fiscalización por parte del empleador. Coincidiendo con Toyama, el TC establece para el empleador el deber de “(...) respetar las limitaciones impuestas por la Constitución y crear mecanismos razonables que, sin violentar los derechos constitucionales, permitan ejercer su poder de dirección. En este caso, el TC ha inclinado su posición a favor del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sobre las facultades de la empresa para controlar el uso del correo electrónico, que es una herramienta de trabajo e instrumento de su propiedad. Por ello, declaró inconstitucional el despido del trabajador.”²⁷²

Pese a ello, la postura de Zaplana parece interesante, procediendo nosotros a reformularla en el sentido de poder anticipar, ¿cuál sería el resultado de aplicar el principio de ponderación frente a la imposición al empleador de brindar el uso de su infraestructura informática a favor del Sindicato?, todo esto analizado dentro del contexto de aislamiento que nos presenta el teletrabajo.

²⁷⁰ PRIETO SÁNCHEZ, Luis. Derechos fundamentales neoconstitucionales y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2002, pp. 63-64. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Op. Cit, pp. 127.

²⁷¹ Inclusive Blancas tras analizar el texto de Prieto Sanchís concluye que no es posible afirmar algunos derechos constitucionales han de ceder siempre en presencia de su opuesta, tan sólo cabe entonces formular una preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica” y afirmar en cada caso concreto que el derecho debe triunfar por las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria, frente a otros casos. PRIETO SÁNCHEZ, Luis. Derechos fundamentales neoconstitucionales y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2002. pp. 63-64. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, *Ibíd.* pp. 127.

²⁷² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: ¿Se pueden leer los e-mails de los trabajadores? En: <http://www.semanaeconomica.com/users/17-jorge-toyama/blogs>. Fecha de la consulta, 09 de septiembre de 2009.

Resulta obvio que la hipótesis planteada sólo puede concebirse y resolverse, como ocurre en otros supuestos ajenos a la relación laboral, como una colisión de derechos fundamentales, conforme a las reglas que la doctrina y jurisprudencia han establecido, para esta clase de conflictos.²⁷³ Tanto la doctrina nacional como extranjera han establecido que, el principio de proporcionalidad es una medida adecuada de garantizar la equivalencia normativa de las normas constitucionales, estableciendo un orden de preferencia relativo a cada caso concreto materia de análisis.²⁷⁴ Pero, para llevar a cabo la referida preferencia relativa, la misma deberá revelarse como necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionada para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosa con el contenido esencial del derecho.²⁷⁵

Por su parte, Blancas nos menciona que el principio de proporcionalidad se descompone en tres sub principios: el de idoneidad, el de necesidad y, finalmente, el de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido como ponderación.²⁷⁶ El principio de proporcionalidad, es también denominado el triple test por involucrar la aprobación sucesiva de cada subprincipio, para considerar conforme a ley toda limitación de derechos constitucionales por otros del mismo rango, conforme el principio de ponderación de derechos.²⁷⁷

El examen o subprincipio de idoneidad.- se cumple si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si con ella puede alcanzarse la finalidad pretendida. Es decir, toda restricción de derechos constitucionales debe permitir

²⁷³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit, pp. 123.

²⁷⁴ PRIETO SÁNCHEZ, Luis. Derechos fundamentales neoconstitucionales y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2002. Pp. 64. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit. pp. 127-128.

²⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit., pp. 44-45.

²⁷⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit., pp. 128.

²⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit., pp. 46

satisfacer el interés sindical alegado para su adopción.²⁷⁸ En el caso planteado, si el imponer al empleador ceder a favor del sindicato su estructura informática (correo electrónico, Internet, intranet, entre otras); es idónea para el ejercicio del derecho a la libertad sindical por parte de los teletrabajadores.

El examen o subprincipio de necesidad.- se cumple si la restricción es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Si existiesen otras posibilidades de satisfacer el interés sindical, menos agresivos y afectantes del derecho de propiedad en cuestión, habrá que emplear estas últimas.²⁷⁹

El examen o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.- *"(...) se cumple si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto."*²⁸⁰ La proporcionalidad en sentido estricto exige para el TC que *"(...) una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda."*²⁸¹

²⁷⁸ Ibid. pp. 45-46.

²⁷⁹ Ibídem.

²⁸⁰ Ibídem.

²⁸¹ Considerando 147 del expediente N.º 045-2004-PI/TC. Caso referente al proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

En el marco del teletrabajo, el sindicato reclama la necesidad de que el empleador le brinde las facilidades tecnológicas para efectos de difundir la información de sus actividades como parte del derecho a la libertad sindical. Esta postura parte del escenario que los elementos tradicionales de comunicación del sindicato no funcionan la figura de que el trabajador no acude con cierta regularidad a los centros de trabajo de la empresa, ya que este se encuentra en su domicilio, en telecentros o simplemente en la calle.

El examen de idoneidad nos permite concluir que el imponer al empleador el brindar las facilidades tecnológicas al sindicato (correo electrónico de la empresa, un subdominio de la página web de la empresa o de la intranet), va a permitir hacer más fluida la comunicación entre los teletrabajadores y sus representantes sindicales, por cuanto la distancia física se vería reducida por un acercamiento virtual entre el teletrabajador y sus bases.

El examen de necesidad, por su parte, se cumple si la restricción es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. En el presente caso, es nuestra opinión que la medida no pasa el test de necesidad. Es conocido por todos que al día de hoy, el tener acceso a una cuenta de correo electrónico, una página web, un blog, entre otros, resulta totalmente gratuito. Es así que tenemos dominios como el de Microsoft Office Live (<http://www.officelive.com/en-us/free-website>); que nos permite acceder a estos servicios con una considerable capacidad de almacenamiento de datos, sin costo alguno.²⁸²

En atención a lo antes expuesto, nos preguntamos: ¿por qué el empleador debería asumir el costo de incluir un subdominio en su página web o crear cuentas

²⁸²Más información en http://office.microsoft.com/es-n/office_live/FX101754493082.aspx?ofcresset=1

electrónicas a favor del sindicato, si este puede asumir el referido costo gracias a los ingresos obtenidos producto de las cuotas sindicales, y en caso de no poder asumir dicho costo porque no acudir a los servicios gratuitos brindados en Internet para obtener dichas aplicaciones tecnológicas.

No hay duda que, al correr a cargo del empleador el uso sindical de Internet o de la intranet, éste soportará un coste determinado por ello. El perjuicio económico puede resultar realmente insignificante, sin embargo, cabe que se produzcan perjuicios mayores como interferencias en el proceso productivo por los posibles colapsos del sistema,²⁸³ provocados por el excesivo flujo de información. En tales casos, no es impensable un interés empresarial en asegurar la utilización de dichos medios exclusivamente para fines laborales, más aun cuando la información es vista como un activo valioso por parte del empleador²⁸⁴ dentro de un ambiente tan informatizado como un marco organizacional basado en el teletrabajo o trabajo en red.

De allí que, al no pasar el examen de necesidad, a su vez podemos concluir que tampoco pasaría el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto la medida no sería ponderada y equilibrada. Es bueno tener presente que también el empleador es titular de derechos fundamentales, los cuales se oponen en ocasiones a los del trabajador,²⁸⁵ pero esto no significa que los derechos del segundo deban siempre anteponerse a los del primero, ni viceversa.

²⁸³ SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. Op. Cit., pp. 159.

²⁸⁴ La conceptualización de la información como uno de los activos importantes de toda empresa, se encuentra recogida en el "Código de buenas prácticas para la gestión de la seguridad de la información - 2ª Edición", Norma Técnica Peruana "NTP-ISO/IEC 17799:2007 EDI. Tecnología de la Información", aprobada mediante la Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N.º 001-2007-INDECOPI-CRT del 5 de enero de 2007.

²⁸⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. Cit. pp. 122 – 126.

Empero, es necesario precisar que la alternativa brindada en el sentido que el sindicato deba asumir el costo de los servicios informáticos, no involucra que el empleador deba desentenderse de brindar algunas facilidades para que el sindicato cumpla con sus objetivos. Entre las mismas cumplimos con mencionar las siguientes:

- El empleador deberá encontrarse en la obligación de brindar en su página web un hipervínculo²⁸⁶ permanente con la página web del sindicato, a fin de que todo teletrabajador que desee tener contacto con su sindicato, pero que no conozca el dominio o dirección electrónica de este, pueda acceder a él a través del enlace contenido en la página web de su empleador.
- El empleador deberá brindar al sindicato la dirección del domicilio real y el correo electrónico de todos los teletrabajadores de la empresa, sin restringir el ingreso de correos electrónicos del sindicato a la bandeja de entrada del correo de sus teletrabajadores a través de programas de filtros informáticos.

Estas medidas, brindarán un adecuado ejercicio del derecho a la libertad sindical dentro del marco del teletrabajo, sin que puedan ser acusadas como vulneratorias del derecho de propiedad del empleador; de no darse las mismas se estaría vaciando de contenido al derecho a la libertad sindical dentro del escenario de dispersión geográfica presentado por el teletrabajo. Empero, teniendo en cuenta la política restrictiva nacional de fomentar el espacio del desarrollo de los sindicatos, lo más adecuado es realizar una interpretación literal del artículo 32° de la LRCT y, en consecuencia, entender que las facilidades

²⁸⁶

El hipervínculo es un enlace, normalmente, entre dos páginas web de un mismo sitio, pero un enlace también puede apuntar a una página de otro sitio web, a un fichero, a una imagen, etc. Información obtenida en Decencias Net. <http://www.decencias.net/disenoweb/elaborardw/paginas/hipervinculos.htm>. Fecha de consulta, 03 de febrero de 2010.

tecnológicas por parte del empleador se encontrarán sujetas a lo pactado en la negociación colectiva exclusivamente.

Ciertamente, toda medida tecnológica a favor del sindicato por si sola no determinará el acercamiento de los teletrabajadores a su sindicato, si correlativamente no existe un replanteamiento de la actividad sindical bajo las herramientas del siglo XXI. A modo de ejemplo, el uso de redes sociales (SRS)²⁸⁷ por parte del sindicato, tales como MySpace, Facebook, Hi5, Twitter, Tagged, entre otras, puede permitir al teletrabajador estar más conectado a su organización sindical que cualquier trabajador normal, por cuanto "*(...) una persona que está toda la jornada de trabajo conectado al ordenador y pendiente del correo electrónico para todas sus operaciones, que vive en un mundo prácticamente virtual es más accesible para una organización sindical que uno que está en una empresa tradicional*".²⁸⁸

Finalmente, es interesante mencionar que luego de una búsqueda en la más grande red social mundial (Facebook), el único sindicato peruano registrado es el de la empresa Claro Perú,²⁸⁹ lo cual demuestra la actitud ajena a la utilización de la tecnología por parte de los dirigentes sindicales y lo mucho que tienen que trabajar los mismos sobre el tema.

²⁸⁷ Las redes sociales son prácticamente la nueva manera de socialización que internet nos ha podido ofrecer. En este tipo de sitios web, los usuarios registrados pueden interactuar con los demás que estén registrados y eventualmente ir actualizando sus perfiles. Un sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos de usuarios que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potenciar sus recursos. Fuente: <http://www.maestroselweb.com/editorial/redessociales/> y en <http://autorneto.com/tecnologia/internet/redes-sociales/las-redes-sociales-en-internet/>. Fecha de consulta, 11 de diciembre de 2009.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, D. Miguel. Regulación jurídica del teletrabajo. En: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/46_NUEVAS_TECNOLOGIAS_Y/doc/Regulaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20del%20teletrabajo.pdf. Fecha de consulta, 11 de diciembre de 2009.

²⁸⁹ Para consultar el resultado de la búsqueda ver en: <http://www.facebook.com/search/?flt=1&q=sindicato&o=2048&sid=612390802.3398764071..1#/search/?ref=search&q=sindicato&init=quick>. Fecha de consulta, 11 de diciembre de 2009.

4.3. Negociación colectiva en el marco del teletrabajo

A lo largo del presente trabajo hemos venido mencionando cómo las diversas instituciones del derecho laboral deben ser reinterpretadas a efectos de suplir el vacío legislativo que el teletrabajo nos presenta. Es así que, la regulación propia del trabajo a domicilio (artículo 47° y siguientes de la LPCP), solamente resultaría aplicable para aquellos trabajadores a distancia que trabajan con medios tecnológicos fuera de línea. Sin embargo, para los verdaderos teletrabajadores, aquellos que trabajan de forma interactiva con sus empleadores, la referida legislación no resultaría aplicable.²⁹⁰

Asimismo, mencionamos que la definición del trabajo a distancia del anteproyecto de la Ley General del Trabajo, no define los derechos laborales a los que se encuentra beneficiado aquel trabajador que se pueda encontrar en el supuesto de la norma.

Bajo este contexto, pese a que las normas del régimen laboral general de la actividad privada son las más adecuadas para regular esta modalidad laboral, es necesaria la existencia de acuerdos o normas complementarias que suplan los vacíos presentados por las peculiaridades del teletrabajo. Es así que, Carlos Jiménez, al referirse al 'contrato de trabajo a distancia' en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, señala que: *"(...) debiera establecerse que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que se desempeñan físicamente en las instalaciones*

²⁹⁰ Similar opinión comparte Rodríguez-Piñero al señalarnos que *"[l]a aplicación de la normatividad vigente, elaborada por lo general para afrontar una realidad muy distinta, no alcanza a ser suficiente para solucionar todos los problemas planteados, siendo los intentos de encauzamiento del teletrabajo a través de la regulación tradicional del trabajo a domicilio una buena muestra de ello. Esta carencia o déficit de regulación fácilmente constatable, pueden dar lugar a una auténtica situación de desregulación del teletrabajo (...)"* En: RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Nuevas Actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva. Comisión Consultiva nacional de convenios colectivos. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 266.

de la empresa. Ahora bien, tomando en cuenta las peculiaridades del teletrabajo pueden requerirse acuerdos específicos complementarios (individuales o colectivos)”.²⁹¹

Es sobre este último punto sobre el que va a reposar el presente análisis, el contenido y ámbito de aquellos acuerdos específicos complementarios, que sirvan para atender las peculiaridades del teletrabajo, a efectos de garantizar una adecuada protección de este gremio (a modo de ejemplo, la negociación de facilidades tecnológicas para la actividad sindical, tema analizado en el punto anterior).

Al respecto, el artículo 2º de la LPCP establece que todo impacto como consecuencia de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales, puede ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, dentro del marco de convenios de productividad (debiendo entender estos como Convenios Colectivos de Trabajo), los mismos que pueden establecer normas relativas a:

- a) Los sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa;
- b) Las medidas orientadas a promover la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores;
- c) Los sistemas de fijación de los niveles salariales de los trabajadores en función de sus niveles de productividad;
- d) Los mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral previstas en la presente Ley; y,
- e) Los programas de reconversión productiva y medidas orientadas a facilitar la readaptación profesional de los trabajadores cesantes.

²⁹¹ JIMÉNEZ, Carlos, El contrato de trabajo a distancia en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo. En: El Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 492. Citado por SACO BARRIOS, Raúl Guillermo. “El teletrabajo” Op. Cit. pp. 347-348.

Es indiscutible que la puesta en marcha del teletrabajo en una empresa involucra, después de todo, un impacto en la misma por aplicación de los cambios tecnológicos en su marco organizacional, con lo cual el referido precepto es de plena aplicación. Así, empresa y sindicato podrán discutir y establecer normas relativas a los sistemas de formación laboral, sistema de fijación de niveles salariales, mecanismos alternativos de implementación de teletrabajo y programas de reconversión o readaptación a las modalidades laborales basadas en teletrabajo.

Sin embargo, estos no son únicamente los puntos materia de discusión de una negociación colectiva basada en el teletrabajo, en atención a que los componentes más relevantes del fenómeno giran alrededor de nuevos temas que salen de los núcleos tradicionales (salario y tiempo de trabajo) para afrontar nuevos contenidos como:

- La modificación de las estructuras productivas;
- La introducción de las nuevas tecnologías;
- Los períodos máximos de trabajo y mínimos de descanso;
- La eventual utilización del teletrabajo como un mecanismo de transferencia de los costos derivados de la prestación del trabajo hacia el propio trabajador;²⁹²
- El tratamiento en la modificación de la relación de trabajo preexistente (que escapa del ejercicio *ius variandi* del empleador);
- Las posibles soluciones y facilidades tecnológicas para afrontar la posible disolución de la acción sindical a la que puede conducir la

²⁹²

Sobre este punto Sanguinetti nos comenta como la ausencia de normas que establezcan de forma clara y taxativa la forma de distribución de los costos derivados del suministro y mantenimiento del local y los instrumentos de trabajo (ordenadores, teléfonos, faxes y módems, etc.), el gasto de conexión a la red telefónica, uso de energía eléctrica, entre otros, puede ocasionar que el teletrabajador termine asumiendo los mismos, en un beneficio indebido a favor de su empleador. Ver más en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. Op. Cit. pp.154.

dispersión geográfica y el aislamiento de los teletrabajadores,²⁹³ entre otras.

Todos estos temas implican negociar una mayor flexibilidad de los sistemas de fijación de condiciones de trabajo que rompen con la tradicional negociación colectiva de tipo homogeneizador de los beneficios alcanzados, y exigen un tratamiento diferenciado, que tenga muy presente las peculiaridades del sector, la empresa o el centro de trabajo, donde se va aplicar el teletrabajo como una transformación del marco organizacional de la empresa.²⁹⁴

En este punto radica la importancia de la negociación colectiva dentro del ámbito del teletrabajo, en su facultad adaptativa de conseguir afrontar los problemas de su falta de regulación legal. De esta forma, autores como Rodríguez – Piñero, señalan que en el ámbito del teletrabajo no parece que sea la norma legal, la vía más adecuada para dar respuesta a las demandas de regulación; no al menos de forma exclusiva. Para el autor, resulta adecuado plantear un énfasis especial en la regulación autónoma del teletrabajo, por medio de los diferentes instrumentos de la autonomía colectiva. **Nos señala que la flexibilidad y capacidad de adaptación de la negociación colectiva la hacen más capaz de dar una adecuada respuesta a todas estas demandas de regulación, de un modo**

²⁹³ Ibídem.

²⁹⁴ En ese sentido, nos señala Villavicencio que: “[e]l hecho de que nos encontremos en la actualidad ante una realidad económica y productiva más diversa, compleja y cambiante, conduce a priorizar la faceta adaptativa de los convenios colectivos en desmedro de sus funciones normativa y equilibradora, originando un cambio de énfasis en el seno de la función de compraventa. Es decir, los convenios colectivos dejan de responder prioritariamente a un propósito de equilibrio y uniformación y se convierten en instrumentos dirigidos a favorecer una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales. (...) Los convenios colectivos avanzan así a convertirse, paralelamente, en instrumentos de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no sólo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma “postindustrial” de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual ganan terreno sus aspectos adaptativos y organizativos sobre sus facetas normativas y equilibradoras.” Más información sobre el tema en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI. En: *Ius et veritas*, N.º 31. pp. 212.

apropiado a las peculiaridades de cada modalidad de organización del teletrabajo, y con la necesaria capacidad de adaptación a los cambios que pudieran producirse, sobre todo en el ámbito tecnológico.²⁹⁵⁻²⁹⁶

No obstante, en los umbrales de la negociación colectiva del teletrabajo alrededor del mundo, se han enfrentado a la desconfianza inicial por parte del sindicato motivada por en el desconocimiento de las implicancias de esta forma de empleo, de su vacío normativo. Todas estas suspicacias se vieron acrecentadas a raíz de los cambios actuales en los procesos productivos que alteran las reglas fijadas para el ejercicio de la acción colectiva.

De esta forma, los sindicatos vieron en el teletrabajo, al igual que en la descentralización productiva, un mecanismo que favorece o promueve la segregación o segmentación de la actividad sindical, causado por el empequeñecimiento del tamaño de las empresas,²⁹⁷ sumado a la posición del empresario de considerar más rentable gestionar las condiciones de trabajo de los teletrabajadores uno a uno,²⁹⁸ promovieron así el camino de desconfianza inicial que enmarcó las primeras negociaciones colectivas basadas en el teletrabajo.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit., pp. 268.

²⁹⁶ Sin embargo, nos precisa el autor que en cualquier caso la opción reguladora no debe plantearse partiendo de alternativas excluyentes entre la norma legal y la norma colectiva, sino que debe plantearse más bien una cooperación y un reparto de funciones ambas, como es la regla en las relaciones laborales desarrolladas. En ese sentido, nos señala Rodríguez – Piñero que todas las propuestas legislativas disponibles hasta la fecha en el ámbito europeo, atribuyen una función reguladora de primer orden a la negociación colectiva. Nos comenta el autor que el artículo 13 del Proyecto italiano N.º 2305 que lleva por título "*Remisión a la negociación colectiva*" dispone que será ésta la que determine la duración mínima del proyecto de teletrabajo, la retribución y las compensaciones económicas al teletrabajador, duración y el horario de trabajo, los derechos sindicales y las normas relativas a la protección social, accidentes y enfermedades profesionales y maternidad. En: RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 269.

²⁹⁷ SORAINO CORTES, Dulce. La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones. En: la revista "Relaciones Laborales", Madrid 2007. pp.300.

²⁹⁸ En un estudio de campo a 4 empresas españolas que trabajan con sistemas organizativos basados en teletrabajo, Ángel BELZUNEGUI encontró que "(...), las empresas han visto los beneficios que han obtenido de la gestión individualizada de la organización del trabajo y de sus condiciones, especialmente de dos aspectos concretos: en el sistema de remuneraciones y en la jornada laboral, incluida la disponibilidad. Los efectos inmediatos que ha tenido la tendencia hacia la individualización han sido el aumento considerable de las horas de trabajo no remuneradas que

Ante tal circunstancia, los primeros acuerdos sobre teletrabajo en la experiencia europea, demostraban una valoración negativa por parte de las organizaciones sindicales, ya que lo presentaban como un mal menor frente a medidas alternativas de efectos mucho más indeseables. Así, este tipo de acuerdo era más de modificación de condiciones de trabajo que auténticos pactos sobre el uso del teletrabajo, se limitaban a solucionar situaciones de este tipo.²⁹⁹

En el marco inicial de evolución de las negociaciones colectivas referidas al teletrabajo, "(...) *tenían también un marcado carácter experimental, en el sentido que su objeto era la puesta en práctica de un programa – piloto o de una primera experiencia sobre utilización del teletrabajo cuyos resultados no eran previsibles y sobre cuyo éxito no existiría una gran seguridad. Este carácter experimental del acuerdo se comprueba fácilmente analizando la experiencia de empresas como British Telecomm, que antes de lanzarse a una utilización extensiva del teletrabajo puso en prácticas una serie de experiencias – piloto de utilización de esta forma de empleo, (...).*"³⁰⁰⁻³⁰¹

realizan los teletrabajadores y las diferencias salariales sobre todo en atención a la gestión diferencial de la parte variable del salario."

Estos beneficios provienen principalmente del tratamiento diferencial de las condiciones laborales, proporcionando a la empresa la posibilidad de realizar un tratamiento desigual frente a problemas comunes y/o colectivos, con lo cual cualquier problema que tenga un teletrabajador ha de ser tratado exclusivamente mediante la relación empresa y trabajador, sin que pueda ser extensible el beneficio obtenido producto de la negociación individual, a la situación de otros teletrabajadores.

En este escenario, nos comenta Belzunegui que: "*la individualización de la relación laboral implica una reubicación de las partes negociadoras en el hecho de la negociación: la empresa no abandona su carácter colectivo, ya que el agente que negocia en su nombre, lo hace en su representación, esto es, en representación de los intereses empresariales (accionariales, directivos ...), mientras que el trabajador negocia en su propio y exclusivo nombre, ahora ya sin la protección colectiva ni de sus representantes, ni del sindicato. En esta reubicación del papel negociador, el trabajador pierde fuerza negociadora mientras que la empresa gana poder negociador a través de las prácticas de sugestión, convencimiento y en su caso imposición si es necesario, hecho que conlleva a que los extremos que defiende la empresa en la negociación parcializada y fragmentada tengan un bajo nivel de contrarreplica por parte del trabajador aislado en la negociación".* En: BELZUNEGUI ERASO, Ángel. Op. Cit. pp. 237- 238.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ-PÍÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 278.

³⁰⁰ *Ibíd.* Op. Cit. pp. 289-290.

³⁰¹ Estos acuerdos sobre la aplicación de experiencias – piloto de teletrabajo, tenían una duración en promedio prevista muy reducida (lo normal es 12, aunque en algunos casos se llega a 17 e incluso a 24 meses), y controles periódicos prefijados. Todos los acuerdos del referido plan piloto, eran firmados, mediante

Este tipo de acuerdos, de ámbito muy reducido, nos comenta Rodríguez-Piñero, fueron sustituidos progresivamente por otros que podemos considerar de segunda generación, que plantean al teletrabajo como un objeto en sí mismo con un enfoque mucho más constructivo en su tratamiento, presentándolo no ya como una reacción frente a una situación crítica de empleo sino como una estrategia de futuro para la empresa; superando la desconfianza hacia esta forma de empleo, en beneficio de una valoración mucho más positiva de sus posibilidades.³⁰²

Dentro de este nuevo escenario, los representantes legales de los trabajadores tomaban un papel activo incluso antes de la implantación del teletrabajo. Rodríguez-Piñero, nos comenta que "*[u]na de las primeras experiencias difundidas de negociación colectiva y teletrabajo fue el acuerdo firmado en el Reino Unido por la British Telecom y su sindicato de cuadros y dirigentes en 1992, acuerdo que permitía a los trabajadores de estas categorías trabajar de forma remota, respetando una serie de condiciones. El acceso al teletrabajo se basaba en la solicitud del trabajador interesado, que sería contestada en uno u otro sentido por la empresa atendiendo a unos criterios de selección tales como las características personales del trabajador y de la tarea a desarrollar, y la idoneidad de condiciones de su domicilio. Una vez aprobada la solicitud, las condiciones de prestación del teletrabajo debían ser fijadas mediante un pacto individual entre el trabajador y la empresa; pero el contenido de este pacto debía respetar una serie de reglas fijadas en el convenio colectivo, reglas muy completas que trataban de cuestiones relativas al horario de trabajo, la retribución, la indemnización por el consumo eléctrico y telefónico, la prevención de riesgos laborales, los supuestos de presencia física del trabajador en la empresa, etc. (...) **Se dibujaba, en fin, un régimen jurídico completo para el***

acuerdos de empresa y negociados por está directamente bien con sus representantes sindicales, o bien con algún tipo de comité de empresa. Más información en: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 278.

³⁰² Ibid. pp. 278-279

teletrabajador, si bien se limitaba a ciertas categorías de trabajadores.³⁰³

(Sombreado y subrayado nuestro)

Este régimen jurídico, formado en base a la autonomía colectiva, ahora sí pasaba de regular temas más allá de la modificación de condiciones de trabajo o la implementación de planes piloto de teletrabajo, para pasar a reglamentar "(...) *aspectos particulares de la prestación derivados de la atipicidad del lugar, tales como quién pone los instrumentos de trabajo y corre con los gastos de conexión, el ejercicio de los derechos colectivos, cuáles sean los sistemas de control, el régimen de visitas al domicilio o la existencia de un seguro sobre los equipos, así como establecerse a nivel de principio y sin perjuicio de su concreción en los niveles inferiores, la igualdad en materias tan importantes como retribución o formación, información y promoción, o seguridad y salud.*"³⁰⁴

En atención a lo antes expuesto, se pueden identificar una cierta pauta de desarrollo de estos acuerdos, pasando de unos primeros experimentales defensivos y con un ámbito muy limitado, a otros más amplios y estables; que se han convertido con el transcurso de los años en pautas de acuerdos tipo y bastante estandarizados de uso general dentro del ámbito europeo, de negociaciones colectivas dentro del ámbito de la empresa.³⁰⁵

Sin embargo, la evolución en la negociación colectiva sobre teletrabajo no se agota ahí, viene discutiéndose un tercer perfil de desarrollo, referido a la celebración de acuerdos de aplicación supraempresarial, e inclusive internacional, esto último reflejado en la celebración del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo por parte de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión

³⁰³ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 274.

³⁰⁴ THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 251.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 289.

de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Este último acuerdo reviste especial importancia al elaborar un marco general a escala europea sobre las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los teletrabajadores. El acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa; regula la definición y campo de aplicación del teletrabajo; la voluntariedad en la aceptación de las condiciones de empleo; la protección de datos y la vida privada de los teletrabajadores; los equipamientos, la salud y la seguridad; la organización del trabajo, la formación, y los derechos colectivos, así como la implementación y seguimiento del mismo. De esta forma, para el ámbito Europeo se ha alcanzado definir un estatuto jurídico del teletrabajo, de aplicación a todos los supuestos y situaciones; y regular el procedimiento de adopción del teletrabajo como modalidad de organización de la empresa.³⁰⁶

Podemos apreciar que en esta tercera etapa de evolución de la negociación colectiva se buscan superar los defectos de una negociación empresarial o sectorial excluyentes, avanzando a un sistema de negociación articulada, dentro del cual el nivel de negociación depende de la materia tratada referida a la aplicación del teletrabajo.³⁰⁷⁻³⁰⁸

³⁰⁶ Mas información en: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm . Fecha de consulta, 31 de marzo de 2010.

³⁰⁷ Los acuerdos marco son verdaderas y propias regulaciones sobre la producción normativa (normas sobre normas) que van a implicar una permanente y dinámica red de relaciones entre las partes, dirigida a producir, aplicar, interpretar, adaptar e integrar los convenios y demás acuerdos colectivos, a través de distintos instrumentos, lo que supera ampliamente la tradicional visión contractualista para la que lo fundamental es el convenio y el recurso a la negociación se reduce solamente a las etapas de renovación correspondientes. En: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La redefinición ...". Op. Cit. pp. 207-208.

La adopción de una negociación colectiva articulada, parece ser idónea para afrontar la diversificación en sus contenidos y niveles referidos a formas de organización del trabajo menos estandarizados y más grupales y participativas, propiciando la presencia en los convenios colectivos de cláusulas vinculadas a la organización del trabajo y la gestión del personal,³⁰⁹⁻³¹⁰ materias imprescindibles al tratar la aplicación del teletrabajo en una empresa determinada.

Con relación a este punto, Thibault nos menciona que:

"A mi modo de ver, no existe un ámbito de negociación único y universalmente válido sino que, como consecuencia de la diversidad profesional del grupo, la variada cualificación profesional de los teletrabajadores, la multiplicidad de sectores en que se integran, su elevada rotación y el número variable de los mismos en las diversas empresas en que se integran, la solución más adecuada consistirá en utilizar fórmulas más o menos consolidadas de negociación articulada entre los diversos niveles. Con ello, no se pretende el establecimiento de una negociación en cascada, en la que se renegocie el conjunto de materias en los diferentes niveles, sino proceder a un reparto competencial entre las diferentes unidades de negociación articulada lo más coherente y racional posible."³¹¹

Como hemos podido ver de las experiencias mencionadas a nivel internacional, se ha producido una gran similitud en el comportamiento de los distintos sistemas de relaciones laborales en el tratamiento del teletrabajo, debido al hecho de que todos los sindicatos se han enfrentado al teletrabajo en similares circunstancias, esto es, lo han afrontado como una práctica nueva y original,

³⁰⁸ Ibíd. pp. 211.

³⁰⁹ Ibíd. pp. 214.

³¹⁰ Sobre el particular, Villavicencio nos comenta como una cuarta función específica de la negociación colectiva la función adaptativa, definida como "(...) aquella que le permite a los sujetos colectivos pactantes regular las condiciones de trabajo más adecuadas a cada unidad o sector productivo. Su cercanía al objeto de regulación y el conocimiento del mismo que tiene las partes, la lleva a gozar de unas condiciones de versatilidad y adecuación de las que carece cualquier otro producto normativo: Evidentemente, mientras más pequeña sea la unidad de negociación (empresa o establecimiento) mayor actuación tendrá esta función, aunque en los sistemas de negociación sectorial (que ya implican un grado de especialidad por rama), esta función se materializa ya sea a través de articulación negocial o del establecimiento de mecanismos como la regulación por franjas o mínimos a partir de la dimensión de negocios de la empresa". En: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La redefinición ..." Op. Cit. pp. 207.

³¹¹ THIBAUT ARANDA, Javier: "El teletrabajo: ..." Op. Cit. pp. 250.

distinta de las tradicionales, y carente de cualquier marco regulador.³¹² Circunstancias que después de todo le corresponderá afrontar en su oportunidad a los sindicatos peruanos, con lo cual esperemos encontrar en un futuro próximo un desarrollo muy similar y promotor del papel de la negociación colectiva como iniciador en la búsqueda de una aplicación adecuada del teletrabajo en las empresas del ámbito nacional.

4.3.1. Temas propios de un pliego sindical basado en el teletrabajo

Diferentes sindicatos de distintos países han acumulado listas de puntos que deben ser incluidos en una negociación; referiremos aquí algunas de ellas para poder determinar los puntos de encuentro en cuanto a su tratamiento.

En el Reino Unido, el Sindicato M.S.F. ("Manufacturing Sciences and Finance Trade Union")³¹³ elaboró en 1993 un "Código de prácticas aceptables", con 14 puntos que toda empresa debe respetar de querer establecer esta forma de empleo:

- El teletrabajo a domicilio debe ser siempre voluntario.
- El teletrabajo a domicilio debe ser prestado siempre por trabajadores subordinados, sin que su establecimiento pueda servir de excusa para convertir a un trabajador subordinado en autónomo.
- El teletrabajo debe desarrollarse en una habitación independiente de la casa, que será inspeccionada por expertos en prevención de riesgos laborales para garantizar su adecuación como lugar de trabajo.

³¹² RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 276.

³¹³ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 300-301 y en Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-; Madrid: Escuela de Organización Industrial, 1998. pp. 117.

- El teletrabajador debe tener la posibilidad de encontrarse físicamente con otros trabajadores de la empresa que prestan sus servicios en las instalaciones de ésta y con sus superiores jerárquicos, para su aislamiento y exclusión.
- El teletrabajador debe poder utilizar el teléfono y el correo electrónico para ponerse en contacto con sus compañeros teletrabajadores, utilizando la tecnología para generalizar los contactos entre éstos y evitar el aislamiento.
- Cada teletrabajador debe tener asignado un encargado, entre cuyas responsabilidades estará la de asegurar que haya contactos y encuentros regulares entre todos éstos.
- El teletrabajador debe tener derecho a la misma retribución y beneficios que el resto de empleados de la empresa, incluyendo los que prestan servicios en sus dependencias.
- Los teletrabajadores deben ser incluidos en los programas de formación y de desarrollo de carreras de la empresa.
- Todos los aparatos deben ser suministrados y mantenidos por la empresa.
- La empresa debe llegar a un acuerdo con el teletrabajador para hacerse cargo de los costes adicionales del teletrabajo como calefacción, electricidad, arrendamiento de la vivienda, etc.
- La empresa debe ser responsable de la seguridad en el teletrabajo, y debe disponer de especialistas internos o consultores externos para controlar las condiciones de prestación del teletrabajo, y del teletrabajador.
- Los teletrabajadores deben estar presentes en los comités de seguridad y salud de la empresa.

- Los teletrabajadores deben tener reconocidos el derecho de afiliarse a un sindicato, de recurrir a sus representantes, y de participar en su elección, en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores de la empresa. Con esta finalidad, los sindicatos deben diseñar instrumentos para desarrollar sus funciones con los teletrabajadores, entre ellos el correo y los tableros de anuncios electrónicos.
- Los trabajadores que pasen del trabajo tradicional al teletrabajo deben tener reconocido un periodo de prueba, y la posibilidad de renunciar al trabajo remoto. Todos los teletrabajadores deben tener el derecho de examinar anualmente su situación y de volver a prestar sus servicios en la empresa si así lo deciden.

Similares puntos toca el acuerdo de teletrabajo de Co-operative Bank, firmado por esta unidad y el B.I.F.U. ("British Insurance and Financing Union"),³¹⁴ cuyo acuerdo es más ambicioso en su contenido y en su ámbito de aplicación. En este acuerdo se recoge un modelo de implantación del teletrabajo, conforme a los siguientes lineamientos:

- Condiciones de acceso al teletrabajo y selección de los teletrabajadores, estableciéndose un proceso largo y detallado, en el que se aseguran la voluntariedad del trabajador.
- Condiciones de trabajo de los teletrabajadores, especificándose especialmente las condiciones del lugar de trabajo.
- Indemnización por teletrabajo, que es extensamente regulada en su cuantía y condiciones de pago.
- Equipos de trabajo.

³¹⁴ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 281.

- Organización de equipos de trabajo, previéndose reuniones constantes, y el acceso a las instalaciones y órganos de representación sindical de la empresa.
- Prevención de riesgos laborales, materia muy detallada para la que se prevén dos momentos distintos, antes de comenzar la prestación de servicios remotos, y durante ésta.
- Cuestiones fiscales y de seguro.
- Oportunidades de forma y promoción.

Con relación a las condiciones de trabajo en los telecentros tenemos la iniciativa de tres sindicatos alemanes, HBC, IG Medien y DPG que elaboraron en 1998 las "Directrices y Estándares para los Telecentros".³¹⁵ Sus principales contenidos son:

- Los telecentros deben crear relaciones de trabajo seguras.
- Los aspectos más esenciales de la ordenación de la jornada de trabajo deben ser regulados colectivamente.
- El puesto de trabajo debe cumplir con las exigencias ergonómicas pertinentes.
- Los salarios deben remunerar todas las calificaciones y habilidades.
- La organización y el contenido del trabajo deben fomentar la creatividad.
- Los telecentros deben ofrecer posibilidades de formación y promoción.
- Se debe asegurar la participación de las organizaciones sindicales.

³¹⁵ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 302.

Y finalmente, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo,³¹⁶ que diseña un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compagina las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores, tocando los siguientes puntos:

- Definición y ámbito de aplicación.
- Carácter voluntario.
- Condiciones de empleo.
- Protección de datos.
- Vida privada.
- Equipamientos.
- Salud y seguridad.
- Organización del trabajo.
- Formación.
- Derechos colectivos.

Con más o menos precisión, todas las listas refieren ciertos puntos de encuentro que deberán aparecer en todo convenio colectivo referido al teletrabajo, siendo estos:

Carácter voluntario y el derecho de reversibilidad.- El teletrabajo, salvo que forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, supone la modificación de la relación de trabajo preexistente, por escapar del *ius variandi* del empleador, con lo cual exige un consentimiento expreso de las partes para llevar a cabo la modificación de la relación laboral preexistente. De allí que, el papel del sindicato cobra vital importancia de asegurar la voluntariedad del trabajador de llevar a

³¹⁶

Mas información en: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm. Fecha de consulta, 31 de marzo de 2010.

cabo dicha modificación, así como garantizar la conservación de los derechos adquiridos por los trabajadores, antes de su paso al teletrabajo.

Es importante señalar, que el paso a una prestación de teletrabajo, al involucrar un sacrificio patrimonial por la cesión de uso de un espacio de su hogar para destinarlo a favor del trabajo, exige el deseo del trabajador que permita la novación contractual.³¹⁷ Después de todo, el sacrificio a cargo del trabajador escapa de su esfera patrimonial involucra el ámbito de su privacidad, con lo cual toda decisión de cambio al teletrabajo debe quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del empleador, así como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias que pertenecen a la vida privada del trabajador.

Asimismo, si tenemos presente que la implantación de un nuevo sistema de estructuras laborales y productivas va a tener un marcado carácter experimental en sus inicios, significando para los trabajadores una primera experiencia sobre utilización del teletrabajo, cuyos resultados no son previsibles tanto para el trabajador como para el empleador, es necesario garantizar la decisión de retorno por parte del trabajador (por no encontrarse satisfecho con el aislamiento en que se encuentra, por ejemplo) o del empleador (por encontrar que el trabajador no se ajusta a los requerimientos del puesto de trabajo). Las modalidades de esta reversibilidad deberán establecerse prioritariamente en un acuerdo colectivo, a efectos de garantizar el adecuado y ordenado ejercicio del referido derecho por ambas partes.

Condiciones de empleo y derechos laborales.- En lo que afecta a las condiciones de empleo y los derechos del trabajador, las negociaciones colectivas

³¹⁷ RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel. Op. Cit. pp. 292.

deben garantizar que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos garantizados por el marco general de la LPCL y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que trabajan en los locales de la empresa. La necesidad de establecer en un convenio colectivo lo antes mencionado parte de la ausencia de marco legal que tiene el teletrabajo en el ámbito nacional, vacío que puede ocasionar indebidamente considerar que el paso a ser teletrabajador, afecta el estatus laboral del mismo y a su vez considerarlo como trabajador a domicilio o, aún peor, como trabajador independiente.

En consecuencia, el papel del sindicato de garantizar mediante una negociación colectiva dicha situación jurídica del trabajador resulta vital, a efectos de evitar cualquier confusión sobre el tema.

Equipamientos.- Como bien hemos señalado, el paso a ser teletrabajador puede involucrar para este un sacrificio de tipo económico, al destinar parte de su espacio personal (su hogar) a realizar tareas cuyo beneficio directo va a ser a favor del empleador (en virtud de la ajenidad que involucra toda relación laboral), con lo cual, es menester del sindicato asegurar que el referido sacrificio sea en la menor medida contraproducente para el trabajador.

De esta forma, establecer como regla general que el empresario sea el encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, va a asegurar que el empleador no busque trasladar al trabajador sus costos fijos en gastos de mobiliario y de infraestructura tecnológica. Asimismo, deberá establecerse como regla general en un convenio colectivo, la obligación del empresario de cubrir los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones y al apoyo técnico.

Estas medidas, además de minimizar la situación de sacrificio económico que pudiese significar para el teletrabajador, van a ser beneficiosas para el empleador al permitirle mantener el control de la organización en los equipos brindado al trabajador, pudiendo establecer guías o restricciones de acceso a la familia, además de poder contratar pólizas de seguro referidas a la pérdida de la información mantenida en los equipos entregados al trabajador, cuyos costos serán plenamente deducibles de impuestos, por garantizar después de toda la fuente generadora de renta, al ser una condición de trabajo.

Cuota participativa del sindicato en la organización del trabajo y la gestión del personal.- Teniendo en cuenta que el teletrabajo involucra después de toda una situación de dispersión geográfica por parte de los trabajadores, la necesidad de control por parte del sindicato resulta aún mayor durante su aplicación, a efectos de poder determinar el respeto de las condiciones de la prestación del trabajo remoto, previamente pactadas.

De esta forma, mantener una cuota participativa por parte de los sindicatos, en los convenios colectivos de teletrabajo, mediante la creación de grupos de trabajo y de comisiones paritarias ad hoc para controlar su desarrollo y resultados, permitirá que los representantes de los trabajadores tengan un papel de primer orden en el control de las condiciones de la prestación del trabajo remoto, amén de permitir una práctica de negociación abierta sobre los contenidos del teletrabajo, al preverse la posibilidad de renegociar el acuerdo durante su vigencia³¹⁸ dentro del contexto experimental de la implementación del teletrabajo que exige la posibilidad de ajustes durante su puesta en funcionamiento.

³¹⁸ Ibid. pp. 291.

En virtud de lo antes expuesto, resultan innegables los beneficios en la inclusión de este tipo de cláusulas en todo convenio colectivo referido al teletrabajo, garantizando el compromiso de los sindicatos en apoyar el programa de implementación del teletrabajo, al participar en su desarrollo y control.

4.4. El ejercicio del derecho de huelga de los teletrabajadores

El teletrabajo de por sí es una modalidad laboral atípica dentro de nuestro marco legal y concepción de empresa tradicional. A esto, habría que sumarle que la *“huelga es el instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del Derecho”*,³¹⁹ como bien ha mencionado Ermida en más de una ocasión.

Este escenario de atipicidad sirve de sustrato para analizar el tema del ejercicio del derecho de huelga por parte de los teletrabajadores, derecho que se desarrolla en un supuesto de conflicto, presentado, por ejemplo, en caso la empresa no conceda a los teletrabajadores las condiciones de desempeño o las reivindicaciones que estimen exigibles.³²⁰

A nivel doctrinal, se constata la *“(…) existencia de dos modelos sustancialmente diferentes de regulación de la huelga: el estático o laboral y el dinámico o polivalente. El primero define la huelga como cesación continua y total de labores, con abandono del centro de trabajo, decidida colectivamente en procura de objetivos profesionales. El segundo, en cambio, la conceptúa como toda alteración en la forma habitual de prestar el*

³¹⁹ ERMIDA URIARTE, Óscar. La Flexibilización de la Huelga. Fundación de Cultura Universitaria. 1999. pp. 10-11.

³²⁰ SORAINO CORTES, Dulce. La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contratas. En: Relaciones Laborales, Madrid, 2007. pp. 317.

trabajo, acordada colectivamente, que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores'.³²¹

El legislador peruano se acoge al modelo clásico, como puede desprenderse del contenido del artículo 72° de la LRCT,³²² inclusive todas aquellas categorías que no se ajusten a la definición clásica no son consideradas como parte del derecho de huelga, denominándoseles huelgas ilícitas³²³, conforme se desprende de la lectura conjunta de los artículos 81°³²⁴ y el inciso c. del artículo 84° de la LRCT.³²⁵⁻³²⁶

Las limitaciones de la legislación nacional referentes al ejercicio de toda medida de fuerza que no se ajuste al modelo clásico, sumado al desarrollo tecnológico y de las nuevas formas de producción, así como a la reducción de los efectivos sindicales, determinan para algunos, un debilitamiento y cuestionamiento de la huelga típica para efectos de la reivindicación de los derechos laborales de los trabajadores en general. Explica Baylos³²⁷ que la conjunción de las nuevas tecnologías, con la descentralización productiva, produce una repercusión

³²¹ NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Colectivo del Trabajo". Material Inédito. Pp. 24. En la Selección de textos del curso de Derecho Laboral General. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

³²² Artículo 72° de la LRCT.- 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. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

³²³ BOZA PRÓ, Guillermo y otros. "Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada". Consultores Jurídicos Asociados, Lima, 1994, pp. 157-158.

³²⁴ Artículo 81° de la LRCT.- No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

³²⁵ Artículo 84° de la LRCT.- La huelga será declarada ilegal:
(...)
c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81.

³²⁶ Cabe señalar que el anteproyecto de la Ley General del Trabajo, define en su artículo 397° a la huelga como la abstención colectiva en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, acordada en forma democrática y mayoritaria y ejercitada en forma pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo, en defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.

³²⁷ BAYLOS GRAU, Antonio. Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social. En: La Revista del Derecho Social, Albacete 1998, N.º 2, pp. 67 y siguientes. Citado por ERMIDA URIARTE, Oscar. Op. Cit. pp. 32.

negativa sobre las formas tradicionales de huelga, reduciendo notablemente su eficacia y aumentando su "costo" para los trabajadores.

Frente a este difícil escenario, autores como Giugni³²⁸ mencionan que la escena virtual en la que se desarrolla el teletrabajo, puede suplir las dificultades que provoca la distancia física para el ejercicio de las medidas de conflicto colectivo. Señala que las diversas fases de la huelga podrían actuarse a través de las nuevas tecnologías, desde la convocatoria y administración, hasta la declaración de adhesión, pasando naturalmente por la misma interrupción del trabajo, apagando las computadoras. Estas modalidades de actuación aplicadas al teletrabajo son acordes a lo señalado por Ermida, en el sentido que *"(...) las nuevas y renovadas formas atípicas de huelga son, en buena parte, adaptaciones de autotutela al aparato productivo sobre el que pretenden operar, la flexibilización de los medios de conflicto ante la flexibilización de la producción y el trabajo"*.³²⁹

Sin embargo, dentro del escenario nacional, no podemos dejar de mencionar que toda modalidad de huelga que adopten los teletrabajadores y que no calce dentro de la definición delimitadora clásica contemplada por la LRCT, podría ser tachada de irregular y en consecuencia ser declarada ilegal, por una visión delimitada por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo.

Bajo este contexto, medidas como la interrupción del regular desempeño de sus labores al apagar la computadora, el filtrar mensajes electrónicos provenientes del empleador, no contestar el teléfono, entre otros, podría calificarse como modalidades irregulares del ejercicio de huelga, sin que en realidad lo sean.

³²⁸ GIUGNI, G., <<E necessario, subito un altro (tele)statuto>>, *Teléma*, N.º 2, 1995. pág.48. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. Op. Cit. pp. 247.

³²⁹ ERMIDA URIARTE, Óscar. Op. Cit. 1999, pp. 32.

Asimismo, las interpretaciones contradictorias que últimamente ha dado el TC, referidas al modelo de huelga aplicable al Perú, ahondan más en la presente confusión, como bien señala Boza al referirse al pronunciamiento del TC, frente a la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la Ley N° 28175- Ley Marco del Empleo Público-, en el expediente N°008-2005-PI/TC:

*"En la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC parece apostar, en principio, por un modelo clásico de huelga, al sostener que debe entenderse por huelga "el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales" (Fundamento N° 40, tercer párrafo). No obstante, a renglón seguido cita al constitucionalista Enrique Álvarez Conde, según el cual la huelga supone una "[...] perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores" (Fundamento N° 40, cuarto párrafo). Y concluye, que el ejercicio del derecho a huelga faculta a los trabajadores a "desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídicas contractuales, a efectos de poder alcanzar algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio económicas o laborales" (Fundamento N° 40 quinto párrafo). **Como se aprecia, estas dos últimas consideraciones del TC suman más bien a favor de una concepción moderna o polivalente de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto, pero resulta contraria a la postura inicial esbozada por el propio Tribunal.**"*

³³⁰(Sombreado y subrayado nuestro)

La ausencia de un pronunciamiento expreso por parte del TC, sobre las modalidades de huelga amparadas por la Constitución, nos impide evaluar con un cierto grado de certeza sobre la capacidad de los teletrabajadores de adoptar modalidades de huelga que difieran de la tradicional.

Por todo lo expuesto, es recomendable continuar el presente análisis a la luz de la concepción tradicional del derecho de huelga que supone la suspensión colectiva del trabajo, acordada mayoritariamente, y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. A

³³⁰ BOZA PRÓ, Guillermo. La Protección Constitucional a la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006). En: Trabajo y Seguridad Social – Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez-. Grijley. 2008. pp. 344.

continuación, analizaremos las características más resaltantes de esta definición a la luz del teletrabajo:

La suspensión del trabajo, se manifiesta en detener, interrumpir o cesar temporalmente las labores habituales de los trabajadores. Es decir, la huelga se expresa en dejar de hacer, dejar de trabajar.³³¹ Para el caso del teletrabajo, la acción de dejar de atender a las labores encargadas vía red, no contestar los correos electrónicos o llamadas telefónicas, entran en el supuesto de la norma, por involucrar una interrupción de las labores.

La realización en forma pacífica, involucra no validar la utilización de formas violentas sobre las personas o cosas, mandato que se reitera en el artículo 79° de la LRCT.³³² *"(...) [D]e lo que se trata es que el ejercicio de la huelga no esté acompañado de actos violentos contra las personas (por ejemplo, agresiones contra los directivos de la empresa) o contra los bienes de la empresa (por ejemplo, la destrucción de maquinaria o de las instalaciones), o bienes de terceros."*³³³

Esta característica elimina toda posibilidad por parte de los teletrabajadores de utilizar el sabotaje informático como medida de presión colectiva, estando impedidos de introducir virus informáticos, ya sea en la computadora a su cargo, así como al servidor de su empleador. Asimismo, estarán impedidos de destruir los equipos informáticos, así como los discos duros, las bases de almacenamientos, software, hardware, que su empleador les hubiera proporcionado en razón de sus funciones.

³³¹ BOZA PRÓ, Guillermo y otros. "Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada". Op. Cit. pp. 158-159.

³³² Artículo 79° de la LRCT.- La huelga debe desarrollarse necesariamente en forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes.

³³³ *Ibidem*.

De aplicarse tales medidas, más allá de declararse ilegal la huelga, incurrirían en ser calificadas como falta grave, siendo causal de despido, conforme lo dispone el inciso g) del artículo 25º de la LPCL;³³⁴ además de ser calificados como delitos informáticos, conforme lo dispuesto por los artículos 207-B³³⁵ y 207-C³³⁶ del Código Penal, lo cual involucra otra causa justa de despido del teletrabajador después de su condena dentro de un proceso penal en su contra.

El abandono del centro de trabajo, se configura en el teletrabajo a través de la desconexión del teletrabajador con el servidor de la empresa, de esta forma, este último retira su presencia virtual de la empresa. Cabe señalar que, la categoría de ocupación ilegal del centro de trabajo o de sus dependencias no puede extenderse al domicilio del teletrabajador.

La idea de una ocupación física del teletrabajador en los locales del empleador, como bien señala Thibault, prácticamente dejará de ser operativo y sólo podrá alegarse cuando los trabajadores ocupen el centro principal aun cuando no trabajen en él,³³⁷ por la dispersión geográfica que presenta el teletrabajo. No obstante, puede presentarse la eventualidad de la toma de un telecentro por parte de un grupo de teletrabajadores; sin embargo, en tal caso,

³³⁴ Artículo 25º de la LPCL.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:
(...)

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta;

³³⁵ Artículo 207º-B del C.P.- Alteración, daño y destrucción de base de datos, sistema, red o programa de computadoras

El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa.

³³⁶ Artículo 207º-C del C.P.- Delito informático agravado

En los casos de los Artículos 207-A y 207-B, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años, cuando:

1. El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.
2. El agente pone en peligro la seguridad nacional.

³³⁷ THIBAULT ARANDA, Javier: Op. Cit. pp. 248.

más que involucrar la toma del centro de trabajo, más bien implicaría la utilización de violencia sobre bienes y personas, al ser el telecentro un centro de recursos compartidos, su toma afecta la posibilidad de que otras personas hagan uso pacífico de sus servicios.

Adicionalmente, como medidas complementarias a la huelga tenemos a los piquetes, que son grupos de trabajadores que pacífica o violentamente, intenta imponer o mantener una consigna de huelga a través de la exhibición de pancartas con lemas, peticiones, etc., buscando de esta forma ganarse el favor de la opinión pública.

Con relación a este tema, Boza nos precisa que *"(...) esta se trata de una típica expresión de la huelga, a pesar de no tener una regulación expresa en la LRCT. Esto no significa que estén prohibidos, pero tampoco que sea lícito cualquier tipo de piquete. Nos explicamos. Se conciben, básicamente, dos clases de piquetes: el llamado piquete defensivo o informativo, que tiene por finalidad informar y presionar a trabajadores y opinión pública sobre la medida de fuerza adoptada, mediante pancartas, volantes, reuniones, etc. Por otro lado, está el piquete ofensivo o coactivo, que utilizando la amenaza o la violencia física, tiene como objetivo impedir el acceso o la salida del centro de trabajo"*.³³⁸ Como resulta lógico, solamente estará permitido el piquete informativo.

Como bien señala Puntriano, los teletrabajadores pueden participar en los piquetes informativos enviando correos electrónicos para publicitar sus medidas de fuerza, inclusive empleando una página web,³³⁹⁻³⁴⁰ un blog o redes sociales (SRS),

³³⁸ BOZA PRÓ, Guillermo y otros. "La Protección Constitucional a la Libertad Sindical ...". Op. Cit. pp. 350.

³³⁹ PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo. Op. Cit. pp.175-176.

³⁴⁰ El dominio deberá pertenecer al sindicato y no involucre la utilización o intromisión en el servidor o página web de la empresa, por cuanto involucraría la utilización indebida de los bienes de la empresa involucrando una transgresión de la buena fe contractual y en consecuencia causal de despido.

con la finalidad de publicitar la huelga. Por su parte, Ermida nos señala que pese a la debilitación y cuestionamiento de la huelga típica, por otra parte, se revaloriza la "publicidad externa" o "visibilidad", lo importante no es ya (o no lo es solamente) la paralización de la producción, sino la ostentación de disidencia.³⁴¹

De esta forma, la utilización de las nuevas tecnologías para la realización de piquetes informáticos, puede coadyuvar a la ostentación pública de la divergencia. "[L]a publicación del conflicto puede ayudar, por una parte, a posicionarse mejor ante la opinión pública, pero por otra parte golpea directamente en dos partes sensibles de la gestión empresarial de estos días: a) afecta, por un lado, la imagen corporativa, cara a las modernas empresas; y b) cuestiona, por otro lado, la existencia, viabilidad o mantención del involucramiento de los trabajadores en los fines propios de la firma".³⁴²

A la postre de lo antes mencionado, Ermida³⁴³ señala que las nuevas tendencias de organización del trabajo producen una serie de cambios, entre los cuales se encuentra la reducción de la importancia del piquete tradicional, el que se realiza a la puerta de la fábrica para presionar al empleador y disuadir a los trabajadores dispuestos a laborar. Cada vez importa menos la ausencia masiva del trabajo **y más la abstención de algunos trabajadores estratégicos o la alteración de una prestación concreta.**

Sin embargo, señala el autor que uno de los efectos más significativos de esta fragmentación productiva originada por las nuevas tendencias en la organización de trabajo es "(...) *la de incentivar en dos sentidos diferentes lo que se ha dado en llamar*

³⁴¹ ERMIDA URIARTE, Óscar. Op. Cit. pp.35.

³⁴² Ibídem

³⁴³ ERMIDA URIARTE, Óscar. Op. Cit. pp. 33-34.

la "postmodernidad reaccionaria": a) pocos trabajadores pueden mantener la producción a pesar de que haya una huelga mayoritaria; y b) pocos huelguistas ubicados estratégicamente pueden alterar o detener la producción, pero prescindiendo del carácter masivo, movilizador, popular, democrático de la huelga tradicional".³⁴⁴

Bajo este contexto, Thibault menciona que dentro del marco organizacional del teletrabajo, el ejercicio del derecho de huelga puede presentarse mediante formas anómalas o abusivas, las cuales no son amparadas por el ordenamiento jurídico, entre ellas, las huelgas neurálgicas las cuales por la propia estructura del teletrabajo, en red, podrían encontrar un terreno abonado mediante el apagado de las distintas computadoras.³⁴⁵

Al respecto, la LRCT establece en su artículo 81^o³⁴⁶ una prohibición expresa en cuanto a la paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, considerando las mismas como parte de las modalidades irregulares de huelga. Sobre el particular, Boza nos precisa que "[e]sta modalidad conlleva la paralización de ciertos sectores de la empresa que repercuten en una gran área o en toda actividad de la empresa. (...) La paralización es realizada por un grupo de trabajadores pero sus efectos alcanzan a gran parte o la totalidad de la empresa. La finalidad de esta modalidad es paralizar el proceso productivo de la empresa".³⁴⁷

Sobre el particular, es necesario tener presente que no toda huelga con repercusión expansiva puede considerarse neurálgica; a modo de ejemplo, la

³⁴⁴ Ibídem.

³⁴⁵ NOGLER, L., <<Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro>>, QL, núm 21, 1998, pág. 21. Citado por THIBAULT ARANDA, Javier. Op Cit. pp. 247

³⁴⁶ Artículo 81^o de la LRCT.- No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, **paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa**, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

³⁴⁷ BOZA PRÓ, Guillermo y otros. "Ley de relaciones colectivas". Op. Cit. pp. 192-193.

paralización de todos los teletrabajadores de la empresa puede involucrar, valga la redundancia, la paralización de la empresa, pero si los intereses materia de reivindicación, son específicos al alcanzar únicamente a los teletrabajadores, la huelga es válida y no podrá ser calificada de neurálgica al estar dirigida a obtener la reivindicación de su franja o gremio. Boza³⁴⁸ menciona que deben cumplirse los presupuestos de la modalidad irregular en mención, a efectos de calificar como neurálgica una huelga, siendo estas: i) el tratar de bloquear el proceso productivo, y ii) que las reivindicaciones y trabajadores involucrados en el conflicto exceden a los que paralizan la sección o zona neurálgica.

Finalmente, frente a una huelga de un grupo de teletrabajadores es mucho más factible advertir el peligro de situaciones de esquirolaje externo,³⁴⁹ dado que el personal se encuentra fuertemente atomizado y para el empleador es más fácil sustituir a los teletrabajadores en huelga por otros trabajadores retirando sus licencias de acceso a su servidor principal y concediéndoselas a otros, bastándole para esto apretar un botón.

Sobre el particular, el artículo 70° del Reglamento de LRCT³⁵⁰ establece que en caso la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, además de la obligación de todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito de abstenerse de laborar, el empleador por

³⁴⁸ Ibídem.

³⁴⁹ El esquirolaje es una práctica empresarial en virtud de la cual el empleador contrata temporalmente a trabajadores no vinculados a la empresa para que sustituyan a los trabajadores huelguistas mientras dure la huelga. SALA FRANCO / ALBIOL MONTESINOS. Derecho Sindical. Tecnos Madrid, 1995, pp. 508. Citado por BOZA PRÓ, Guillermo y otros. "La Protección Constitucional a la Libertad Sindical" Op. Cit. pp. 355.

³⁵⁰ Artículo 70° del Reglamento de la LRCT.- Cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el Artículo 78 de la Ley, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el Decreto Legislativo N.º 728, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio.

su parte no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga.

Sin embargo, el poder fáctico del empleador de aplicar esta práctica empresarial inválida, por involucrar una afectación grave al derecho de huelga, hace necesario dentro del escenario del teletrabajo la presencia más incisiva del control sindical, a fin de perfeccionar una denuncia ante la Autoridad de Trabajo, a fin de que establezca las medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25° numeral 9 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR,³⁵¹ Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la practica de esquirolaje, cuya base de cálculo de la sanción será la equivalente a una multa no mayor de veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme lo dispuesto por el artículo 39° de la Ley General de Inspección del Trabajo.³⁵²

Habiendo abordado los aspectos que consideramos relevantes referentes al derecho de huelga dentro del marco del teletrabajo, no queda sino concluir, tomando como propias las palabras de Ermida, que si el teletrabajo involucra la admisión de la flexibilidad, descentralización y desarticulación de la organización de trabajo en tiempo de postmodernidad, también habría que aceptar que esta sociedad postmoderna se encuentra engendrando modalidades postmodernas

³⁵¹ Artículo 25°.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales
Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos:
(...)
25.9 La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y sub-contratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

³⁵² Artículo 39.- Cuantía y aplicación de las sanciones.
Las infracciones detectadas serán sancionadas con una multa máxima de:
a) Veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, en caso de infracciones muy graves.
(...)

de conflicto colectivo³⁵³ afines a los cambios organizacionales realizados por sus empleadores, que el Estado debe admitir y garantizar su adecuado ejercicio, en vez de limitarlos o restringirlos.



³⁵³ ERMIDA URIARTE, Óscar. Op. Cit. pp. 14-15.

CAPÍTULO IV

EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL, REGULACIÓN EN EL PERÚ



CAPÍTULO IV

EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL, REGULACIÓN EN EL PERÚ

A lo largo del presente trabajo, hemos presentado la forma en que debería darse el desarrollo del fenómeno laboral que nos presenta el teletrabajo en el Perú. Para dicha tarea nos hemos abocado a analizar las principales instituciones del derecho laboral peruano, comparándolas con la experiencia extranjera.

Sin embargo, el fenómeno del teletrabajo trasciende nuestras fronteras. Es así, que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la globalización ha posibilitado el encuentro a nivel mundial de las distintas ofertas y demandas de empleo, lo que ha potenciado la deslocalización de las actividades productivas por parte de las empresas, mediante la contratación de trabajadores geográficamente localizados en otros países y cuyo control queda asegurado a través de las nuevas tecnologías de la telecomunicación e información (TICs).³⁵⁴

Como bien señala Durand, *"[e]n una economía internacional caracterizada por la mundialización, la segmentación del proceso productivo y la parcelación de las tareas, el teletrabajo transfronterizo hace desaparecer para muchas actividades productivas (o para muchos aspectos de la misma) las barreras geográficas o los condicionamientos temporales."*³⁵⁵

Le Faro, por su parte, nos indica que *"(...) no escapa a nadie que son precisamente las redes de las telecomunicaciones las que favorecen la deslocalización de la prestación laboral y la migración laboral, hasta el límite - si de un límite se trata - de la transregionalidad, la transnacionalidad y la transcontinentalidad de la economía"*

³⁵⁴ SERRANO OLIVARES, Raquel. Op. Cit. pp. 1238.

³⁵⁵ DURÁN LÓPEZ, F. <<Globalización y relaciones de trabajo>> REDT, N.º 92, 1998, pp. 869. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. "El teletrabajo:" Op. Cit., pp. 261.

*internacional y de las relaciones de trabajo como lo es por naturaleza el teletrabajo y las nuevas formas de empleo.*³⁵⁶

Consecuentemente, la doctrina procede con acuñar una nueva clasificación para el teletrabajo, denominándolo teletrabajo "offshore" o transnacional, el cual involucra la capacidad del empresario de contratar mano de obra de cualquier parte del mundo sin tener que desplazarse, sin necesidad de contar con un establecimiento en el país de destino, y con la ventaja de la práctica irrelevancia del tiempo de transmisión de resultado productivo.³⁵⁷

Y es que las TICS proveen el potencial adecuado para cambiar las características del trabajo de oficina en términos de espacio y tiempo³⁵⁸. La oficina, en cuanto lugar donde la información es generada, procesada e intercambiada, no tiene ya límites geográficos fijos. Las nuevas tecnologías están permitiendo una flexibilización y diversificación sin precedentes del lugar de trabajo, a tal punto que se ha afirmado que la libertad de trabajar en cualquier lugar puede representar el mayor cambio en nuestra sociedad desde la Revolución Industrial.³⁵⁹

Este cambio en la forma de entender el trabajo, donde el lugar de labores o ubicación del trabajador deja de ser un elemento relevante al momento de buscar una fuerza laboral, no es visto con buenos ojos por la mayoría de la doctrina, señalando que las nuevas tecnologías originan una deslocalización difusa de las

³⁵⁶ Lo Faro, A. <<Politiche comunitaire e diritto internazionale>> en Gaeta y Pascucci (coords.), *Televoro e diritto*, Giappichelli Editores, Torino, 1998, pp. 231. Citado por MAYOR SÁNCHEZ, Luis. "La transnacionalización de la prestación de trabajo del teletrabajador". En: *JUS Doctrina y Practica*, Vol. N.º03, Marzo, 2008, pp. 394.

³⁵⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel. Op. Cit. pp.1239.

³⁵⁸ ETTIGHOFFER, D. "L'impresa virtuale, Franco Muzzio Padova", 1993, pp. 21. Citado por SERRANO OLIVARES, Raquel. Ibid. pp. 1238.

³⁵⁹ "Telework Training Resources", <http://www.iclb.hw.ttfolder/conc.html>, pp. 1. Citado por SERRANO OLIVARES, Ibidem.

actividades, gracias al sistema de redes de comunicación o sistema reticular.³⁶⁰ El teletrabajo transnacional promueve situaciones graves de dumping social o maquilas³⁶¹ informáticas en países de poca regulación o nula protección laboral, en contraposición a la pérdida de puestos de trabajo en los países de origen de la fuente de trabajo.

Como resulta lógico, para afrontar el presente estudio se hace inevitable dilucidar si el fenómeno del teletrabajo “offshore” o transnacional involucra la presencia de una relación de trabajo internacional, por cuanto la celebración del contrato de trabajo y la ejecución de la relación laboral se desenvuelven en espacios nacionales distintos, involucrando así que el cumplimiento de obligaciones contractuales se encuentre vinculado a más de un ordenamiento jurídico.³⁶²

De encontrar afirmativa la respuesta, intentaremos responder a los cuestionamientos propios de la disciplina del derecho internacional; esto es, determinar la jurisdicción y la normatividad aplicable, todo esto dentro del marco tecnológico que nos presenta el teletrabajo en el Perú. Empero, realizaremos un cuestionamiento acerca de si una regulación nacional sobre esta materia, es suficiente para afrontar los fenómenos de deslocalización laboral que nos presenta el teletrabajo transnacional.

³⁶⁰ ETTIGHOFFER, D. <<L'impresa virtuale>>. Franco Muzzio Padova, 1993, pp. 66. Citado por SERRANO OLIVARES, Raquel. *Ibidem*.

³⁶¹ Zona franca dentro de un país; que se encuentra exceptuada de determinados regímenes reglamentarios, incluyendo los laborales, dentro de ese otro país. ERMIDA URIARTE, Oscar. “Deslocalización, Globalización y Derecho de Trabajo”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 94, diciembre 2008, pp. 542.

³⁶² CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. “Vigencia de las Normas laborales en el espacio: una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano”. Lima, tesis de licenciatura de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 317.

Previamente, deberemos abordar cada uno de los cuestionamientos que presenta el teletrabajo transfronterizo dentro de los procesos de globalización y deslocalización de empresas, para entender la complejidad del fenómeno y las salidas por encontrar.

1. Deslocalización y teletrabajo

Como hemos ido adelantando, el teletrabajo transfronterizo u off-shore se define como aquella situación en la que un teletrabajador que reside y trabaja de forma permanente en un país lo hace para una empresa situada en otro³⁶³. Esta modalidad fue vista desde sus orígenes desde un punto de vista romántico, como aquella oportunidad por parte de los empresarios de encontrar más fácilmente el perfil profesional adecuado al puesto de trabajo de que se trate, sobre todo en los casos en que tal perfil profesional escasee o resulte inexistente en el país donde aquellos se localicen, y/o les permita aprovechar los husos horarios, de tal modo que la actividad productiva no sea interrumpida.

Sin embargo, esta situación optimista del fenómeno no es la que se presenta en la actualidad con mayor frecuencia;³⁶⁴ por el contrario, el teletrabajo viene a constituir un medio de liberación del empleador de la *tiranía del espacio*, permitiéndole desplazar parcelas enteras de su actividad de un lugar a otro, según

³⁶³ European Commission DG XIII, "Constraints to transborder telework in the European Community", Office for official publications of the European Communities, Luxemburgo, 1993. pp. 8. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. "El teletrabajo: análisis". Op. Cit., 2000. pp. 261.

³⁶⁴ Como bien señala Thibault, " (...) las razones que pueden explicar el recurso al teletrabajo transfronterizo son diversas, desde la búsqueda de un perfil profesional determinado, raro y poco móvil, hasta la posibilidad de acceder a otros mercados sin crear filiales ni desplazar trabajadores, pero la principal, como es fácilmente imaginable, el deseo de obtener ventajas competitivas, beneficiándose de las diferencias salariales y de cargas sociales existentes entre unos países y otros, al principio en actividades de escaso valor añadido, como, por ejemplo, la grabación de datos, y hoy en actividades de alto valor añadido, como la programación informática o el diseño gráfico. En otros supuestos, el empresario busca un mejor aprovechamiento de los husos (sic) horarios, que permitan acceder a las computadoras de la sede central mientras el personal interno está descansando, de modo que los ordenadores centrales trabajan tanto de día como de noche". THIBAUT ARANDA, Javier. "El teletrabajo: análisis". Op. Cit. 2000. pp. 263.

convenga a sus intereses, sin que para ello sea un inconveniente las fronteras nacionales.

Actividades relacionadas con el procesamiento de la información pueden ser ubicadas en la actualidad en cualquier lugar del globo donde exista la infraestructura y los trabajadores necesarios,³⁶⁵ todo esto gracias a las TICs.

Como se advierte, este es el punto de encuentro que nos presenta el teletrabajo transfronterizo con el fenómeno global de la deslocalización, al significar este último el traslado de actividades productivas desde países industrializados a países en desarrollo, caracterizados estos últimos por poseer niveles sensiblemente inferiores de renta per cápita, salarios, beneficios laborales, etc.³⁶⁶ Debemos precisar que el fenómeno de la deslocalización no necesariamente debe involucrar el cierre total de una empresa y su posterior ubicación en otro lugar, por el contrario, la deslocalización puede muy bien ser parcial³⁶⁷ (sección de la empresa) seguido o acompañado de la ubicación de parte de ésta en lugar distinto,³⁶⁸ siendo este último, el escenario donde se desenvuelve el teletrabajo transnacional. Es decir, implica el cierre de ciertos puestos de trabajo de un lado del globo con la consecuente contratación laboral en otro, con la finalidad de abaratar los costes sociales; de manera que, por lo general, se contratarán trabajadores situados en países en desarrollo que cuentan

³⁶⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico". Op. Cit. pp. 153.

³⁶⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. <<Deslocalización,>>. Op. Cit. pp.542.

³⁶⁷ A modo de ejemplo, la compañía aérea Swiss Air trasladó a Bombay su departamento de contabilidad, y a la vista de los buenos resultados ha establecido también su servicio <<Qualifier>>, un programa que gestiona los movimientos de los viajeros preferentes de la línea aérea suiza. En: El Economist, N.º 5476, 1996, pp. 34-35. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. "El teletrabajo:". Op. Cit. 2000. pp. 262.

³⁶⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. "Deslocalización,", 2008, Op. Cit., pp. 542.

con sistemas de relaciones laborales poco avanzadas, tratándose de un empleo poco estable, discontinuo y, muchas veces, precario.³⁶⁹

Con relación a este punto, Rodríguez Piñero, con ocasión de comentar el informe presentado por el Director General de la OIT, Juan Somavia, ante la Conferencia Internacional del Trabajo (Cambios en el Mundo del Trabajo), señala que el proceso de globalización, al liberar los mercados, está reformando en todo el mundo las formas de trabajo. Cambios que viene acompañado del desarrollo y utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que permiten hacer menos cerrados los mercados de trabajo nacionales, sin que el notable crecimiento económico mundial logre crear suficientes puestos de trabajo.³⁷⁰

De allí que Thibault nos señale que esto supone que el teletrabajo está en condiciones de transformarse, al trascender su faceta nacional, en un instrumento de elusión, que sustrae al propio trabajador de la tutela que le sería reconocida por el ordenamiento jurídico del país en la que su prestación es efectivamente aprovechada³⁷¹. En ese sentido, Sanguineti menciona que el teletrabajo en sus variantes de formación de oficinas satélites y de subcontratación remota de servicios, es visto como mecanismo favorecedor del dumping social.³⁷²

Adicionalmente, nos señala el citado autor que: *“[e]sta combinación entre globalización y nuevas tecnologías está actuando como un poderoso incentivo para la*

³⁶⁹ SERRANO OLIVARES, Raquel. “Jurisdicción Competente ...” Op. Cit. pp.1239.

³⁷⁰ RODRÍGUEZ –PIÑERO y BRAVO – Ferrer, Miguel. <<Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica>>. Análisis del informe presentado por el Director General de la OIT, Juan Somavia, a la Conferencia Internacional del Trabajo 2006, bajo el título <<Cambios en el mundo del Trabajo>>. En Relaciones Laborales, Madrid, 2007. N.º I. pp. 113.

³⁷¹ THIBAUT ARANDA, Javier. “El teletrabajo” Op. Cit. pp. 262.

³⁷² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”. En el blog de Wilfredo Sanguineti en: <http://wilfredosanguineti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

*formación de un importante mercado internacional de prestación de servicios relacionados con la información, dentro del cual emergen con cada vez más fuerza economías basadas en este tipo de trabajo o florecen dentro de ciertos países sectores dedicados específicamente a él. Los ejemplos del desarrollo de la industria de procesamiento de datos transfronterizo en países como Jamaica, Barbados o Filipinas; de los centros de llamada internacional en el Reino Unido e Irlanda; o del software en la India, resultan bastante ilustrativos de esta tendencia, que ha sido calificada de <<globalización del sector servicios>>".*³⁷³

El Perú no es ajeno a esta situación, en los últimos años vienen proliferando en el país los denominados call center,³⁷⁴ que están operando cada vez más a escala internacional, especialmente en España, donde son numerosas las compañías que han decidido establecer un centro de llamada peruana para ocuparse de la atención de sus clientes o de procesos de cobranza en su país. Bajo este escenario, un cliente español recibe una llamada en su mismo idioma sin saber que la misma se viene realizando desde el Perú.

Debemos precisar que frente a este escenario, “[l]as diferencias entre outsourcing informático y teletrabajo, tan relevantes en cuanto a sus efectos sobre el régimen laboral cuando operan en el ámbito nacional, (...) se acortan así sensiblemente -e incluso es posible pensar que prácticamente desaparecen- cuando éstos trascienden al plano internacional.”³⁷⁵

De tal forma, Sanguinetti nos menciona que:

³⁷³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003. pp. 21

³⁷⁴ En los denominados call center a diferencia de una oficina tradicional, los trabajadores operan en consolas, recibiendo llamadas a través de sus auriculares e introduciendo información en el ordenador o terminal. Los call center son utilizados para llevar a cabo una amplia variedad de funciones de telemarketing, televentas y teleservicios, incluyendo la gestión de reservas de un hotel, los servicios bancarios básicos, los servicios de atención al cliente y de soporte informático de una empresa a la realización de estudios de mercado. SERRANO OLIVARES, Raquel. “Jurisdicción Competente ...”. Op. Cit. pp.1244.

³⁷⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “Teletrabajo y globalización ...”. Op. Cit. pp. 26.

“[la] potencial ubicuidad de la prestación laboral posibilitada por las nuevas tecnologías para una gama cada vez más amplia de labores no sólo facilita el empleo del outsourcing informático como instrumento de elusión de aplicación de la normativa laboral del Estado en el que la empresa principal desarrolla su actividad nuclear, sino que hace posible que ese mismo resultado pueda ser alcanzado mediante la utilización del teletrabajo en régimen de dependencia. **A fin de cuentas, (...) a través de cualquiera de estos dos mecanismos se permite al empresario disfrutar, desde el territorio de un Estado, de una prestación de servicios situada y sometida a la legislación de otro.** La libre fijación del lugar de desarrollo de la labor habilitada por el nuevo entorno tecnológico favorece, así, una elección “a la carta” del régimen de la prestación laboral, y por tanto de los costos a ella asociados. O, dicho con otras palabras, una “importación virtual” del trabajo al precio del Estado que ofrece mayores ventajas desde esta perspectiva.”³⁷⁶ (Sombreado y subrayado nuestro)

Si a la postre de lo antes expuesto, le sumamos que “[l]a economía global no está creando suficientes puestos de trabajo, los países se ven cada vez más envueltos en una “lucha” para conseguir los que se crean. Reaparece el fantasma del “<<dumping social>>” de forma más intensa y sofisticada en la medida en que en el mercado global operan como elemento valorable de competitividad, el menor coste salarial, la reducción de los derechos y de la protección social.”³⁷⁷

Toda esta serie de cuestionamientos que giran en torno al proceso de deslocalización, que se encuentran favorecidos por la figura del teletrabajo transfronterizo, sumado a la tendiente presión a la baja de los derechos laborales por parte de los países en desarrollo para mantener y/o captar los puestos de trabajo (aunque precarios) dentro de sus fronteras, acrecienta los miedos de convertir el trabajo en una mercancía que se compra donde sea más barata,³⁷⁸ apoyado de las nuevas tecnologías.

³⁷⁶ Ibíd. pp. 27.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ –PIÑERO y BRAVO – FERRER, Miguel. “Los cambios ...”. Op. Cit. pp. 117.

³⁷⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Deslocalización, Globalización ...”. Op. Cit. pp. 546.

Como podemos apreciar, las situaciones antes descritas son los principales peligros que presenta el teletrabajo transnacional, acrecentado por el desarrollo tecnológico; ya que, con sólo apretar la tecla de una computadora permite desarmar una empresa (o puestos de trabajo determinados) en un lugar e instalarla en otro lado. La informática y las telecomunicaciones permiten así, que el capital humano se convierta en un factor móvil por excelencia.³⁷⁹

Conociendo la complejidad del fenómeno, queda ocuparnos de los mecanismos nacionales que tenemos para abordar supuestos de dumping social de nuestros conciudadanos y la creación de mecanismos adecuados para la exigencia de sus derechos laborales en el ámbito internacional. Para afrontar dichos cuestionamientos es necesario echar mano de las instituciones del derecho laboral internacional, tema que abordaremos a continuación.

2. Relación jurídica internacional

Nos encontramos frente a una relación laboral internacional cuando algún momento de esta, léase la celebración del contrato o el cumplimiento de la prestación, se lleva a cabo en el territorio de más de un Estado.³⁸⁰⁻³⁸¹ Tratándose del teletrabajo *on line*, como le hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, el teletrabajador desarrolla su actividad en tiempo real con inmediato intercambio de datos con el servidor de la empresa, permitiéndonos entender que el trabajo se realiza en las oficinas del empleador por la presencia virtual que las

³⁷⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. "Deslocalización, Globalización ...". Op. Cit. pp. 545.

³⁸⁰ NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. pp. 85.

³⁸¹ Similar definición contempla el artículo XVIII del Título Preliminar del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo al señalar que, son relaciones laborales internacionales aquellas en las que un elemento relevante, la contratación o la ejecución, se produce en los territorios del Perú y de otro Estado; o aquellas que se materializan en sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditadas en el Perú.

telecomunicaciones nos permiten. Sin embargo, tanto la ubicación del trabajador, como la de la oficina del empleador, se encuentran en países distintos.³⁸²

Adicionalmente, si tenemos presente que a lo largo del presente trabajo, hemos mantenido la posición de que el lugar de cumplimiento de la prestación laboral en el teletrabajo on line, será siempre el de ubicación del servidor principal de la empresa donde se ejecuta y manifiesta la prestación, advertimos que el fenómeno del teletrabajo offshore o transnacional involucra después de todo, la presencia de una relación de trabajo internacional, por cuanto la celebración del contrato de trabajo y su ejecución se encuentran vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos de países diferentes,³⁸³ éstos son, el del lugar de residencia del trabajador versus el lugar de ejecución de la relación laboral.

Si bien es cierto que la concepción clásica de una relación de trabajo internacional contempla el desplazamiento físico del trabajador hacia distintos centros de trabajo en más de un territorio nacional, cabe precisar que, el concepto de lugar de trabajo que interesa en esta fase de la investigación, no es la que se refiere al aspecto físico equivalente al tradicional centro de trabajo o a la unidad económica productiva autónoma desde donde se desarrolla la actividad productiva de la empresa. El concepto de lugar de trabajo que interesa ahora, es

³⁸²

A modo de ejemplo, un grupo de ingenieros informáticos del Perú tiene acceso permanente al servidor central de su empleadora ubicada en España, de tal forma que pueden introducir los cambios en su servidor en forma instantánea. Como vemos, se trata de prestaciones de contenido tecnológico que suponen una conexión directa con el servidor de la empresa principal y la posibilidad de interactuar, a pesar de que el lugar físico de prestación de servicios se encuentre muy distanciado del lugar donde radica la empresa principal, es lo cierto que el teletrabajador se localiza virtualmente en las dependencias de la empresa principal a los efectos del poder de dirección, pudiendo sostener que concurre el elemento locativo como indicio de una relación de trabajado internacional.

³⁸³

CORNEJO VARGAS, Carlos. "Vigencia de las normas laborales en el espacio. Una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano". En: *Ius et veritas*, año IX, N.º 19, pp. 204.

el que identifica con el concepto de desplazamiento virtual de la actividad productiva en el marco de las relaciones laborales teletransfronterizas.³⁸⁴⁻³⁸⁵

De esta forma, tratándose de una situación internacional que presenta el teletrabajo off shore, nos permite determinar en todo conflicto laboral de esta naturaleza, por lo menos, dos elementos relevantes de la relación laboral que se localizan en distintos Estados, a saber: la ley aplicable al contrato individual de trabajo determinada a partir de reglas de conflicto de uno de los ordenamientos jurídicos en juego³⁸⁶ y el juez competente para conocer dicho reclamo. En palabras de Neves, “[e]l problema central en situaciones como las que venimos describiendo, es el de ante qué juez y con que ley debe reclamar el trabajador, si su empleador incumple sus obligaciones para con él.”³⁸⁷

Para determinar esta tarea es necesario recurrir a las principales teorías basadas en el denominado derecho del trabajo internacional, entendido este como un conjunto de criterios de solución de conflictos de leyes, que actúan según el método del derecho internacional privado³⁸⁸. De esta forma, debemos averiguar de qué manera las normas del derecho internacional privado reglan la remisión al derecho extranjero.³⁸⁹

³⁸⁴ MAYOR SÁNCHEZ, Luis. “La transnacionalización ...”. Op. Cit. pp. 394.

³⁸⁵ Replanteamiento que resulta necesario, si tenemos presente que teletrabajo transfronterizo (...) plantea una visión del teletrabajo desde una perspectiva virtual de las relaciones laborales imposible de pensar y hasta hace poco tiempo imposible de imaginar en un mundo laboral global en el cual se redefinen las estructuras básicas que dan sustento al Derecho del trabajo; en un mundo contemporáneo que conduce a la redefinición de sus principios marco ante el desborde y el impacto del desarrollo tecnológico en la vida laboral diario del trabajador. En MAYOR SÁNCHEZ, Luis. *Ibíd.* pp. 394.

³⁸⁶ SERRANO OLIVARES, Raquel. “Jurisdicción Competente ...”. Op. Cit. pp. 1246.

³⁸⁷ NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Op. Cit. pp. 85.

³⁸⁸ CORNEJO VARGAS, Carlos. “Vigencia de las normas ...”. Op. Cit. pp. 203.

³⁸⁹ KROTOSHIN, Ernesto. “Manual de Derecho del Trabajo”. 3ª. Ed. Buenos Aires: Depalma. Citado por CORNEJO VARGAS, Carlos. *Ibíd.* pp. 203.

Después de todo, el derecho laboral internacional hace referencia a un conjunto de criterios de solución de conflictos de leyes laborales que ordena el tráfico internacional del trabajo, determinando la competencia jurisdiccional y legislativa de los distintos ordenamientos jurídicos vinculados a la relación de trabajo internacional.³⁹⁰

A continuación, abordaremos la determinación de la jurisdicción aplicable, es decir, la determinación del juez competente, para luego determinar la normatividad aplicable frente a este fenómeno.

2.1. Jurisdicción aplicable

De manera puntual, el concepto de jurisdicción se encuentra referido a la "(...) *potestad dimanantes de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los tribunales independientes y predeterminados por la ley, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias.*"³⁹¹

Con respecto a una relación de trabajo internacional, el conflicto de jurisdicción vendría a ser la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado (en el presente caso el peruano) para conocer de los litigios derivados de las relaciones privadas internacionales en materia de un contrato individual de teletrabajo. Dicho en otros términos, ante qué tribunal debe ser demandada una de las partes del contrato de teletrabajo en el supuesto de que surjan conflictos de interés entre sí.³⁹²

³⁹⁰ CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. *Ibíd.* pp. 317.

³⁹¹ MONTERO AROCA, Juan. "El Proceso Laboral: conceptos generales". En *Revista de Política Social*. Instituto de Estudios Políticos, N.º113, 1997. pp6. Citado por CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. *Ibíd.* pp. 204.

³⁹² MAYOR SÁNCHEZ, Luis. "La transnacionalización ...". *Op. Cit.* pp. 398.

Dentro de nuestro ordenamiento nacional, el Código Civil Peruano es aquel encargado de regular las relaciones de derecho internacional peruano, es así que, el Título II del Libro X, regula la Competencia Jurisdiccional. Según lo dispuesto en el artículo 2047^o,³⁹³ primero se deben aplicar los tratados internacionales, y en su defecto el Código Civil.

En materia de teletrabajo, el Perú no tiene ningún tratado particular al respecto, con lo cual el Juez peruano tendrá que basarse en los tratados en materia laboral existente.

Neves³⁹⁴ nos menciona que los instrumentos existentes en el ámbito internacional sobre Derecho Internacional Privado, tales como el Tratado de Montevideo de 1889 (revisados en 1939-40), el Código de Bustamante (La Habana, 1928) y las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigentes en nuestro país, se ocupan de Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal, pero no regulan cuestiones de Derecho de Trabajo, más allá de alguna aislada referencia.³⁹⁵

De allí que, a falta de tratado pertinente sobre asuntos laborales, debemos remitirnos, como habíamos mencionado, al Libro X del Código Civil, referido al

³⁹³ Artículo 2047^o del Código Civil.- Normas aplicables
El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.
Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

³⁹⁴ NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al Derecho Laboral". Op. Cit. pp. 86.

³⁹⁵ Pese a ello, el autor nos señala que a efectos de tener los referidos tratados en cuenta a efectos de una aplicación supletoria, con relación a los aspectos centrales de su regulación de la competencia jurisdiccional, el tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, establece que las acciones personales deben entablarse ante el juez del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, pero pueden entablarse ante el del domicilio del demandante (artículo 56). El Código Bustamante considera juez competente a aquel al que las partes se sometan expresa o tácitamente (artículo 318) o, en su defecto, al del lugar de cumplimiento de la obligación o el del domicilio del demandado, o a falta de este el de la residencia (artículo 323). En: NEVES MUJICA, Javier. *Ibidem*.

Derecho Internacional Privado, incluso para relaciones laborales, por cuanto la legislación laboral carece de disposiciones referidas a esta materia^{396,397}. En materia de jurisdicción, los artículos pertinentes son el 2057^o³⁹⁸ y 2058^o.³⁹⁹

El primer artículo señalado establece la regla general de que el juez peruano es el competente, siempre que el demandado domicilie en el Perú; y como excepción, el segundo artículo referido a las acciones de contenido patrimonial, establece la competencia del juez peruano pese a que el demandado no domicilie en el Perú, si el contrato se celebró o se ejecutó en el Perú o si las partes se someten a la jurisdicción peruana.⁴⁰⁰

De acuerdo con lo anterior, en la medida que se presente una situación de conflicto dentro de una relación de teletrabajo transnacional, será de aplicación la regla general siempre que el empleador (indistintamente de su nacionalidad⁴⁰¹) domicilie en el Perú. Con lo cual, los Tribunales Peruanos serán competentes para

³⁹⁶ Ibid. pp. 87.

³⁹⁷ Cabe señalar que el anteproyecto de la Ley General del Trabajo, establece en su artículo XIX, que el juez peruano es competente cuando el demandado domicilia en el Perú. No obstante, es competente también si el contrato de trabajo se celebra o la relación laboral se ejecuta en el Perú o si las partes se someten expresa o tácitamente a la jurisdicción peruana.

³⁹⁸ Artículo 2057^o del Código Civil.- Competencia sobre personas domiciliadas en el Perú
Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.

³⁹⁹ Artículo 2058^o del Código Civil.- Competencia en acciones patrimoniales
Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:
(...)
2.- Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio. Tratándose de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva.
3.- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva.
Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial.

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ Similar criterio comparte la legislación internacional europea relativo a la competencia judicial, reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el artículo 2^o del Convenio de Bruselas, establece que las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. No importa, por tanto, la nacionalidad del demandado, pero sí su domicilio.

resolver las disputas sobre exigencia de derechos laborales y beneficios sociales de teletrabajadores que no radiquen en el Perú, siempre y cuando sus empleadores domicilien en el país.⁴⁰²⁻⁴⁰³

Sin embargo, en situaciones en las que la prestación del teletrabajador peruano sea efectiva fuera del país, la regla general del artículo 2057° del Código Civil no sería de aplicación; teniendo que recurrir a los factores de atribución de los numerales 2 y 3 del artículo 2058° del Código Civil, los mismos que reinterpretados dentro del contexto de una relación laboral deberán ser entendidos como la competencia de los tribunales nacionales cuando en algún momento relevante de la relación laboral, ya sea su constitución o su ejecución, esto ocurra en el territorio peruano o cuando las partes se someten a dicha jurisdicción.⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵

Este tratamiento de la norma de excepción resulta, sin embargo, sumamente difícil de articular jurídicamente dentro del escenario del teletrabajo transnacional peruano, en atención a que la ejecución de la relación de trabajo nunca se va a realizar en el país, por cuanto la prestación siempre será efectiva en el lugar donde se encuentre el punto de red o servidor del empleador, donde el teletrabajador actúa en tiempo real. De esta forma, el teletrabajador peruano se verá inmerso en

⁴⁰² Pese a ello, no deja de ser cuestionable que la regla general de competencia del Código Civil Peruano aplicada a supletoriamente a relaciones de trabajo internacional sea contraria al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, en atención que para el teletrabajador extranjero le pueda significar un problema añadido tener que demandar en el Perú a su empresa empleadora cuando este tiene su domicilio en un Estado distinto.

⁴⁰³ Adicionalmente, resultan competentes los tribunales peruanos frente a situaciones de teletrabajo transnacional, conforme lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 2058° del Código Civil, cuando la ejecución del trabajo en línea se haga efectiva en el Perú, en la medida que la interactividad a través del espacio cibernético posibilita el contacto permanente pese a la distancia entre el teletrabajador y la empresa, del mismo modo que si la prestación laboral se ejecutara en el mismo centro de trabajo. En este sentido, podemos concluir que la ejecución del trabajo será efectiva en el Perú en la medida que la conexión del teletrabajador extranjero sea con una empresa en el país.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ Similar sentido tiene el artículo XIX del anteproyecto de la Ley General del Trabajo.

una situación de desventaja en caso de demandar a su empleador ante tribunales lejanos.⁴⁰⁶

Ahora bien, podemos soslayar dicha situación al determinar que el lugar de la celebración del contrato de trabajo sea el Perú, en la medida que este sea el lugar de residencia del teletrabajador y punto de encuentro del acuerdo de voluntades del contrato de trabajo. Pero este hecho queda siempre sujeto a una situación de probanza, lo que se dificulta por la naturaleza eminentemente informática de la relación laboral que, en ocasiones, involucra la ausencia de documentación física que acredite dicho acuerdo. En especial, la naturaleza internacional de la relación impide un punto de encuentro para la firma de algún contrato, con lo cual nuevamente tenemos que retornar al análisis de los factores de atribución, para encontrar una alternativa adecuada al contexto planteado.

Aparte de lo visto, Carlos Cornejo, tras examinar los distintos factores de atributivos de competencia jurisdiccional (autonomía privada, lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de celebración del contrato, lugar del domicilio del demandado, y el lugar de la ley aplicable) llega a la conclusión de que la regla general para la determinación de la jurisdicción competente es la del juez del lugar de domicilio del demandado.⁴⁰⁷ Considera el referido autor que “(...) *partiendo que para el trabajador demandar en el domicilio del empleador puede resultar la carencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, (...) es necesario ofrecer al*

⁴⁰⁶ Autores como Caro Gandara y Márquez Prieto señalan que los teletrabajadores o ciberempleados, como cualquier otro trabajador clásico, tiene la posibilidad de comparecer por sí mismos en juicio, o debidamente representados mediante el poder otorgado, o incluso a través de su representación sindical, (sindicato de teletrabajadores) lo que elimina el posible costo económico de soportar un proceso judicial en un Estado distinto como un inconveniente al favor operatium. En MAYOR SÁNCHEZ, Luis. “La transnacionalización ...”. Op. Cit. pp. 404.

⁴⁰⁷ CORNEJO VARGAS, Carlos. “Vigencia de las normas laborales ...”. Op. Cit. pp. 204.

trabajador en su rol de demandante, la posibilidad de optar por otros foros que también se encuentren conectados con la relación de trabajo internacional.”⁴⁰⁸

Sostiene asimismo Cornejo, que la determinación de la jurisdicción competente se debe realizar atendiendo al interés de las partes y principalmente del demandante (entendido éste como el trabajador), siendo de la opinión de ofrecer a éste a su elección, la posibilidad de demandar ante el juez del lugar: (i) de ubicación del centro de trabajo; (ii) de celebración del contrato; o (iii) del domicilio del demandante. Es decir, cualquiera de los foros son los conectados con la relación de trabajo internacional, en los que el empleador, así como el demandado, tienen garantizado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que en ellos han tenido presencia.⁴⁰⁹

De acuerdo con lo señalado, en el supuesto que nos ocupa, el teletrabajador podría demandar al empresario ante los Tribunales de su propio domicilio (esto es, los peruanos), pudiendo a su vez optar por demandarlo ante los Tribunales del lugar de la prestación habitual de los servicios, o bien, en caso de teletrabajadores móviles que no prestan sus servicios con carácter habitual en un sólo Estado, ante los Tribunales del lugar del establecimiento contratante.⁴¹⁰

Esta concepción de la jurisdicción aplicable parece ser la más adecuada, atendiendo a la complejidad de las relaciones de teletrabajo transnacionales, la que a su vez tiene un carácter más tuitivo a favor del trabajador, teniendo en cuenta las dificultades a las que se enfrenta el foro del domicilio del demandado en materia de ciberempleo en los casos de empresas *on line*, que han contratado

⁴⁰⁸ Ibídem.

⁴⁰⁹ CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. 1997. pp. 318.

⁴¹⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp. 1253.

a sus trabajadores vía electrónica, dada la naturaleza transnacional y no territorial de Internet, por ello, es casi imposible averiguar dónde se localiza el domicilio de su empleador.

Si tenemos presente que en el caso del teletrabajo transnacional peruano, el teletrabajador siempre residirá en el Perú, esto hecho determinará, bajo la hipótesis planteada, la competencia de los Tribunales peruanos, para ver estas causas, procurando en cierta medida una protección al trabajador como la parte más débil de la relación laboral.

Sin embargo, tal solución no resultará tan favorable para el teletrabajador en los casos que, a merced de las nuevas tecnologías, el empresario no disponga de un establecimiento físico en nuestro país. En efecto, la inexistencia de bienes patrimoniales del empresario en el Perú, dificultará en gran medida la ejecución de las sentencias que se dicten por nuestros Tribunales, debiéndose exigir su cumplimiento en el país del domicilio del empresario, lo que supone, como bien señala Serrano para el caso Español, la necesidad de instar en ese país el costoso procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.⁴¹¹

De allí que, sin desmedro de lo anterior, apreciamos la necesidad de ofrecer al teletrabajador, en su rol de demandante, otros foros que se encuentren conectados con la relación de trabajo internacional,⁴¹² como el de ubicación del centro de trabajo, que salvaguardan el derecho del teletrabajador a la tutela jurisdiccional efectiva.

⁴¹¹ SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp. 1254.

⁴¹² *Ibidem*.

2.2. Normativa aplicable

Una vez concluido el examen del Juez, relativo a la competencia, deberá proceder seguidamente con analizar la ley aplicable al caso en concreto. Las leyes potencialmente aplicables, conforme nos señala Neves⁴¹³, serán las de cualquiera de los Estados comprometidos en la relación laboral.

Es así que, tan igual como el proceso para determinar su competencia jurisdiccional, el Juez ahora deberá determinar la norma aplicable al caso en concreto, primero en virtud de los tratados internacionales y, en su defecto, conforme al Código Civil – aplicable supletoriamente, al no existir legislación laboral al respecto –, conforme lo dispone el artículo 2047^o⁴¹⁴ de dicho cuerpo legal.

Como se advirtió previamente, el Perú no tiene ningún tratado particular sobre teletrabajo, con lo cual el Juez peruano tendrá que basarse en los tratados en materia laboral existente para determinar la norma aplicable.

Ahora bien, la Organización Internacional del Trabajo, no regula el supuesto del teletrabajo “*on line*”, sin embargo, posee una regulación referida al trabajo a domicilio, esto es, el Convenio 177 del año 1996. El referido Convenio de la OIT, pese a las diferencias conceptuales ya mencionadas con el teletrabajo, pudo bien servir a efectos de procurar una aplicación analógica con los posibles conflictos

⁴¹³ NEVES MUJICA, Javier. 2007, pp. 87.

⁴¹⁴ Artículo 2047^o del Código Civil.- Normas aplicables.
El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.
Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

referidos al teletrabajo transnacional. Pese a ello, este Convenio no se encuentra ratificado por el Perú.

Bajo este escenario, debemos retomar el análisis en virtud de los tratados generales celebrados por el Perú en materia de derecho internacional. Como se indicó, los instrumentos existentes en el ámbito americano sobre Derecho Internacional Privado, tales como los Tratados de Montevideo de 1889 (revisados en 1939-40), el Código de Bustamante (La Habana, 1928) y las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigentes en nuestro país, no regulan cuestiones de legislación aplicable en materia laboral, mas allá de alguna aislada referencia.

Teniendo en cuenta que los tratados internacionales no hacen referencia alguna para determinar cual de las leyes internacionales (materia de conflicto) debe aplicarse dentro de una relación de trabajo internacional, entonces tenemos que acudir a la legislación nacional y, en particular al Código Civil – aplicable supletoriamente, al no existir legislación laboral sobre el tema –. El artículo 2095° del Código Civil,⁴¹⁵ señala que las obligaciones laborales internacionales⁴¹⁶ se rigen por:

- i. La ley designada por la autonomía privada.
- ii. A falta de esta, la del lugar de cumplimiento, si se ha producido en un sólo país, o del cumplimiento de la obligación principal, si ha ocurrido en varios.

⁴¹⁵ Artículo 2095° del Código Civil.- Obligaciones contractuales
Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.
Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

⁴¹⁶ Cabe señalar que el anteproyecto de la Ley General del Trabajo, establece en su artículo XIX que la ley peruana es aplicable a las relaciones laborales cumplidas en el Perú, cualquiera fuera el lugar de celebración del contrato de trabajo, o a las relaciones laborales cumplidas en el extranjero si el contrato de trabajo se hubiera celebrado en el Perú.

- iii. Y en defecto de esta, la ley del lugar de celebración del contrato.

Como se aprecia, la realidad de las relaciones jurídicas internacionales ha hecho necesario desarrollar un sistema de solución de conflictos de leyes. Estos criterios de solución de conflicto deben de ser reinterpretados dentro del contexto de una relación laboral. Cabe señalar, que además de los criterios señalados, existen otros medios importantes, pero que han quedado a la zaga, como la ley nacional de las partes; la ley del domicilio de las partes;⁴¹⁷ y el de la *lex fori*;⁴¹⁸ los mismos que no se encuentran regulados en el artículo 2095° del Código Civil peruano,⁴¹⁹ no cabiendo, a efectos del presente trabajo, realizar un mayor análisis sobre ellos.

El primer criterio de solución de conflicto, esto es, el de la autonomía privada, refiere que la elección de la legislación aplicable, se encuentra sujeta a la potestad de las partes de elegir expresa y/o tácitamente, en cualquier momento, el derecho aplicable a la relación jurídica internacional. Esta posibilidad se encuentra muy extendida en el ámbito del comercio electrónico, al incluir en los contratos cláusulas de elección de foro y ley aplicable, de suerte que se evite la incertidumbre acerca de los Tribunales competentes y de la normativa aplicable.⁴²⁰

⁴¹⁷ El criterio de la ley de domicilio de las partes tiene como fundamento el principio según el cual el estado y la capacidad de las partes se rigen por la ley del domicilio. Se le cuestiona porque cuando se establece una relación jurídica no interesa regular el estado y la capacidad de las personas, sino las obligaciones contractuales surgidas del negocio jurídico internacional y porque exige que las partes tengan el mismo domicilio. En CORNEJO VARGAS, Carlos. "Vigencia de las normas ...". Op. Cit., pp. 212.

⁴¹⁸ El criterio de la *lex fori* propone la aplicación de la ley del Estado al cual pertenece la autoridad judicial competente. Como fundamento de este criterio se menciona el principio según el cual el derecho material debe ser aplicado por el juez al que pertenece la legislación aplicable, pues de ese modo se evitan los inconvenientes de tener que aplicar un derecho extranjero que no se conoce y que puede resultar complejo conocer.
Se le cuestiona porque limita la voluntad de las partes de elegir el juez competente; y porque supone la existencia previa de una norma que por un criterio distinto al del foro declare la competencia jurisdiccional, lo que desautoriza a este criterio como apto para elegir la ley aplicable. Ibid. pp. 212-213.

⁴¹⁹ CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto. 1997. pp. 317.

⁴²⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp.1257.

Sin embargo, dentro del contexto altamente tecnológico que nos presenta el teletrabajo, las referidas cláusulas muy bien pueden verse representadas mediante los llamados click-wrap contracts⁴²¹ (debido a la distancia entre trabajador y empleador), situación perjudicial para el teletrabajador si tenemos presente el desconocimiento que este puede tener sobre la envergadura de un acuerdo previo sobre la legislación aplicable de su relación laboral, realizado a través de las nuevas tecnologías.

Si a este desconocimiento le sumamos la manifiesta situación de desventaja del trabajador frente a su empleador, darle valor a una elección de esta naturaleza, podría significar la imposición de la ley menos favorable para el teletrabajador, con el sólo movimiento y click de un mouse; fomentando así los fenómenos de dumping social que se le viene imputando al teletrabajo hoy en día.⁴²²

Este tipo de cuestionamiento sale a relucir en atención a que este tipo de cláusulas fue diseñada en principio para los directivos y técnicos de alto nivel que laboran de forma itinerante en diversos países o eran destacados en destinos remotos, pero no han sido pensadas necesariamente a favor de los teletrabajadores que laboran individualmente u organizados en oficinas remotas o

⁴²¹ Los click-wrap contracts forman parte de los sistema de contratación por medios electrónicos, en los cuales la manifestación de la voluntad y el perfeccionamiento contractual se realizan a través de los sistemas de telecomunicación e informática, a través del envío de la oferta por medio de la red o contenida en un archivo informático y su aceptación se realiza a través de la computadora. Esta práctica es muy usual en la aceptación de las condiciones de uso de una licencia de software. Para leer más de la materia consultar: ARMAS MORALES, Carlos Eduardo. "Sistema de contratación por medios electrónicos: manifestación de la voluntad y perfeccionamiento contractual". En http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/tesis/Human/Armas_M_C/Cap3%20.htm. Fecha de consulta, 10 de marzo de 2010.

⁴²² César Delgado comenta que la determinación de la ley aplicable por las partes en los contratos internacionales, esta delimitado en forma estricta para proteger a la parte débil del contrato, como por ejemplo, es el caso de los contratos celebrados por consumidores o de los contratos individuales de trabajo. DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta Y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. "Introducción al Derecho Internacional Privado". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto de 2007, Tomo II, pp. 383.

centros satélites, cuyo poder de negociación resulta por lo general sensiblemente inferior, cuando no inexistente.⁴²³

Autores como Carlos Cornejo, señalan que estos cuestionamientos se superarían si se condicionara que la elección de la ley seleccionada fuera la más favorable, sin embargo, esto llevaría a su vez a serias dificultades de comprobación, más aún en el ámbito informático materia del presente trabajo. Neves por su parte, nos presenta la alternativa de cancelar la posibilidad de la libre elección de la ley aplicable en materia laboral,⁴²⁴ posición que compartimos dentro del caso tan particular que nos presenta el teletrabajo.

Así, a falta de elección por las partes de la legislación aplicable, el artículo 2095° del Código Civil establece dos puntos de conexión, el lugar de cumplimiento de la obligación principal, y en su defecto, la ley del lugar de celebración del contrato.

El segundo criterio de solución de conflicto que ha propuesto el artículo 2095° de nuestro Código Civil, consiste en aplicar la ley del lugar de cumplimiento, es decir, propone como solución la aplicación de la ley del Estado en donde se ejecuta la relación de trabajo internacional. La cual se presenta como la más adecuada por corresponder al lugar mejor conectado con la relación de trabajo internacional.⁴²⁵

Si bien este criterio ha sido visto tradicionalmente como una opción tutelar, pensada en función de la defensa del trabajador como parte débil de la relación

⁴²³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. 2003. pp. 95.

⁴²⁴ NEVES MUJICA, Javier. 2007. pp. 88.

⁴²⁵ CORNEJO VARGAS, Carlos. "Vigencia de las normas laborales en el espacio. ...". Op. Cit. pp. 217.

de trabajo, además de coherente con el reconocimiento de la potestad del Estado en el que se prestan los servicios de disciplinar el funcionamiento de su mercado laboral,⁴²⁶ es necesario una relectura y no considerar como lugar de ejecución el del domicilio del teletrabajador, a fin de evitar que esta regla de conexión sea susceptible de ser instrumentalizada con gran facilidad al servicio de estrategias puramente elusivas, encaminadas a obtener ventajas competitivas a partir del aprovechamiento de las diferencias de tutela existentes entre los distintos ordenamientos laborales locales de cada teletrabajador.⁴²⁷

Bajo este contexto, y dentro del marco teórico del presente trabajo que considera que el trabajo realizado *on-line* debe ser considerado como efectivamente prestado en las oficinas del empleador, cabe preguntarse respecto de la viabilidad de llevar a cabo una redefinición del criterio 'lugar de cumplimiento', propio del derecho internacional privado, a la luz de las peculiaridades laborales que nos presenta el teletrabajo;⁴²⁸ con la finalidad de poder determinar si la interactividad en tiempo real del trabajado prestado mediante la modalidad de teletrabajo "on line", neutraliza el distanciamiento geográfico del teletrabajador, hasta el punto de poder concluir que el derecho aplicable a la relación de trabajo sea, con carácter excluyente y sin excepciones, el nacional propio del Estado en que se encuentra ubicada la empresa empleadora, no ya receptora de una prestación, sino desde la que realiza la prestación misma, aunque de forma virtual.⁴²⁹

⁴²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), "Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto sobre el sistema jurídico español", Relaciones Laborales, T. I. pp. 1347 Citado por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. <<El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social>>. pp. 117. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁴²⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social" . pp. 117. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/> . Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁴²⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. 2003. pp. 72.

⁴²⁹ MAYOR SÁNCHEZ, Luis. 2008, pp. 403-404.

De considerar esto correcto, evitaríamos con ello un resultado de desprotección para aquellos trabajadores que hubieran sido elegidos por las empresas precisamente en atención a su ubicación geográfica en Estados de inferiores condiciones laborales.⁴³⁰ De este modo, se logra alcanzar una adecuada protección contra el dumping social y los problemas de deslocalización antes comentados, en atención a que el espacio donde el teletrabajador se encuentra pierde toda relevancia frente de aquél donde su trabajo es efectivamente ejecutado, hasta el punto de resultar indiferente.⁴³¹

Adicionalmente, debemos tener presente lo manifestado por Serrano Olivares, en el sentido que "*(...) la idea apuntada por parte de la doctrina según la cual en Derecho Internacional Privado la importancia del lugar de trabajo es inversamente proporcional a la cualificación del trabajador en la empresa, de tal suerte que cuanto más alta es esta menor relieve tiene el lugar de prestación de sus servicios y, por contra, mayor importancia adquiere la relación de aquél con el establecimiento contratante, la cláusula de excepción conducirá en tales casos a la aplicación de la ley del país del establecimiento que contrató al trabajador*";⁴³² logrando así alcanzar una mayor protección para los teletrabajadores poco calificados, a los cuales les será imposible negociar con su empleador una cláusula adecuada de legislación aplicable, por no decir condiciones laborales decentes, en atención a la situación de disparidad frente a éste, la misma que se verá acrecentada por la distancia física que los separa.

De esta forma, la ley de cumplimiento de la obligación, reinterpretada como aquella donde es ejecutada virtualmente la prestación, expresa un ideal de justicia

⁴³⁰ MÁRQUEZ PRIETO, A. (1998). "Ley aplicable a la relación individual de trabajo cuyos servicios los presta el trabajador mediante telered", En: Actualidad Aranzadi, N.º. 355. pp. 4. Citado por SANGUINETI RAYMOND, 2003. pp. 73.

⁴³¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. <<El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social>>. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁴³² SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp. 1263.

formal, en la medida en que se considera que la ley del lugar de ejecución habitual del trabajo es la que mejor responde a la finalidad de protección de la parte más débil.⁴³³⁻⁴³⁴

Resulta pertinente señalar que la presente hipótesis es de aplicación únicamente para aquellas modalidades de teletrabajo que permiten un contacto permanente e interactivo con el empleador, con lo cual, las modalidades de teletrabajo como la *one way line* o la *modalidad off line*⁴³⁵ quedarían sometidas a las mismas reglas de determinación del *ius* que en los casos de trabajadores comunes,⁴³⁶ en atención a que las referidas modalidades no involucran en realidad una verdadera prestación de teletrabajo por la ausencia de interactividad en tiempo real.

Como puede apreciarse, la presente reinterpretación del criterio del derecho internacional -lugar de ejecución-, presenta la ventaja de posibilitar la unificación de condiciones de trabajo de todos los teletrabajadores dependientes de un mismo establecimiento, con independencia del lugar físico de su ubicación, evitando así los riesgos de dumping social en los casos en que el establecimiento en cuestión se localice en países desarrollados.⁴³⁷ En sentido similar se ha pronunciado el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, señalando en su

⁴³³ Ibídem.

⁴³⁴ Thibault, con relación a la legislación y doctrina europea, nos señala que: "(...), la escasa doctrina que hasta el momento se ha pronunciado sobre la ley aplicable en el teletrabajo transfronterizo ha considerado sin embargo que, en virtud de la ratio y el tenor de la Directiva 96/71, ésta no debe aplicarse únicamente cuando el teletrabajador se desplace físicamente, sino también en todos aquellos supuestos en los que el teletrabajador realiza su prestación de manera interactiva (on line) para una empresa situada en otro país comunitario". Lo Faro, A., "Politiche comunitarie e diritto internazionale". En: Gaeta, L. y Pascucci, P. *Telelavoro e diritto*, Giappicheli, Milán, 1998, pp. 227 a 231. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. 2000. pp. 266.

⁴³⁵ Las definiciones de ambas modalidades se encuentran en los puntos 3.1.1 y 3.1.2 del primer capítulo.

⁴³⁶ MAYOR SÁNCHEZ, Luis. 2008. pp. 404.

⁴³⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp.1266.

numeral cuarto que los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa dentro del marco de la Comunidad Europea;⁴³⁸ con lo cual, se garantiza la igualdad de trato de los teletrabajadores con el resto de trabajadores de planta, sin importar la ubicación espacial de los primeros frente a los segundos.⁴³⁹

Sin embargo, como bien señala Sanguinetti, no deja de ser arriesgado considerar como lugar de cumplimiento exclusivamente aquel en que se sitúa el destinatario de la prestación, con la consiguiente negación de cualquier relevancia al de ejecución material de las tareas, a falta de una declaración normativa expresa en tal sentido;⁴⁴⁰ sumando a esto el alto nivel de discrecionalidad judicial y, por ende, de inseguridad jurídica, dicha reinterpretación podría ocasionar mayores perjuicios que beneficios para aquellos teletrabajadores que tengan la dificultad en poder demostrar, en sede judicial, el lugar de establecimiento de su empleador por la naturaleza altamente tecnológica que puede incluir una serie de conexiones o enlaces con más de un

⁴³⁸ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo:
(...)
4) Condiciones de empleo
En lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.
Más información en: <http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>. Fecha de consulta, 02 de diciembre de 2009.

⁴³⁹ Guardando las distancias conceptuales, es bueno precisar que similar espíritu homologador de derechos contiene el Convenio 177 de la OIT, referido al Trabajo al domicilio, el mismo que en su artículo 4º establece como obligación de los Estados contratantes, el promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. Señalando inclusive que la igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; la remuneración; la protección por regímenes legales de seguridad social; el acceso a la formación; la protección de la maternidad. Con lo cual, la idea de referencia para efectos de que la legislación aplicable sea la del Estado contratante no es para nada extraña en el ordenamiento internacional.

⁴⁴⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. 2003. pp. 83.

servidor internacional o application hosting⁴⁴¹ para llegar finalmente al servidor central de su empleador.

Ante un escenario tan adverso como el planteado, en los que la empresa funcione exclusivamente en red mediante servicios de hosting, (es decir, la utilización de servidores arrendados) los tribunales deberán echar mano del principio de la primacía de la realidad, reinterpretado en el contexto altamente tecnológico en el que se desenvuelve y, en consecuencia, más allá de las apariencias referidas a los puntos de conexión informática, deberá determinarse en virtud de la naturaleza propia del teletrabajo el lugar de destino efectivo de la prestación.

A la postre, en el supuesto de que la prestación virtual se realice efectivamente en más de un servidor ubicados en distintos países de destino, con lo cual existiría un conflicto en determinar cual es el lugar de ejecución de la prestación laboral (a modo de ejemplo el caso de un 'ingeniero de sistemas' que tiene acceso permanente a todos los servidores de las sucursales de una empresa en todo Sudamérica), tenemos lo que la doctrina más recibida propone como la aplicación del principio protector, que en el presente caso, consistiría en optar por la aplicación de la norma más favorable para el trabajador, entre las razonablemente aplicables.⁴⁴²

Conforme nos señala Ermida, "*[l]a aplicación de la norma más favorable no es más que un complemento de la lex loci executionis, fundamentada, por un lado, en las mismas*

⁴⁴¹ Application Hosting: Servicio que permite a un usuario que tiene una licencia indefinida para el uso de un programa de instrucciones para computadoras (software), celebrar un contrato con una entidad hospedante por el cual ésta carga el citado programa de instrucciones en servidores operados por ésta y que son de su propiedad. El hospedante provee de soporte técnico. El cliente puede acceder, ejecutar y operar el programa de manera remota.

⁴⁴² ERMIDA URIARTE, Oscar. "Empresas multinacionales y Derecho Laboral". Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio N. Fernández, 1981. pp. 166.

razones que determinan la competencia de la ley del lugar de ejecución."⁴⁴³ En atención a que, la ley de cumplimiento se presenta cuando la relación se desarrolla íntegramente en el territorio de un sólo Estado, mientras que la aplicación de la norma más favorable se presenta cuando la relación se desarrolla sucesivamente en los territorios de varios Estados,⁴⁴⁴ como en el caso antes planteado es plenamente viable la aplicación del referido principio al caso en concreto.

Advirtiendo que el principio de la norma más favorable es aquel principio que actúa cuando dos normas o más inciden sobre un mismo hecho, manteniendo esta una relación de divergencia o de concurrencia conflictiva, debiéndose en tal caso aplicar aquella que conceda mejores derechos al trabajador,⁴⁴⁵ para el caso planteado, el del ingeniero de sistemas que tiene acceso permanente a los servidores de las sucursales nacionales de una empresa en todo Sudamérica, deberá aplicársele la norma laboral más favorable, dentro de las legislaciones extranjeras vigentes, de los países en los cuales se encuentre efectivamente comprobada su prestación laboral, aunque sea virtual.

Para concluir, de manera puntual, nos referiremos al último criterio de solución de conflicto normativo internacional que nos presenta el artículo 2095° de nuestro Código Civil, esto es el de la ley del lugar de celebración del contrato, el mismo que propone la aplicación de la ley del Estado en donde se celebra el contrato de trabajo. Como bien señala Cornejo, la ventaja práctica de este criterio parte de la concepción que la ley del lugar de celebración es única, fija y nunca ausente, sin embargo, estas son sólo ventajas aparentes. "*Se le cuestiona porque se trata de un dato externo al contenido del contrato muchas veces señalado accidentalmente; y porque*

⁴⁴³ Ibídem.

⁴⁴⁴ CORNEJO VARGAS, Carlos. "Vigencia de las normas laborales en el espacio. ..." Op. Cit. pp. 217.

⁴⁴⁵ Op. Cit. pp. 321.

no siempre es fácil determinar el lugar de celebración del contrato de trabajo”,⁴⁴⁶ en especial en situaciones de contenido altamente tecnológico que nos presenta el teletrabajo.

Por todo lo expuesto, somos de la opinión que el criterio de conflicto más adecuado para garantizar los derechos de los teletrabajadores peruanos y evitar consecuentemente situaciones de dumping social, y desincentivar situaciones de deslocalización laboral, es la aplicación de la 'ley de cumplimiento de la obligación laboral', complementada con la norma más favorable en caso de prestaciones en más de un Estado; eso sí, reinterpretadas dentro del contexto tecnológico que nos presenta el teletrabajo transnacional, siendo esta la ley del empleador, como beneficiario de la prestación laboral.⁴⁴⁷

3. Consideraciones finales

Resulta pertinente señalar que las soluciones nacionales antes presentadas van a resultar insuficientes, por cuanto antes de significar un freno a los intentos elusivos, van a significar un aliciente para el desplazamiento de puestos de teletrabajo hacia otros destinos no sujetos a los referidos límites, y de esta forma, se perderían las enormes ventajas que el teletrabajo nos puede reportar como país en desarrollo. Como señala Thibault, “[l]a exportación de trabajo incrementa las oportunidades de empleo en el país de acogida y frena así la presión migratoria en los

⁴⁴⁶ CORNEJO VARGAS, Carlos. “Vigencia de las normas laborales en el espacio...”. Op. Cit. pp. 213.

⁴⁴⁷ Cabe señalar que esta opinión no sería posible llevarla a cabo en el caso que se llegue a promulgar la Ley General del Trabajo, la misma que según su anteproyecto tendría en su artículo XIX una norma expresa que dispone que la ley peruana es la aplicable a las relaciones laborales cumplidas en el extranjero si el contrato de trabajo se hubiera celebrado en el Perú, con lo cual teniendo en cuenta que el lugar de celebración del contrato de trabajo, será el Perú, en la medida que este sea el lugar de residencia del teletrabajador, punto donde se lleve a cabo el perfeccionamiento del contrato a través del acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador, no siendo así posible considerar como norma aplicable la del lugar de destino como el de la prestación, por cuanto la norma peruana será la única aplicable.

*países más desarrollados*⁴⁴⁸ así como reportar los beneficios en orden a la mejora de los métodos tecnológicos, de producción y de trabajo, y respecto de la calificación y formación profesional de los trabajadores”.⁴⁴⁹

Después de todo, como bien nos recuerda Ermida citando a Gutiérrez Solar, “ (...) *las regulaciones nacionales no pueden dirigir dinámicas internacionales*”,⁴⁵⁰ con lo cual, la búsqueda de soluciones para afrontar los problemas propios de los procesos de deslocalización, se encuentran fuera de nuestro ámbito nacional, debiendo buscar alternativas que cuenten con una amplia eficacia horizontal, o de lo contrario deberán caracterizarse por la moderación si no quieren terminar favoreciendo el desplazamiento de estas labores hacia destinos incluso menos protectores.⁴⁵¹

La propuesta de una normativa unificada a nivel internacional sobre Internet y teletrabajo por parte de la OIT⁴⁵² sería una alternativa adecuada, sin embargo, es bueno recordar que la eficacia de la misma se encontrará siempre sujeta a la ratificación de los países suscriptores. Otra posibilidad consiste en recurrir a la autonomía colectiva, mediante la celebración de acuerdos marcos entre los representantes de los teletrabajadores y empleadores, como el llevado a cabo en Europa, en las que se impongan el respeto de ciertas condiciones mínimas de trabajo en los contratos de teletrabajo transnacional celebrados con el personal situado fuera de las fronteras nacionales, incluyendo a los subcontratistas o

⁴⁴⁸ Jacobs, A., “Telework- The international dimension”. En: *The social implications of teleworking*, Joint Comission/ European Foundation Conference, 30-31 mayo 1996, pp. 2. Citado por THIBAUT ARANDA, Javier. 2000, pp. 263.

⁴⁴⁹ Ibídem.

⁴⁵⁰ ERMIDA URIARTE, Óscar. 2008, pp. 550.

⁴⁵¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁴⁵² SERRANO OLIVARES, Raquel. 2001. pp.1258-1259.

proveedores externos.⁴⁵³⁻⁴⁵⁴ Ambos caminos parecen ser actualmente los más acertados para responder adecuadamente a las contingencias presentadas por el teletrabajo transnacional.



⁴⁵³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico". pp. 6. Artículo publicado en Foro Jurídico. Revista de Derecho, Lima, 2007, N.º 7, pp. 151-156. En el blog de Wilfredo Sanguinetti en: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>. Fecha de consulta, 03 de agosto de 2009.

⁴⁵⁴ Como bien señala Sanguinetti, el hecho de que, al menos a los efectos que aquí se vienen considerando, el teletrabajo y las modalidades de outsourcing informático sean capaces de operar como fórmulas en buena medida intercambiable, conduce a plantear la conveniencia de una regulación integral del fenómeno o al menos paralelo de ambas modalidades de organización "virtual" del trabajo. "En virtud de ello, cualquier intento de ordenación del teletrabajo offshore pensado en clave de tutela que no integre o venga acompañado de otro de la subcontratación remota de servicios a nivel internacional, sólo serviría para desincentivar su empleo a favor de ésta última". Más información en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto. "Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo". 2003. pp. 53.

CONCLUSIONES

- 1°. La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación sobre las relaciones laborales es profunda y múltiple, proyectándose como una herramienta promotora de la división del trabajo en la empresa y causante de la descentralización interna. Este fenómeno no conlleva una división jurídica ni económica de la empresa, que se mantiene en un régimen de unidad, sino que supone la creación de unidades productivas autónomas o centros de trabajo con cierto grado de independencia funcional, que se traducen en tantos niveles de autoorganización como de capacidad productiva propia.

En este contexto, el teletrabajo viene a ser un reflejo de estas medidas, al ser una forma flexible de organización de trabajo que consiste en el trabajo a distancia, prestado por una persona, por cuenta ajena, bajo subordinación, mediante el uso de sistemas de las nuevas tecnologías, que le permite al trabajador mantener una verdadera línea de interactividad con los sistemas de información de su empleador, a efectos de que su trabajo pueda ser realizado fuera del local de la empresa de forma tan regular como si fuera ejecutado dentro de la misma.

- 2°. Una prestación laboral para ser considerada teletrabajo debe compartir los siguientes elementos:
- Elemento espacial.
 - Elemento tecnológico.
 - Elemento organizativo.
 - El elemento jurídico: la subordinación.
- 3°. El teletrabajo implica, en primer lugar, que el trabajador se encuentre ubicado físicamente fuera del centro de producción. (**elemento especial**)

En segundo lugar, el teletrabajo supone la presencia de un **medio tecnológico**, que le permita al trabajador participar del conocimiento de la empresa de forma tan regular como si se encontrase físicamente en la misma.

Este criterio establece una línea divisoria entre los teletrabajadores que participan en el conocimiento de la empresa vía telemática, de los simples trabajadores a domicilio que utilizan la informática solamente para desarrollar su trabajo, y en especial de todos aquellos trabajadores que fuera del marco organizativo empresarial prestan servicios como trabajadores autónomos o freelances para distintas empresas, en forma esporádica o temporal, sin que la presunta conexión con la empresa para la que trabajan sea determinante únicamente para recibir datos y enviar resultados, nunca para participar en el conocimiento de la empresa.

El **elemento organizativo** va a determinar un nuevo marco laboral, sustancialmente diferente del comúnmente establecido, que involucra para la empresa un nuevo esquema de dirección y supervisión del trabajo y al trabajador en algo parecido a ser casi su propio jefe, sin dejar de estar subordinado por su empleador.

Y por último, la subordinación, como el **elemento jurídico** que se desarrolla por medio de las nuevas tecnologías que permite un acercamiento “virtual” entre el empleador y el teletrabajador, generando en ocasiones una dependencia más intensa que aquella que existe cuando se realiza labores en el interior de la empresa.

- 4°. Las distintas prestaciones de teletrabajo se clasifican en tres grandes grupos: (i) la primera en función del tipo de conexión; (ii) la segunda en función del lugar

donde se realiza del teletrabajo; y (iii) la tercera en función de su vinculación con el trabajo ordinario; como se observa en el siguiente cuadro:

<p>Clasificación en función del tipo de conexión</p>	<ul style="list-style-type: none"> • On line o conectado: <ul style="list-style-type: none"> ➢ One way line o en un solo sentido ➢ Two way line o en doble sentido (consideramos que esta es en estricto la verdadera modalidad del teletrabajo) • Off line o desconectado
<p>Clasificación en función del lugar desde donde se ejecuta el teletrabajo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Teletrabajo en casa • Teletrabajo en telecentros • Teletrabajo móvil o itinerante
<p>Clasificación en función de la vinculación con el trabajo ordinario</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Teletrabajo pendularista • Teletrabajo absolutamente externo

5°. Los elementos que tipifican el trabajo a domicilio, conforme el artículo 87° de la LPCL, son: (i) la libre elección del lugar de la prestación y necesariamente fuera del centro de trabajo; (ii) la ejecución de manera temporal y discontinua; y (iii) la ejecución de la prestación sin la supervisión directa e inmediata del empleador. El teletrabajo', como marco teórico, no comparte ninguno de estos elementos, en atención que:

- En el teletrabajo no se da la libre elección del lugar de la prestación, por cuanto en ocasiones puede venir impuesto por parte del empleador y, en especial, porque la ubicación del trabajador puede resulta irrelevante dado que la prestación del servicio siempre se brindará en la empresa, gracias al acercamiento producido por las TICs.
- En el teletrabajo, la estructura organizacional, no puede ser de naturaleza temporal y discontinua, por cuanto involucraría para el empresario enormes

sobrecostos de reemplazo de equipos informáticos (hardware), y la no utilización de una serie de programas informáticos adquiridos (software de vigilancia electrónica, infraestructuras de intranet, entre otros), así como la reposición de oficinas, mobiliario y, de ser el caso, la recomposición de sus estructuras de mando intermedio; es decir, un retorno a una estructura de empresa tradicional, grandes oficinas, gran número de empleados, marcaje de tarjetas, entre otros, lo cual resulta totalmente inviable.

- Pese a que el teletrabajo involucra un alejamiento físico entre el teletrabajador y su empleador, en este sí se da un control permanente por medio de las nuevas tecnologías, que permite a los empleadores ejercer una supervisión de tipo directo e inmediato, muy diferente del trabajo a domicilio, pese a que los teletrabajadores, en ocasiones, organizan libremente su labor y horarios (como los trabajadores a domicilio), siempre estarán sometidos al poder de dirección (inicial y sucesivo) del empresario.
- 6°. La ausencia de una regulación ad hoc para el teletrabajo, nos exige recurrir a un sistema de indicios basado en el tipo de supervisión electrónica llevada a cabo por el empleador, a efectos de adoptar el tipo de regulación legal adecuado a la prestación laboral realizada mediante el uso de nuevas tecnologías y de esta forma suplir el vacío legal presentado. Son tres las opciones propuestas:
- La del trabajador subordinado del régimen común, (esto es las normas de la LPCL, excluyendo las del trabajador a domicilio) cuando sea posible detectar la existencia de un control continuo y directo sobre la actividad del trabajador.

- La del trabajador a domicilio (regulado en el artículo 87° y siguiente de la LPCL), cuando el poder de dirección empresarial se manifieste exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de su resultado. Aun cuando para dichas acciones medie la utilización de las nuevas tecnologías, pero no se presente la interactividad; y
 - La del trabajador autónomo (las contenidas en el Código Civil), cuando ninguna de las notas antes señaladas comparezca en la realidad. El deudor de la promesa de trabajo es el organizador y director de su propia actividad. Cuenta con una organización de medios propia (inclusive personal a su cargo) y desarrolla su labor libremente, sin estar sometido a las directrices de un empresario.
- 7°. La decisión de emplear el teletrabajo en una empresa involucra plantear una estructura organizativa distinta de la de una empresa tradicional, acción que escapa al ejercicio del *ius variandi*, por suponer una modificación del contenido mismo del contrato, al suponer una modificación radical en la forma de la prestación laboral, referidos al modo de la retribución, la jornada de trabajo, el sistema de trabajo y control, etcétera.

La transición del trabajo interno al teletrabajo en un telecentro o al trabajo móvil constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La capacidad de esta imposición razonable por parte del empleador, dependerá de la posición asumida referente a la lectura del artículo 9° de la LPCL.

Por el contrario, la aplicación del teletrabajo a domicilio presenta un escenario totalmente distinto referido a una modificación del régimen laboral; el mismo que exige necesariamente el acuerdo de ambas partes para realizar una novación

contractual, en la cual se extingue un régimen laboral, el del contrato de trabajo común, para dar paso al régimen del trabajo a domicilio, por la carencia de un régimen particular que regule el teletrabajo por el momento en el país.

- 8°. Dentro de las atribuciones del poder de dirección del empleador se encuentra la facultad fiscalizar al trabajador. Debido al distanciamiento físico que involucra el teletrabajo, el ejercicio de dicha facultad se desarrolla de forma informática, a esto se le llama fiscalización electrónica.

Los límites de la fiscalización electrónica se circunscriben a los siguientes resultados:

- Las políticas de monitoreo no tienen la necesidad de acceder a los contenidos de los programas o correos realizados por el teletrabajador, sino exclusivamente a realizar un análisis de aspectos cuantitativos que indaguen el tipo de programas o aplicaciones utilizadas, tipos de páginas web consultadas, cantidad de correos enviados.
 - La vigilancia electrónica al ser un mecanismo de fiscalización realizado a través de circuitos cerrados de televisión, videocámaras y sistemas de audio puede ser mucho más penetrante e invasiva que los sistemas tradicionales, de ahí que, dicho mecanismo debe recaer solamente sobre el quehacer profesional del teletrabajador y no así sobre su esfera privada.
- 9°. La remuneración a percibir por todo teletrabajador debe ser exactamente la misma que por todo concepto percibe un trabajador normal de su misma empresa y categoría que realice el mismo tipo de trabajo, en atención a que el desarrollo de las TICs permite que el nivel de productividad y horas laboradas, no se vea afectado pese al distanciamiento físico propio del

teletrabajo, hecho plenamente comprobable por el empleador a través de los mismos instrumentos informáticos utilizados para la ejecución de la prestación laboral.

- 10°. No procede considerar como excluido de la jornada máxima a los teletrabajadores, en la medida que el teletrabajo no involucra la ausencia de supervisión. Sin embargo, la medición del trabajo, tiempo de dedicación, producción, etc., debería realizarse bajo parámetros diferentes, debiendo fijarse como referencia la de la jornada de trabajo establecida en la empresa y sobre ella efectuar los cálculos correspondientes a dedicaciones, productividad, etc. de forma que se mantenga la igualdad entre los diferentes trabajadores de la empresa.

De ahí que, podamos señalar que las definiciones contenido en el artículo 10° del D.S. N° 008-2002-TR, no fueron pensadas en función del teletrabajo y, en consecuencia, podemos considerar como comprendidos dentro de la jornada máxima a los teletrabajadores que pese a encontrarse fuera del centro de trabajo, sí se hallan sujetos a sistemas de fiscalización inmediata a través de las nuevas tecnologías.

Con lo cual, resulta lógico generar a favor de los teletrabajadores el pago de sobretasas por todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria de trabajo. El mecanismo para llevar a cabo el control de las horas extras se realizará a través de las mismas herramientas informáticas que resultan necesarias para llevar a cabo la prestación, esto es, la informática.

- 11°. La teledisponibilidad al involucrar la carga para el teletrabajador de estar disponible para ser llamado a prestar servicios oportunos y efectivos a favor del

empleador, debe ser remunerada independiente de la prestación eventualmente efectuada, la cual a su vez, en cuanto se realice fuera del horario normal de trabajo, tendrá la consideración de hora extraordinaria, con el pago de las sobretasas establecidas en el artículo 10° de la LJTS.

Resulta necesario modificar el contenido del artículo 5° de la LJTS y el artículo 10° de su reglamento a fin de considerar la teledisponibilidad como parte de la jornada de trabajo y regular sus límites temporales, remunerativos, o compensatorios con tiempos de descanso efectivo, a fin de evitar situaciones de abuso por parte del empleador de imponer severas restricciones e incomodidades a los teletrabajadores en su tiempo de no trabajo.

- 12°. El teletrabajo involucra una serie de dificultades para el adecuado ejercicio del derecho a la libertad sindical, debido a la dispersión geográfica de la masa laboral. Problemas como los de adscripción de los teletrabajadores a un centro de trabajo, se reflejan principalmente para organizaciones sindicales infraempresariales, por cuanto el criterio locativo puede ser muy variado y, por no decirlo, confuso dentro del escenario que nos presenta el teletrabajo.

Teniendo presente que el teletrabajo involucra una conexión directa con el servidor de la empresa principal y la posibilidad de interacción en tiempo real, cabe plantear la posibilidad de que el verdadero centro de trabajo sea el lugar donde se encuentre el servidor central del empleador, donde se establece y mantiene su presencia el teletrabajador aunque sea de forma virtual, sin distinción respecto del resto de trabajadores que cumplieron sus labores físicamente en el centro de trabajo de la empresa, no debiendo así existir diferencia alguna con estos.

- 13°. El mejor tipo de negociación para el colectivo de teletrabajadores dentro de un escenario de dispersión geográfica de la masa laboral, es la existencia de una negociación articulada, donde un sindicato gremial de teletrabajadores, que en el ámbito de su competencia (local o nacional) proteja las principales reivindicaciones de este gremio, para que en una negociación de menor nivel, como el de empresa, negocie las reivindicaciones propias del puesto de trabajo.
- 14°. La imposición hacia el empleador de otorgar facilidades tecnológicas a favor del sindicato (como el otorgar un dominio web o cuentas de correo electrónico) para suplir los inconvenientes en la difusión sindical que nos presenta el teletrabajo, no superaría el test de ponderación de derechos, al existir medidas más moderadas para la consecución de tal propósito con igual eficacia.

Cumplimos con mencionar las siguientes:

- La obligación de brindar en su página web un hipervínculo permanente con la página web del sindicato, a fin de que todo teletrabajador que desee tener contacto con su sindicato, pero que no conozca el dominio o dirección electrónica de este, pueda acceder a él a través del enlace contenido en la página web de su empleador.
- La obligación brindar al sindicato la dirección del domicilio real y el correo electrónico de todos los teletrabajadores de la empresa, sin restringir el ingreso de correos electrónicos del sindicato a la bandeja de entrada del correo de sus teletrabajadores a través de programas de filtros informáticos.

15°. Todo convenio colectivo referido al teletrabajo debe referirse, como mínimo, a los siguientes puntos:

- **Carácter voluntario y el derecho de reversibilidad.-** El papel del sindicato radica en asegurar la voluntariedad del trabajador tanto en su paso al teletrabajo como en su retorno al trabajo en la empresa. La importancia del papel del sindicato de resguardar el derecho de reversibilidad parte del marcado carácter experimental de la implementación del teletrabajo en una empresa en marcha.
- **Condiciones de empleo y derechos laborales.-** Las negociaciones colectivas deben resguardar que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos garantizados por el marco general de la LPCL y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que trabajan en los locales de la empresa. La ausencia de marco normativo sobre los beneficios laborales de los teletrabajadores permite recalcar el papel predominante de la negociación colectiva como motor de regulación.
- **Equipamiento.-** La transición de trabajador común a teletrabajador involucra un sacrificio de tipo económico, al destinar parte de su espacio personal (su hogar) a realizar tareas cuyo beneficio directo va en ser a favor del empleador (en virtud de la ajenidad que involucra toda relación laboral), con lo cual, es menester del sindicato asegurar que el referido sacrificio sea en la menor medida contraproducente para el trabajador.
- **Cuota participativa del sindicato en la organización del trabajo y la gestión del personal.-** El compromiso de creación de grupos de trabajo y de comisiones paritarias ad hoc para controlar el desarrollo y los resultados de la aplicación del teletrabajo, permite que los representantes sindicales

tengan un papel de primer orden en el control de las condiciones de la prestación de trabajo remoto, amén de permitir una práctica de negociación abierta sobre los contenidos del teletrabajo, al preverse la posibilidad de renegociar el acuerdo durante su vigencia dentro del contexto experimental de la implementación del teletrabajo que exige la posibilidad de ajustes durante su puesta en funcionamiento.

- 16°. Resulta necesario analizar el ejercicio del derecho a huelga de los teletrabajadores a la luz de la concepción tradicional del mismo, que la define como la suspensión colectiva del trabajo, acordada mayoritariamente, y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo.

Las características más resaltantes del derecho a huelga de los teletrabajadores desde una concepción clásica son:

- **La suspensión del trabajo** para el caso del teletrabajo se manifiesta en la acción de dejar de atender las labores encargadas vía red; no contestar los correos electrónicos o llamadas telefónicas, entran en el supuesto de la norma, por involucrar una interrupción de las labores.
- **La realización en forma pacífica** elimina toda posibilidad por parte de los teletrabajadores de utilizar el sabotaje informático como medida de presión colectiva, estando impedidos de introducir virus informáticos, ya sea en la computadora a su cargo, así como al servidor de su empleador. Asimismo, estarán impedidos de destruir los equipos informáticos, así como los discos duros, las bases de almacenamientos, software, hardware, que su empleador les hubiera proporcionado en razón de sus funciones.

- **El abandono del centro de trabajo** se configura en el teletrabajo a través de la desconexión del teletrabajador con el servidor de la empresa, de esta forma, este último retira su presencia virtual de la empresa. Cabe señalar que, la categoría de ocupación ilegal del centro de trabajo o de sus dependencias no puede extenderse al domicilio del teletrabajador.

17°. El teletrabajo “offshore” o transnacional, involucra la capacidad del empresario de contratar mano de obra de cualquier parte del mundo sin tener que desplazarse, sin necesidad de contar con un establecimiento en el país de destino, y con la ventaja de la práctica irrelevancia del tiempo de transmisión de resultado productivo, todo gracias al uso de las nuevas tecnologías. Esta modalidad involucra la presencia de una relación de trabajo internacional.

Esta modalidad es acusada de promover situaciones graves de dumping social o maquilas informáticas en países de poca regulación o nula protección laboral, al ser visto como un instrumento de elusión, que sustrae al propio trabajador de la tutela que le sería reconocida por el ordenamiento jurídico del país en la que su prestación es efectivamente aprovechada.

18°. En materia de teletrabajo, el Perú no tiene ningún tratado particular al respecto, con lo cual el Juez peruano tendrá que remitirse de forma supletoria al Libro X del Código Civil, para determinar su competencia. El artículo 2057° del Código Civil resulta aplicable para una relación de teletrabajo internacional, en la medida que el empleador sea el que domicilie en el Perú, indistintamente de su nacionalidad, por cuanto la cita legal invocada dispone que la regla general es que el juez peruano es el competente, siempre que el demandado domicilie en el Perú.

19°. Sin embargo, en situaciones en las que la prestación del teletrabajador peruano sea efectiva fuera del país, la regla general del artículo 2057° del Código Civil no sería de aplicación; teniendo que recurrir a los factores de atribución de los numerales 2 y 3 del artículo 2058° del Código Civil, los mismos que reinterpretados dentro del contexto de una relación laboral deberán ser entendidos como la competencia de los tribunales nacionales cuando en algún momento relevante de la relación laboral, ya sea su constitución o su ejecución, esto ocurra en el territorio peruano o cuando las partes se someten a dicha jurisdicción

Teniendo presentes las contingencias que pueden significar para el trabajador el demandar ante tribunales internacionales, que pueden limitar el adecuado ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, resulta necesario ofrecer al trabajador en su rol de demandante, la posibilidad de poder demandar al empresario ante los tribunales de su propio domicilio (esto es, los peruanos), pudiendo a su vez optar por demandarlo ante los tribunales del lugar de la prestación habitual de los servicios, o bien, en caso de teletrabajadores móviles que no prestan sus servicios con carácter habitual en un sólo Estado, ante los tribunales del lugar del establecimiento contratante.

20°. Con relación a la ley aplicable, el artículo 2095° del Código Civil señala que las obligaciones laborales internacionales se rigen por:

- La ley designada por la autonomía privada;
- A falta de esta, la del lugar de cumplimiento, si se ha producido en un sólo país, o del cumplimiento de la obligación principal, si ha ocurrido en varios;
- Y en defecto de esta, la ley del lugar de celebración del contrato.

- 21°. La autonomía privada, está delimitado en forma estricta para proteger a la parte débil del contrato. Teniendo presente que al teletrabajo se le imputa el fenómeno del dumping social, lo correcto sería cancelar la posibilidad de la libre elección de la ley aplicable en materia laboral.
- 22°. La ley del lugar de cumplimiento propone como solución la aplicación de la ley del Estado en donde se ejecuta la relación de trabajo internacional. Dentro del contexto del teletrabajo, es necesario una relectura y no considerar como lugar de ejecución el del domicilio del teletrabajador, sino el de ubicación del servidor del empleador. De esta forma, el derecho aplicable a la relación de trabajo internacional será con carácter excluyente y sin excepciones, la legislación del empleador contratante, considerado como el lugar de ejecución de la prestación misma y no así la legislación peruana.
- 23°. Las soluciones nacionales antes presentadas, si bien pueden evitar que nuestra normatividad laboral sea susceptible de ser instrumentalizada con gran facilidad al servicio de estrategias puramente elusivas, a su vez también pueden promover un aliciente para el desplazamiento de puestos de teletrabajo hacia otros destinos no sujetos a los referidos límites.

De ahí que, consideremos que la búsqueda de soluciones para afrontar los problemas propios de los procesos de deslocalización, se encuentran fuera de nuestro ámbito nacional, debiendo buscar alternativas que en principio otorguen una amplia eficacia horizontal. Propuestas como la de una normativa unificada a nivel internacional sobre Internet y teletrabajo por parte de la OIT o recurrir a la autonomía colectiva, mediante la celebración de acuerdos marcos entre los representantes de los teletrabajadores y empleadores, parece lo más adecuado.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.
2004 Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo. 1ª Edición. Madrid: Editora Bomarzo
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia.
2001 Derecho del Trabajo. 19ª Edición. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- ARCE ORTIZ, Elmer
2008 Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias. 1ª Edición. Lima: Palestra Editores.
- ARMAS MORALES, Carlos Eduardo.
2005 "El Teletrabajo". Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la UNMSM. Lima, volumen 8, pp. 7- 11.
- 2010 "Sistema de contratación por medios electrónicos: manifestación de la voluntad y perfeccionamiento contractual". Fecha de consulta, 10 de marzo de 2010.
<http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/tesis/Human/Armas_M_C/Cap3%20.htm>
- BELZUNEGUI ERASO, Ángel
2002 Teletrabajo. Estrategias de Flexibilidad. 1ª Edición. Madrid: Consejo Económico y Social.
- BELLIDO ASPAS, Manuel.
2006 La utilización del correo electrónico como motivo de despido laboral. Empresa y Prueba Informática. Barcelona: Bosch Editor.
- BERNUY ALVAREZ, Oscar H.
2006 Regimenes Laborales Especiales. Lima: Real S.R.L.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.
2007 Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima: PUCP. Fondo Editorial.
- 2006 El despido en el Derecho Laboral Peruano. 2ª Edición. Lima: Ara Editores.
- BOZA PRÓ, Guillermo y otros
1994 Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada. 1ª Edición. Lima: Consultores Jurídicos Asociados.
- BOZA PRÓ, Guillermo.
2008 "La Protección Constitucional a la Libertad Sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)". En Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luís Aparicio Valdez. Lima: Grijley, pp. 333 - 359
- BUSINESSS.
1999 Teletrabajo: una opción creativa. Lima, año VI, volumen 60. pp. 32 – 33.

- CARIDAD SEBASTIAN, Mercedes y VIANELLO OSTI, Mariana,
2001 "La sociedad de la información: El Teletrabajo y el comercio electrónico". En Teletrabajo y Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- CASTELIS, Manuel.
2001 "Globalización, Tecnología, Trabajo, Empleo y Empresa". En: V Congreso Regional América de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima, Septiembre 16 -19, pp. 366
- CASTILLO GUZMAN, Jorge y otros.
2009 Compendio de Derecho Laboral Peruano. Ediciones Caballero Bustamante. Lima.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2006 Dictamen de la Comisión de Trabajo recaído en los Proyectos de Ley Nos. 67/2006-CR, 128/2006-CR, 271/2006-CR, 378/2006-CR, 610/2006-PE, 815/2006-CR, 831/2006-CR y 837/2006-CR, que proponen la Ley General del Trabajo. Consulta 18 de enero de 2010.
<<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/Dict-LGT-Final-14-05-07.pdf>.>
- 2007 Proyecto de Ley N°1610/2007-02, que regula el uso del Internet y correos electrónicos en centros laborales públicos y privados. Consulta,: 03 de septiembre de 2009.
<<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2007/trabajo.htm>>
- CORNEJO VARGAS, Carlos Alberto.
1999 "Vigencia de las normas laborales en el espacio. Una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano". En. Ius et veritas, Lima, año IX, número 19, pp. 202 - 220
- 1997 *Vigencia de las normas laborales en el espacio: una propuesta metodológica para la solución de conflictos de leyes en ordenamiento laboral peruano*. Tesis de licenciatura en Derecho con mención en Derecho Laboral. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, facultad de Derecho.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús.
2009 La Descentralización Productiva y su impacto sobre las relaciones laborales. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- CUENCA ALARCÓN, Miguel.
2009 La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa. Relaciones Laborales. Madrid, año XXV, N° 5-6, marzo. pp. 79-100.
- DELGADO BARRETO, César y otros.
2007 Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: agosto de 2007, Tomo II.

- DIMARTINO, Vittorio y WICH, Linda.
"Trabajo a distancia, En Condiciones de Trabajo Recopilación Trabajo a Distancia". Instituto de Seguridad e Higiene en el trabajo. pp. 13.
- ERMIDA URIARTE, Oscar.
2008 "Deslocalización, Globalización y Derecho de Trabajo". En Revista Jurídica del Perú. Lima, tomo 94, diciembre, p. 541 – 555.
- 1999 La Flexibilización de la Huelga. 1ª Edición. Madrid: Fundación de Cultura Universitaria.
- 1981 Empresas multinacionales y Derecho Laboral. Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio N. Fernández.
- ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ALVAREZ, Óscar.
2002 "Crítica a la subordinación". En *Ius et Veritas*. Lima, noviembre, número 25. pp. 281 – 295.
- Escuela de Organización Industrial
1998 Teletrabajo Incidencia Social y Económica – Posibilidades en España-. Madrid. Escuela de Organización Industrial y Retevisión.
- FERNÁNDEZ GAGO, Roberto y MIGUEL DÁVILA, José Ángel.
1998 "El Teletrabajo de Ficción a la Realidad". En *Capital Humano*. Madrid, abril, número 110.
- FERNÁNDEZ ROCHA, Sandra.
2001 "La nueva forma de trabajar: el Teletrabajo". En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año LI, número 29, pp. 117-123
- GALA DURÁN, Carolina.
2001 "Teletrabajo y sistema de Seguridad Social". *Relaciones Laborales*, Madrid, Tomo II, pp. 1189 - 1214.
- GARCÍA LÓPEZ, Fátima y MONJE JIMÉNEZ, Teresa.
2001 "Legislación Comunitaria y española aplicable al Teletrabajo". En *Teletrabajo y Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- LARREA ROSSI, Jorge.
2009 "EL Despido Motivado en el uso irregular del e-mail". *Dialogo con la Jurisprudencia*, Lima, octubre, número 133, pp. 39 - 48.
- 2009 "La Libertad sindical y el uso de los medios informáticos de la empresa". En *Actualidad Jurídica*, Lima, tomo 189, pp. 279. – 284.
- LORA ALVAREZ, Germán.
2006 ¿Puede el empleador controlar el e-mail e los trabajadores? En *Revista de Trabajo*, Lima, año X, número 14, pp. 44- 46
- MARAMBIO CATÁN, Gustavo.
2010 "Trabajo informático a domicilio". Fecha de consulta, 21 de septiembre de 2010.
<<http://www.laleyonline.com.ar>>

- MARGARY BRIGNOLE, Carlos Eduardo.
2003 "Breves apuntes sobre el Teletrabajo". En ACTUALIDAD JURIDICA, Suplemento mensual de GACETA JURIDICA. Lima, número 111,
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco y otros
2001 El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea. En Relaciones Laborales, Ciudad, Tomo II, Año, pp. 1215 - 1235
- MAYOR SÁNCHEZ, Luís.
2008 "La transnacionalización de la prestación de trabajo del teletrabajador". En JUS Doctrina y Practica, Marzo, Vol. N°03, pp. 393 - 407
- 2004 "El Teletrabajo o el trabajo en Internet y la ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores y el uso de las nuevas tecnologías en la sociedad de la información en la empresa virtual (segunda parte)". En la Revista Asesoría Laboral. Lima, septiembre, número 165, pp. 11 - 16
- 2007 "La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores: Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano". En Derecho y Sociedad, Lima, año, 18 número 28, pp. 275 - 281.
- 2006 El Teletrabajo y el trabajo a domicilio. Su influencia en el derecho laboral peruano. Consulta, 17 de enero de 2010.
<<http://74.125.93.132/search?q=cache:T6BAi21OTCcj:telecapacitados.tic.org.ar/archivos.php%3Fb%3D319+EL+TELETRABAJO+Y+EL+TRABAJO+A+DOMICILIO.+SU+INFLUENCIA+EN+EL+DERECHO+LABORAL+PERUANO&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>>
- MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN DE ARGENTINA
2007 Proyecto de Ley del Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia. Consulta, 27 de septiembre de 2010.
<http://www.trabajo.gov.ar/downloads/temasespeciales/teletrabajo_proyecto-de-ley.pdf>
- NEVES MUJICA, Javier.
2007 Introducción al Derecho Laboral. 2ª Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2005 "Derecho Colectivo del Trabajo". Material Inédito. En la Selección de textos del curso de Derecho Laboral General. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- NIEVES NIETO, Nuria.
2009 El uso de correo electrónico e Internet en la negociación colectiva. En Relaciones Laborales, Lima, año XXV, número 5 - 6, pp. 101 - 124

- NÚÑEZ PAZ, Sandro.
2010 Correo electrónico laboral. En el Diario Oficial El Peruano. Publicado el 10 de marzo del. pp. 15
- 2010 E-mail laboral: límites en su uso y control. Suplemento de análisis jurídico legal del Diario Oficial El Peruano. Publicado el 02 de febrero, pp. 8
- 2007 El correo electrónico laboral: límites en su uso y control. Lima: Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho
- Organización Internacional del Trabajo (OIT)
1995 Revista de la Organización Internacional del Trabajo. Número 14. Diciembre de 1995
- PARDO DE VERA, María Martín
2009 "El Teletrabajo". En Informática Jurídica.com. Fecha de consulta, 13 de junio de 2010
<<http://www.informatica-juridica.com/trabajos/teletrabajo.asp>>
- PÉREZ A., Santiago.
1999 "Teletrabajo: una opción creativa". En Business: negocios en el Perú, Lima, año 6, número 60, p. 32-33
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco.
2009 "El uso sindical de los medios informáticos". En Relaciones Laborales. Madrid, número 5-6, año XXV, pp. 53 – 66.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier.
2008 "El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)" En Relaciones Laborales. Nº 1, Madrid, pp. 549-557
- PINO ESTRADA, Manuel Martín.
2008 "Horas extras e Sobreaviso no Teletrabalho". En AR: Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi. No. 121. Fecha de consulta, 13 de junio de 2010.
<<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10729>>
- PIZARRO DIAZ, Mónica.
2006 "El teletrabajo en el Perú. ¿Es necesario una regulación especial?". En Actualidad Jurídica, Lima, Enero 2006. número 146, pp. 285 - 288
- 2006 La Remuneración en el Perú. Lima: Estudio González, Asociados.
- POSE, Carlos.
1997 Manual Práctico del Ius Variando. 1ª Edición. Buenos Aires: David Grinberg – libros jurídicos.
- PUNTRIANO ROSAS, Cesar.
2008 Aspectos Jurídicos Laborales del teletrabajo. En la Revista Asesoría Laboral, Lima, pp. 15-22

- 2004 El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación de los derechos colectivos de los teletrabajadores. En *Ius et veritas*. Lima, año 14, número 29, pp. 157-178.
- RAMIREZ COLINA, Sulmer Paola.
2003 "El Teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo". En *Revista Derecho y Tecnología del centro de Investigaciones en Nuevas tecnologías de la Universidad Católica del Táchira*, número 2, pp. 61 - 80.
- RODRÍGUEZ FOLGAR, Guillermo.
Año "El Teletrabajo - Resumen del trabajo doctoral de Javier Thibault Aranda y del libro del mismo nombre". En la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España*. Ciudad. N°26,
- RODRÍGUEZ -PIÑERO, D. Miguel (Director)
2007 Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica. Análisis del informe presentado por el Director General de la OIT, Juan Somavia, a la Conferencia Internacional del Trabajo 2006, bajo el título <<Cambios en el mundo del Trabajo>>. En *Relaciones Laborales*, Madrid, número I. pp. 113 – 126.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, D. Miguel.
Regulación jurídica del teletrabajo. Consulta de fecha 11 de diciembre de 2009.
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/46_NUEVAS_TECNOLOGIAS_Y/doc/Regulaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20del%20teletrabajo.pdf>
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, D. Miguel. (Director)
2001 Nuevas Actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- SACO BARRIOS, Raúl Guillermo.
2008 "Algunas consideraciones sobre la crisis del sindicalismo en el Perú". En *Trabajo y Seguridad Social – Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley. pp. 361 - 393
- 2007 "El teletrabajo" En *Derecho PUC*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, número 60, pp. 325 - 350.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo Alberto.
2009 TELETRABAJO (Voz para un diccionario jurídico). En el blog de Wilfredo Sanguineti. Consulta del 03 de agosto de 2009.
<<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/11/teletrabajo-voz-dic-montoya-wsanguineti.pdf>>
- 2007 El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico. En *Foro Jurídico*, Lima, año IV. Número 07. pp 151 – 156.
- 2005 "El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social". En el blog de Wilfredo Sanguineti. Consulta del 03 de agosto de 2009.

- <<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dt-frente-a-transnacionalizacion-del-empleo.pdf>>
- 2003 "Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España,
- 1996 CONTRATO DE TRABAJO Y NUEVOS SISTEMAS PRODUCTIVOS. En el blog de Wilfredo Sanguinetti. Consulta del 03 de agosto de 2009. <<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/ct-y-nsp-libro-para-blog-definitivo.pdf>>
- SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina,
 2006 "Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: Una Tipología Jurisprudencial". En Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías. Aranzadi, número 10, pp. 35-63.
- SERRANO OLIVARES, Raquel.
 2001 "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional". En Relaciones Laborales, número 23, tomo II. pp. 1237 – 1277
- 2000 Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica. Madrid: Consejo Económico Social.
- SORAINO CORTES, Dulce.
 2007 "La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones". En Relaciones Laborales, Madrid.
- THIBAUT ARANDA, Javier.
 2000 El teletrabajo: análisis jurídico-laboral. Madrid: Consejo Económico y Social.
- TOBIO, Miguel y CASADO, José Manuel.
 1995 "El Trabajo del Futuro". En Capital Humano, número 78, Suplemento Trabajo en Equipo, Madrid, Mayo. pp. 14- 24
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luís.
 2003 Guía Laboral. Guía Legal de Problemas y Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y PAREDES IRUJO, Claudia.
 2009 "Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador." En Dialogo con la Jurisprudencia, número 83, pp. 243-254
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.
 2009 Comentario del 26 de mayo a "¿Se pueden leer los e-mails de los trabajadores? Consulta del 09 de septiembre de 2009. <<http://www.semanaeconomica.com/users/17-jorge-toyama/blogs>>
- 2003 Modificaciones de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia. En Derecho y Sociedad, Lima, año 14, número 21, pp. 172 - 189

- 2005 Instituciones del derecho laboral, Lima, Gaceta Jurídica.
- TOSELLI, Carlos A y ULLA, Alicia C.
2001 La Cuestión del teletrabajo, en V congreso Regional América de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Septiembre 16 -19, Lima Perú, pp. 88-89.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2004 Expediente N° 1058-2004-AA/TC.
2004 Expediente N° 1469-2002-AA/TC.
2005 Expediente N° 045-2004-PI/TC.
2009 Expediente N° 03561-2009-PA/TC.
- TRIBUNAL FISCAL (Ministerio de Economía y Finanzas)
1999 Expediente N° 4396-98. Consulta, 09 de enero de 2010.

<http://tribunal.mef.gob.pe/Tribunal_Fiscal/PDFS/1999/4/1999_4_0560.pdf>
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (Sala de lo Social)
2005 Sentencia del 11 de abril 2005, RJ\2005\4060.
- TRUJILLO, José Antonio.
2000 "Teletrabajo: el nuevo paradigma laboral" En Business: negocios en el Perú, año 7, número 71, pp. 12 - 20.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES
2002 Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Consulta, 02 de diciembre de 2009.
<<http://www.ugt.es/teletrabajo/teletrabajo.htm>>
- VERDERA V, Francisco.
1998 Trabajadores a domicilio en el Perú-, Lima, Departamento de políticas de desarrollo OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo.
2007 "Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga" Cuadernos de Fundación N°11, Fundación Cultura Universitaria, 1° edición, p.49

2006 "La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI". En lus et veritas, número 31. pp. 205-214

1996 "La Estructura de la Negociación Colectiva. Bases Conceptuales y análisis del caso peruano". En Revista de Asesoría Laboral, Abril 1996. pp. 16-26

- ZAPLANA BRICEÑO, María Yolanda.
2008 "El uso sindical del correo electrónico por el Trabajador. Precisiones de la doctrina y la jurisprudencia". En Revista Jurídica del Perú, de Normas Legales, número 89, pp. 424 – 435.
- 2008 "El uso del e-mail laboral y los fines laborales". En Región Transparente. Revista Iberoamericana. Fecha de consulta, 05 de octubre de 2009.
<<http://www.grupoidd.org/regiontrans/movcopy.html>>

