

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

“La fiscalización en el teletrabajo”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR

Juan Carlos Fernandez Lostaunau

ASESOR:

Maria Katia García Landaburu

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20194536

2019

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende analizar brevemente la configuración de la potestad de fiscalización del empleador dentro del régimen laboral del teletrabajo, el cual – como característica principal – es que la prestación de servicios a favor del empleador se realiza fuera del centro de trabajo. La primera parte aborda la configuración legal y doctrinaria de la facultad de fiscalización del empleador, así como el desarrollo del derecho a la intimidad, haciendo énfasis en su contenido esencial, con el objeto de poder establecer las limitaciones que le genera el derecho a la intimidad a la potestad de fiscalización del empleador. La segunda desarrolla de forma general la configuración del teletrabajo en el marco normativo peruano, en la doctrina y; finalmente, la última parte aborda el análisis de los límites a la fiscalización del empleador dentro del marco del teletrabajo, analizando la normativa nacional, la doctrina y proponiendo casos en los cuales, basados en el test de proporcionalidad, podremos determinar que la limitación a la fiscalización de los teletrabajadores variará en relación a los casos en concreto, toda vez que tanto normativa como objetivamente, la justificación de la necesidad de fiscalización del empleador varía acorde a la actividad de desarrollar por el teletrabajador.



I. Esquema	
1	La potestad de fiscalización del empleador y el derecho a la intimidad 5
1.1	Potestad de fiscalización del empleador..... 5
1.2	Derechos fundamentales en la relación de trabajo..... 7
1.3	Contenido esencial del derecho a la intimidad..... 9
1.4	Límites de la potestad fiscalizadora del empleador frente al derecho a la intimidad del trabajador..... 11
2	El teletrabajo y los límites a su fiscalización..... 13
2.1.	Aspectos generales del teletrabajo..... 13
2.2.	Modalidades de teletrabajo..... 14
2.3.	Suministro de medios para la realización de las labores del teletrabajo y formas de control..... 17
3.	Límites razonables a la potestad fiscalizadora del empleador frente al derecho a la intimidad del teletrabajador..... 24
4	Conclusiones..... 33
II.	Bibliografía 35

Introducción

Con el acelerado avance de las tecnologías de la información y comunicaciones - TIC, las relaciones interpersonales han sufrido modificaciones tangibles; dichas modificaciones no han sido ajenas al mundo empresarial y, sobre todo a las relaciones de trabajo.

Dentro de las relaciones de trabajo, las TIC han ayudado a mejorar la productividad de los trabajadores y a su vez, a generar una nueva modalidad de prestación subordinada de servicios: el teletrabajo.

Si bien la figura del teletrabajo no es de reciente desarrollo normativo a nivel internacional, en el Perú su regulación es de reciente creación, lo que explica la poca utilización de este régimen por parte de los empleadores.

El presente artículo parte del estudio de la normativa nacional en materia del teletrabajo, pasando por un breve desarrollo de las nociones relacionadas con la potestad de fiscalización del empleador, subordinación y derechos fundamentales, enfocado directamente al derecho a la intimidad de los teletrabajadores; con la finalidad de describir las particularidades que contiene el teletrabajo y su incidencia en la metodología de fiscalización que podría implementar el empleador y cómo, el derecho a la intimidad de los teletrabajadores representaría una limitante a dicha potestad.

1 La potestad de fiscalización del empleador y el derecho a la intimidad

El presente capítulo desarrolla el origen de la potestad de fiscalización del empleador, así como el del derecho a la intimidad y su contenido esencial; con el objetivo de poder analizar su interacción dentro del ámbito de la relación de trabajo.

1.1 Potestad de fiscalización del empleador.

A nivel normativo, podemos encontrar que las potestades de dirección y sanción del empleador son desarrolladas por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728; sin embargo, la potestad de fiscalización del empleador no se encuentra expresamente incluida en mencionado Decreto Supremo:

“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. (...)”

De acuerdo con lo indicado por Blancas Bustamante (2013, pág. 95) “nuestro ordenamiento laboral hace referencia expresa a las facultades normativa, ordenadora, sancionadora y de variación o modificación (ius variandi), pero obvia mencionar la facultad de control y vigilancia”.

Respecto a este punto, considero que la potestad de fiscalización no tiene necesidad de encontrarse indicada de forma expresa en la norma; ello debido a que esta potestad se puede entender como el nexo que utiliza el empleador entre su capacidad de dar órdenes a sus trabajadores y de sancionarlos; es decir, la fiscalización del empleador es necesaria para que éste pueda verificar el cumplimiento de las directivas interpuestas a los trabajadores y, en caso de un incumplimiento, servirá para obtener el sustento suficiente que permita configurar la sanción correspondiente.

Otros autores como Neves Mujica (2014, pág. 36) nos indica que la facultad de fiscalización se encuentra contenida en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debido a que el

poder de dirección, según la doctrina, permite al empleador el dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores.

El profesor Palomeque López (2018, pág. 590) establece una interrelación entre el contrato de trabajo y el poder de organización y dirección del empleador; ello debido a que esta potestad nace de la libertad de empresa y se perfecciona con la celebración de un contrato de trabajo. Respecto a lo dicho, concuerdo con el profesor en que es la celebración del contrato de trabajo el momento en el que el trabajador acepta su subordinación al empleador, confiriéndole así entre todas, la potestad de fiscalización.

Una discusión que nace en esta investigación es poder determinar si el derecho a la libertad de empresa puede ser considerado como un derecho fundamental y, de ser el caso, determinar quién sería el titular de este. Respecto a ello, considero que la libertad de empresa es un derecho fundamental cuya titularidad varía a razón del caso en concreto: en un primer momento la libertad de empresa nace como el derecho que tienen las personas para poder crear y/o constituir personas jurídicas, sea cual fuere el objeto de estas y; en una siguiente fase, la titularidad recaería en la persona jurídica, obteniendo la facultad de autodeterminar su regulación, estructura, y todo lo relacionado con la actividad económica que realiza dentro de los parámetros que impone la normativa correspondiente.

De lo desarrollado hasta este punto, podemos concluir que la potestad de fiscalización del empleador nace del derecho a la libertad de empresa, el cual debe ser considerado como un derecho fundamental; de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 9426-2005-PHC/TC: “(...) Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse como ilimitado en su ejercicio (...)”, lo cual lleva a la idea que dicho derecho podría ser restringido o limitado, en la sentencia antes mencionada refieren la existencia de límites intrínsecos y extrínsecos de los derechos fundamentales:

“(...) Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (...)”. (STC N° 9426-2005-PHC/TC, fundamento 3).

1.2 Derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Partiendo de la interpretación clásica desarrollada por Blancas Bustamante (2013), los derechos fundamentales son considerados como derechos públicos subjetivos; de acuerdo con lo indicado por Jellinek¹ (citado por Carlos Blancas), define a los derechos fundamentales como:

“Todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente entre el individuo y el Estado: son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos. Toda exigencia de derecho público nace, pues, inmediatamente, de una determinada posición de la persona respecto al Estado, posición que tomando como modelo el derecho antiguo puede ser designada como un status”.

En el mismo texto, citando a Schmitt², se dice que “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”; para él, los derechos fundamentales obedecen a un principio de distribución entre la libertad del individuo y el poder del Estado.

Así mismo, Blancas Bustamante (2015) citando a Peces-Barbas³, establece que la expresión de “derechos fundamentales es de interpretación más amplia que términos como derechos humanos, derechos naturales o derechos morales, derechos públicos subjetivos o libertades públicas; esto a razón de que el término de derechos fundamentales abarca las dimensiones moral y jurídica, no excluyendo ningún campo de acción”.

Es a razón de este “campo de acción amplio” de los derechos fundamentales, que debemos analizar la eficacia de estos dentro de una relación entre privados, como puede ser una relación de trabajo.

¹ Texto citado por Carlos Blancas sobre lo indicado por el autor Jellinek, Georg, (2000), “Teoría General del Estado”, México DF: FCE Pág. 387-388).

² Texto citado por Carlos Blancas del autor Schmitt, Carl, (1982), “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza (Pág. 170).

³ Texto citado por Carlos Blancas del autor Peces-Barba Martínez, Gregorio, (1995), “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Madrid, Co edición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado Pág. 37).

Nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico N° 72 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 3 de junio de 2005, define a los derechos fundamentales como: “(...) bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad (...)”.

Landa Arroyo (2014, pág. 221) indica que los derechos fundamentales: “implican la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares”, ello debido a que son instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos, por lo que cuentan con dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva; la primera constituye en aquellos valores que nuestro ordenamiento jurídico debe de respetar y la segunda dimensión, se entiende como la esfera de pretensiones y necesidades legítimas jurídicamente reconocibles de los particulares, siendo también oponibles hacia el Estado y frente a los mismos particulares.

Asimismo, Blancas Bustamante (2013) argumenta que la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales aplica también en las relaciones entre particulares; estableciendo la existencia de tres posiciones: la posición negativa, la posición de la eficacia mediata, la posición de la eficacia inmediata y la posición del Tribunal Constitucional (TC).

De acuerdo con la postura del TC⁴; el artículo 38° de la Constitución establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo en el ámbito entre particulares y el Estado, sino también entre ellos mismos.

En la misma línea que Blancas, Landa Arroyo (2014, pág. 221) establece que la interpretación en la cual los derechos fundamentales únicamente son eficaces contra el Estado ha sido superada, estableciendo que los derechos fundamentales cuentan con dos tipos de eficacia: (i) **eficacia vertical**, la que se entiende a la obligación del Estado por proteger a los derechos fundamentales y (ii) **eficacia horizontal**, entendida en la exigencia del respeto de los derechos fundamentales por todos los miembros de la sociedad; lo que se entiende que la protección a los derechos fundamentales no es obligación única del Estado, sino de todos los miembros de la sociedad.

⁴ Pronunciamiento recaído en STC del 11 de julio de 2011, Expediente N° 1121-2001-AA/TC, Fj 6.

Complementando la idea de la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales, mediante el cual se establecería la protección de los mismos por parte del Estado y de la sociedad en general, Palomeque López (2018, págs. 105-106), indica que dentro de la relación de trabajo existen derechos constitucionales originados específicamente de la relación de trabajo (derecho a la remuneración, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, entre otros), a los cuales denominó como “derechos específicos”, y otro grupo de derechos constitucionales de carácter general que pueden ser ejercidos por los trabajadores, regulando las relaciones laborales; estos derechos, al no ser originados por la relación de trabajo, son catalogados como “derechos inespecíficos”.

En base a lo indicado, podemos concluir que las relaciones laborales no sólo son regidas en base a los derechos originados por la norma laboral, sino que los trabajadores poseen derechos en base a su calidad de persona y deben de ser protegidos no solo por el Estado, sino por la sociedad y en este caso, por el Empleador, generando así parámetros para el ejercicio de las potestades del empleador.

Por lo expuesto, se puede apreciar que dentro de las relaciones de trabajo, tanto empleadores como trabajadores poseen derechos fundamentales que, debido a la interacción de pretensiones de ambas partes, se regulan, restringen y limitan entre ellos mismos. Para el presente artículo, se analiza la posible interacción originada entre el derecho a la libertad de empresa, expresado a través de la facultad fiscalizadora del empleador contra el derecho a la intimidad del teletrabajador.

1.3 Contenido esencial del derecho a la intimidad.

Contenido en nuestra Constitución Política, el derecho a la intimidad es reconocido como un derecho fundamental⁵; para Cesar Landa (2017), quien define el derecho a la intimidad como la facultad de excluir y repeler cualquier intento de acceder a aquello que queremos que permanezca fuera del conocimiento de los demás, también indica que implica la facultad de controlar aquellos actos o hechos íntimos que podrían ser objeto de conocimiento de terceros.

⁵ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú. - Toda persona tiene derecho:
(...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (...).

En base a dicha definición, podemos encontrar que existen dos aspectos relevantes respecto al contenido esencial de este derecho:

1. Derecho a la intimidad expresado en la capacidad de la persona en excluir del conocimiento de terceros información respecto a nuestra vida; y,
2. Derecho a la intimidad expresado en la posibilidad de controlar los aspectos de nuestra vida que consideremos pueden ser de conocimiento de otras personas.

En nuestra jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-PHC⁶ se pronuncia en relación con la protección al derecho a la intimidad, como la facultad de las personas a realizar las acciones necesarias para evitar la intromisión de terceros a información privada.

Luego de tocar de forma general el derecho a la intimidad, es necesario enfocarla a la perspectiva del teletrabajo debido a que dicho régimen laboral tiene la característica de que la forma preponderante de contacto entre el empleador y el teletrabajador es a través de los medios tecnológicos. Este hecho genera una variación en la noción del derecho a la intimidad ligada a los medios informáticos.

En ese sentido, Palomeque López (2018, págs. 119-120) indica que de acuerdo con la jurisprudencia española, el llamado derecho a la “libertad informática” es un derecho fundamental autónomo que nace por la necesidad de limitar la utilización de la información personal obtenida a través de medios informáticos a los fines que son permitidos por la persona titular de la información. En el ámbito de las relaciones laborales, se reconoce como un “derecho instrumental” el cual vela por la protección de la información del trabajador y el adecuado control de los medios informáticos con la finalidad de proteger el derecho al honor, intimidad, imagen, entre otros.

⁶ Fundamento 39. – “(...) la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social (...)”

Si bien Sargadoy (2005) no define propiamente a la intimidad informática, hace referencia a la limitación del uso de la informática a razón de no vulnerar el derecho a la intimidad de las personas.

En relación con el término de la intimidad informática, si bien resulta ser novedoso dentro de la doctrina laboral, dicho derecho se encontraría protegido por nuestra Constitución⁷, al menos dentro del ámbito del suministro de la información que pueda lesionar a la intimidad personal y familiar.

Si bien podemos encontrar dos escenarios de protección constitucional a la intimidad; uno dentro del ámbito de la intimidad en general, orientado a que nadie dañe la reputación y el honor tanto personal como familiar (protegido por el numeral 7 del artículo 2° de la Constitución) y el otro busca que los sistemas informáticos como tal, no proporcionen información íntima personal o familiar a otros (protegido por el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución).

El presente artículo no busca evaluar a la protección a la intimidad informática bajo la perspectiva del numeral 6 del artículo 2 de la Constitución, puesto que considero que dicho numeral tiene por objeto el de garantizar que los sistemas informáticos no contengan configuraciones que permitan vulnerar la intimidad; es decir, su objetivo considero que es más el de evitar la creación de programas que el de utilizarlos. En ese sentido, este artículo busca evaluar el derecho a la intimidad del teletrabajador, protegido por el numeral 7 del artículo 2 de nuestra Constitución.

1.4 Límites de la potestad fiscalizadora del empleador frente al derecho a la intimidad del trabajador.

Partiendo de la idea de que los derechos inespecíficos (como el de la intimidad de los trabajadores), constituyen parámetros para el ejercicio de las potestades del empleador, de acuerdo con el profesor Palomeque López (2018, pág. 512), si bien el poder de dirección del

⁷ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú. - 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 (...).

empleador le permite incidir en todos los aspectos dentro de la relación de trabajo, este poder no es ilimitado y se encuentra restringido por los derechos del trabajador; tanto los concernientes a su faceta como ciudadano (derechos inespecíficos), como el de asalariado (derechos específicos).

En la misma línea, Orlando de las Casas (2010, págs. 104-111) establece que la condición de trabajador no reduce o se superpone a la condición que tiene por ser persona; es decir, los derechos fundamentales reconocidos por la constitución no pueden pasar a un segundo plano cuando esta persona se subordina ante un empleador con ocasión de la celebración del contrato de trabajo.

Es importante mencionar que el autor refiere a la potestad fiscalizadora del empleador como algo necesario para efectuar la conducción de los trabajadores y que, el uso de las nuevas tecnologías facilita dichas facultades (dirección y fiscalización).

Sin embargo, Belén García (2012, pág. 117) indica que un control penetrante por parte del empleador ya no al trabajo, sino al trabajador en sí proporciona al empleador la capacidad de manejar información propia de la esfera de la intimidad del trabajador.

En base a lo indicado, podemos ver que en caso el empleador vulnere la esfera de intimidad de su trabajador, éste podría recurrir a los recursos constitucionales pertinentes con el objeto de cesar la vulneración a su derecho a la intimidad.

De lo desarrollado en este capítulo, podemos llegar a la conclusión que la potestad de fiscalización del empleador no podría vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador; sin embargo, dado que no existe la eficacia absoluta de los derechos, se da a entender que existirían situaciones que permitiesen al empleador limitar el ejercicio del derecho a la intimidad de sus trabajadores, basados en criterios objetivos. Aterrizando en el caso del teletrabajo, dicha restricción permitiría al empleador equilibrar el conflicto entre los derechos aquí desarrollados.

2 El teletrabajo y los límites a su fiscalización

Una vez desarrollado las ideas generales de la fiscalización y los derechos de los trabajadores, así como el de la intimidad y la posibilidad que los derechos se restrinjan entre ellos, debemos puntualizar el trabajo al régimen del teletrabajo, por lo que partiremos de las nociones generales que se tienen de este régimen laboral.

2.1. Aspectos generales del teletrabajo.

Debemos partir en la idea de que no existe una definición única del término “teletrabajo”. Para Belén García (2012, págs. 29-31), esto se origina debido a la utilización de diversas denominaciones como trabajo a distancia, trabajo no presencial, trabajo remoto, trabajo flexible, trabajo en red, trabajo electrónico a domicilio y teledesplazamiento (*telecommuting*) para la misma situación. En la misma línea, Esperanza Sierra (2011) destaca la dificultad de poder definir al teletrabajo, enfocándose al amplio contenido que incluye el término teletrabajo y a los enfoques interdisciplinarios que engloba.

La definición desarrollada por la OI, la cual resulta apropiada para el artículo, indica que el teletrabajo es “la prestación de quien trabaje, con un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación está dirigida”.

Javier Thibault (2000, págs. 24-26), indica que el teletrabajo no cuenta con una definición unánimemente aceptada, a pesar del tiempo transcurrido; sin embargo, establece la existencia de tres elementos característicos del teletrabajo: (i) trabajo a distancia, (ii) uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y; (iii) cambio en la organización del trabajo; estableciendo la necesidad de definir al teletrabajo, se debe concurrir a estos elementos en conjunto; puesto que de no hacerlo nos encontraríamos ante otras formas de prestación de servicios que no son teletrabajo (trabajo a domicilio en caso de hablar de trabajo a distancia y, el uso de las TIC no engloba únicamente al teletrabajo).

Dentro de nuestra legislación nacional, la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, en el artículo 2° define al teletrabajo como:

“(...) el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador”, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores (...)”

Para el profesor Sanguinetti Raymond (2007, pág. 151), lo novedoso del teletrabajo es que es “un tipo singular de trabajo a distancia en que la dirección y control directo sobre el trabajador son sustituidos por la comunicación con éste a través de medios informáticos o audiovisuales”.

2.2. Modalidades de teletrabajo.

A nivel doctrinario, se ha descrito modalidades de teletrabajo, en función del lugar de la prestación y al elemento comunicativo de la prestación.

2.2.1. En función del lugar de la prestación del servicio.

a. Teletrabajo en domicilio.

De acuerdo con lo indicado por el profesor Sanguinetti Raymond (2007, pág. 152) es cuando “la prestación se desarrolla en el domicilio o en un lugar libremente elegido por el trabajador”; en la misma línea, Belén García (2012, pág. 50) indica que esta es la modalidad más común de teletrabajo, en donde “parte de la casa se transforma en un oficina, con el equipamiento característico de estas”; Javier Thibault (2000, pág. 34) refiere que al ser la forma más común de teletrabajo, sea confundido fácilmente como una nueva modalidad del trabajo a domicilio.

De las Heras García (2016, pág. 55) define a esta modalidad como la cual en la que “el trabajador efectúa la prestación de servicios en su domicilio o lugar libremente elegido por él mismo, mediante una PC que se puede conectar a otro”.

Es importante entender que esta modalidad de prestación de servicios difiere a lo que muchas compañías realizan; es decir, brindar la oportunidad a los trabajadores que trabajar de forma remota una vez por semana; ello debido a que dentro de la figura del teletrabajo en domicilio,

prima la voluntad del teletrabajador en elegir libremente el espacio físico en dónde realizaran sus actividades.

b. Teletrabajo en centros de teletrabajo.

De acuerdo con lo indicado por el profesor Sanguineti Raymond (2007, pág. 152) es cuando “el teletrabajo tiene lugar en centros de uso público, que proporcionan instalaciones informáticas a diversos usuarios”; Belén García (2012, pág. 51) indica que en este caso, se trata de prestar servicios en “oficinas que ofrecen diversos servicios a sus usuarios, a menudo trabajadores de distintas empresas”; Javier Thibault (2000, págs. 34-35) establece que en este supuesto “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 del teletrabajo”.

De las Heras García (2016, pág. 55) define a esta modalidad como la cual en la que “los empleados acuden y se encuentran los instrumentos necesarios para ejecutar su actividad en un tipo de centros -telecentros- donde disponen de la tecnología que les permite desempeñar su trabajo”.

Este supuesto en la realidad se viene desarrollando en muchas compañías que contratan con inmobiliarias de trabajo compartido (en el Perú, Comunal o WeWork), que permiten a los trabajadores el poder realizar sus actividades dentro de cualquiera de los edificios que administren dichas inmobiliarias.

En mi consideración, esta modalidad de teletrabajo resulta más limitada de utilizarse debido a la necesidad de la existencia de estos centros de teletrabajo; adicional a ello, y a la luz de la Ley que regula el Teletrabajo, esta modalidad se encontraría reconocida como teletrabajo, debido a que los lugares de teletrabajo no podrían ser consideradas como “centro de trabajo” del empleador.

c. Teletrabajo móvil.

También conocido como “teletrabajo nómada o itinerante”, el profesor Sanguineti Raymond (2007, pág. 152) indica que esta modalidad se configura cuando “el trabajador carece de una ubicación previa en un local, ya que se encuentra en movimiento”; en la misma línea, Belén García (2012, pág. 56) indica que en este caso, “el teletrabajador dispone de un equipamiento

informático portátil dotado del *software* y el *hardware* adecuados y conectados a la base de datos del ordenador central de la empresa que le permite realizar sus cometidos en cualquier lugar”; para de las Heras García (2016, pág. 56) el teletrabajo móvil se caracteriza porque es el “teletrabajador decide dónde quiere trabajar mediante la utilización de una PC portátil y realiza sus actividades, no en su empresa, sino en empresas clientes o proveedores o en el lugar elegido por él y que posea una conexión”.

Considero que esta sería la modalidad que más se ajusta a la idea del concepto “teletrabajo”, ello debido a la existencia de una libertad total del teletrabajador a decidir, de forma permanente, el lugar dónde desarrollará sus actividades. Esta movilidad le permite desplazarse de forma permanente sin tener que faltar a sus obligaciones para con su empleador.

2.2.2. En función al elemento comunicativo de la prestación.

a. Teletrabajo *off line*.

Conocido como “teletrabajo fuera de línea o desconectado”, el profesor Sanguinetti Raymond (2007, pág. 152) indica que no existe conexión directa con el empleador, por lo que “el teletrabajador recibe instrucciones iniciales, cuyo cumplimiento es controlado posteriormente”; Belén García (2012, pág. 59) sostiene que “es la variante que concede mayor autonomía al trabajador, el cual, de cierta manera, realiza la prestación laboral por cuenta propia”.

De las Heras García (2016, pág. 56) define a esta modalidad como la cual en la que “el teletrabajador ejecuta la prestación laboral sin ningún tipo de conexión electrónica con el sistema informático situado en la empresa, al cual solo envía los datos por distintos medios (*e-mail*, *pen drives*, disquetes, ...)”.

b. Teletrabajo *one way line*.

Conocido como “teletrabajo unidireccionalmente conectado”, para el profesor Sanguinetti Raymond (2007, págs. 152-153) indica que existe una conexión simple con los ordenadores

del empleador, que permita el intercambio de información, pero “sin que exista entre ambos ese diálogo interactivo capaz de facilitar el control del desarrollo de la actividad”; en la misma línea, Belén García (2012, pág. 59) sostiene la actividad se desarrolla en el marco de una interacción muy simple entre el empleador y el teletrabajador, no permitiendo un control efectivo en la labor realizada, lo cual “permite garantizar al trabajador una cierta libertad, por permitirle el desarrollo de su tarea sin hallarse bajo el constante control del empleador”.

De las Heras García (2016, pág. 56) indica que esta modalidad es “también denominado teletrabajo unidireccional, en esta modalidad si existe una conexión continua, pero solo en una única dirección, o bien de la empresa al teletrabajador o viceversa”.

c. Teletrabajo “on line”.

Conocido como “teletrabajo interactivo”, para el profesor Sanguineti Raymond (2007, pág. 152) indica que existe un enlace informático directo, lo que permitiría “un diálogo interactivo entre el ordenador central y el terminal al que está conectado el teletrabajador”; Belén García (2012, págs. 59-60) sostiene la actividad se desarrolla con un videoterminal inserto en una red de comunicaciones electrónicas que permite un diálogo interactivo o bidireccional entre el ordenador central y los terminales externos, este caso hace “posible que tanto las directrices como el control por parte de la empresa se lleve a cabo en tiempo real”.

De las Heras García (2016, pág. 56) indica que esta modalidad es “bidireccional, que permite un diálogo interactivo entre el ordenador situado en la empresa y los distintos terminales”.

En este supuesto, se puede inferir que una interacción tan fluida gracias a la interconexión de los terminales supone la posibilidad de un control igual de fluido, lo que se puede traducir en un control más inquisidor por parte del empleador hacia el teletrabajador.

2.3. Suministro de medios para la realización de las labores del teletrabajo y formas de control.

Acorde con lo desarrollado por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, reglamento de la Ley que regula el Teletrabajo, se establece la responsabilidad del empleador

en proveer al teletrabajador todas las condiciones de trabajo necesarias, caso contrario el empleador no podrá dejar de reconocer la remuneración del teletrabajador.

“Artículo 9. – Responsabilidades de las partes por los medios a emplearse para el teletrabajo

9.1 La provisión de las condiciones de trabajo para la prestación del teletrabajo, tales como equipos, acceso a internet, conexiones de red, programas informáticos, medidas de seguridad de la información, entre otros, obliga a quien los otorga a garantizar la idoneidad de los mismos.

9.2 Si el empleador o entidad pública no cumple con entregar las condiciones de trabajo cuando le corresponda, pese a que el teletrabajador está a disposición para prestar el servicio, aquél no podrá dejar de reconocer la remuneración a la que el teletrabajador tiene derecho; salvo norma legal en contrario (...).”

2.3.1. Conexión a internet.

De acuerdo con lo indicado por Miranda Bonilla (Miranda Bonilla, 2016), el internet es uno de los instrumentos que más ha contribuido al desarrollo de la sociedad, modificando la modalidad de comunicación y ha influenciado en la economía, política y el derecho.

De acuerdo con el autor, el Parlamento Europeo en la resolución del 18 de abril de 2008 determinó que:

“Internet es una vasta plataforma de expresión cultural, el acceso al conocimiento y a la participación democrática en la creatividad europea, que crea puentes entre generaciones en la sociedad de la información, y consecuentemente, es importante evitar la adopción de medidas contrarias con los derechos civiles, los derechos humanos y con los principios de proporcionalidad, eficacia y disuasión, como la interrupción del acceso a internet”⁸.

⁸ Miranda Bonilla extrae dichas líneas de lo dicho por “BADOCCO Francesco. *Riflessioni sul diritto d’accesso a internet nell’ambito del diritto dell’Unione europea*. En la Revista “*Informatica e diritto*”, número. 1, 2009, 153 ss.”

En la misma línea, el Consejo Constitucional Francés en la sentencia N° 2009-580 DC de 10 de junio de 2009⁹, reconoce al acceso al internet como un derecho básico, al interpretarlo como parte de lo dispuesto por el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁰, el cual tutela la libre comunicación de pensamientos y opiniones.

De lo indicado anteriormente, se concluye que la conexión a internet actualmente se consagra como una de las necesidades básicas con las que debería de contar todas las personas (dado que la ONU reconoció al acceso al internet como un derecho humano), la conexión a internet dentro del teletrabajo es uno de los pilares fundamentales para la eficacia de las labores; la normativa peruana dentro de este punto, reconoce a la conexión a internet como una condición de trabajo que debería de ser otorgada por el empleador y que, en caso éste no asegure la eficacia del producto, no podría dejar de reconocer la remuneración del teletrabajador, puesto que si bien puede no existir una prestación efectiva de servicios, se puede comprobar la existencia de la puesta a disposición efectiva del teletrabajador.

2.3.2. Conexiones a la red del empleador – Base de Datos.

La RAE¹¹ define a la base de datos como la “memoria informática en la que pueden integrarse datos dispuestos de modo que sean accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”; en el ámbito del teletrabajo, se puede afirmar que la base de datos hace referencia a la información del empleador y/o de sus clientes o proveedores que se encuentra cargada a un sistema de uso compartido con sus trabajadores y cuya utilización es necesaria para efectivizar la labor de estos.

Cuando se desarrolló el tema del teletrabajo móvil, se indicó que una de las características de esta modalidad es la relacionada con la libertad que posee el teletrabajador para desplazarse mientras realiza sus labores; ahora bien, ello es posible únicamente cuando el teletrabajador posee todas las herramientas necesarias para poder lograrlo; esto significa que existe la posibilidad que en muchas ocasiones el acceso a internet no resulte suficiente y se

⁹ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es2009_580dc.pdf

¹⁰ “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”

¹¹ <https://dej.rae.es/lema/base-de-datos>

requiera también el acceso a la base de datos del empleador al que pueda ingresar el teletrabajador. En ese sentido, el acceso remoto a la base de datos implica una conexión fluida con el empleador, configurándose así el teletrabajo bajo la modalidad *one way* u *online*.

2.3.3. Programas informáticos.

Al momento de utilizar la denominación “programas informáticos”, hago referencia a aquel *know how* con el que no cuenta el teletrabajador y que le resulta necesario para cumplir con las órdenes de su empleador; de acuerdo con el Ministerio de TIC de Colombia (2012, pág. 68) actualmente empresas inician la implementación de la filosofía *Bring your own device – BYOD* o más conocido como “trae su propio dispositivo”, bajo este esquema la condición de trabajo que requiere el teletrabajador es únicamente la provisión del *software* necesario y así el empleador evita realizar en costos adicionales al adquirir *hardware*; este punto entiendo que resulta aplicable cuando el empleador no requiere mayores especificaciones de los equipos móviles que pudiesen utilizar los trabajadores. Es decir, cuando este programa a instalar no requiere mayores especificaciones en relación con el procesador, memoria o cualquier otra característica técnica relevante para la labor.

De acuerdo con el Foro EFR (2012, págs. 106-109), los recursos que permiten el software proporcionado al teletrabajador se puede clasificar acorde al tipo de recursos, así como detallar sus características:

a. Mensajería instantánea e información de presencia

- i. Es la herramienta básica para las comunicaciones inmediatas.
- ii. Ofrece información de disponibilidad de las personas en los grupos de trabajo.
- iii. Los estados de presencia se pueden programar para establecerse de forma automática en base al cronograma de encargos.
- iv. Permiten iniciar una conversación por medio de un chat, de forma individual o grupal.
- v. Por medio de esta herramienta, se puede tener acceso a cualquier trabajador de la organización.
- vi. Permite la fluidez de las comunicaciones.

- vii. La información de presencia se encuentra vinculada al correo electrónico.
- viii. Permite el envío de archivos.

b. Audio y video conferencia

- i. Heredan todas las propiedades de la mensajería instantánea.
- ii. Pueden iniciarse a partir de un chat.
- iii. Se puede elegir sólo audio (voz) o un video.
- iv. Permite las llamadas a través de la red telefónica conmutada-RTC (permite llamar a cualquier número de teléfono).
- v. Las llamadas son gratuitas.
- vi. Pueden incorporarse personas ajenas a la organización.

c. Reuniones virtuales

- i. Heredan todas las propiedades explicadas para el recurso anterior.
- ii. Permite compartir aplicaciones (permite interacción de todos los participantes con los archivos enviados).
- iii. Permite el uso de una pizarra virtual.
- iv. Las sesiones pueden grabarse.

d. Espacios de colaboración (*online* y *offline*) y portales para la gestión del conocimiento

- i. Permiten la interacción entre los miembros de un equipo:
 - 1. Permiten la asignación y seguimiento centralizado de tareas, centralizando la documentación y el conocimiento.
 - 2. Permite la gestión de las versiones de los documentos.
 - 3. Permite definir calendarios.
- ii. Permiten la sincronización del contenido con el PC, de modo que pueda disponerse de la información incluso cuando no es posible contar con conexión a internet.
- iii. Facilitan la gestión de reuniones:
 - 1. Permitiendo el alojamiento del material previo y posterior de la reunión, y;

2. Permitiendo tener un archivo ordenado de todo el material y resultados generados en las reuniones.
- iv. Permiten tanto la participación de los empleados, como la de los colaboradores externos a la organización.
- v. Enlazan con el resto de las herramientas de comunicación (mensajería, audio y video conferencias).

e. Gestor de correo y del tiempo

- i. Permiten la aplicación de cualquier metodología de gestión del tiempo
 1. Registro y gestión de tareas
 2. Gestión de contactos
 3. Gestión del calendario
 4. Interconexión entre el correo, las tareas y el calendario (control del ciclo de la actividad).
- ii. Permite la gestión eficiente del correo
 1. Clasificación avanzada de correos,
 2. Reglas para automatizar operaciones,
 3. Búsqueda intuitiva.
- iii. Conexión del gestor del correo con los espacios de colaboración y las herramientas de comunicación (integración de aplicaciones).

f. Sistema operativo cliente para PC

- i. Gestionan la conexión a redes de datos,
- ii. Gestionan la conexión a dispositivos periféricos; discos duros, lectoras, pantallas, impresoras, etc.
- iii. Ofrecen eficientes herramientas de búsqueda.
- iv. Permite la integración de aplicaciones.

g. Sistema operativo cliente para terminal móvil

- i. Gestionan la conexión a redes de datos.
- ii. Gestionan la conexión con gestores centralizados de correo, calendario, contactos, tareas y documentos.
- iii. Permite la integración de aplicaciones.

h. Suite ofimática

- i. Conjunto de herramientas para la ejecución de las principales tareas de creación y edición de documentos, el análisis de datos y la gestión del tiempo.
- ii. Es muy conveniente que todas las herramientas estén perfectamente integradas con las soluciones de mensajería instantánea, audio y video conferencia y de gestión de la información.

Adicional a ello, la instalación de programas de control podría resultar ser lesivos al ordenamiento constitucional de cada país, debido a la extensión del artículo únicamente desarrollaremos el análisis peruano en el capítulo siguiente.

2.3.4. Equipos móviles.

Esta sería la tendencia de empleadores que requieren una homogeneidad en los equipos utilizados (*hardware*), ya sea por un tema de seguridad, imagen institucional o por practicidad en relación con la facilidad de mantenimiento.

De acuerdo con el Foro EFR (2012, págs. 104-105), los recursos que permiten el hardware proporcionado al teletrabajador se puede clasificar acorde al tipo de recursos, así como detallar sus características:

a. Ordenador (sobremesa o portátil)

- i. De sobremesa o portátil, aunque es preferible la segunda debido a que:
 1. Permite el transporte de cierta información local (en el disco duro).
 2. Permite escenarios de teletrabajo fuera de casa.
 3. Evita diferentes personalizaciones del entorno de trabajo.

b. Monitor

- i. Cuando el espacio de trabajo lo permite, es conveniente (y productivo), disponer de un monitor grande, adicional a la pantalla del PC portátil.
- ii. Permite el uso de un escritorio extendido.

c. Terminal móvil + servicios de voz y datos

- i. En escenarios de trabajo en campo, el terminal móvil puede suplir los servicios ofrecidos por un PC portátil.

d. Dockstation

- i. Elemento que permite la conexión/desconexión rápida del portátil de los elementos periféricos.

e. Telecom: Router ADSL + servicio de datos

- i. Indispensable para la conexión a internet.
- ii. Conveniente que incorpore la funcionalidad *WiFi*.

La movilidad que permiten los dispositivos detallados anteriormente y la facilidad de interconexión hayan hecho posible que las empresas que brindan servicios de auditoría o aquellos que destaquen personal a empresas clientes, puedan laborar de una forma más dinámica y sin riesgos a violaciones de seguridad de la información.

Luego de haber revisado tanto la definición del teletrabajo como su tipología, para efectos de poder limitar el campo de descripción del presente artículo, se debe indicar que la normativa peruana en materia del teletrabajo se centra en regular el teletrabajo del tipo móvil, debido a que la norma permite al teletrabajador el poder determinar la locación desde dónde desarrollará sus labores; adicionalmente, la norma contempla tanto el teletrabajo *one way line* y *online*, debido a que la norma en sí regula únicamente el teletrabajo en dónde existe interacción entre el empleador y el teletrabajador de forma constante, por lo que la modalidad *offline*, considero que no se encuentra regulada en la norma nacional.

3. Límites razonables a la potestad fiscalizadora del empleador frente al derecho a la intimidad del teletrabajador.

Debemos partir que la noción de subordinación desarrollada en el modelo fordista de trabajo, el cual se basa en la puesta a disposición de la mano de obra dentro del centro de trabajo, resultaría con un alcance muy limitado al intentar aplicarlo a la relación del teletrabajo, cuya figura maneja la extracción de la prestación del servicio dentro de una localización específica.

La extracción del elemento espacial dentro de las relaciones de trabajo, para muchos supone el declive del alcance del concepto de la subordinación cómo lo conocemos actualmente, como lo dijo el profesor Sanguineti Raymond ("El Trabajo a través de Plataformas

Virtuales", 2019): “existe la escuela que indica que el derecho de trabajo actual es obsoleto con la revolución digital”.

Con relación a lo indicado por el profesor Sanguineti, considero la noción de subordinación no es estático, sino más bien flexible, lo que permite que los elementos clásicos de la relación de trabajo aún puedan mantener su vigencia dentro de las nuevas relaciones laborales que se vienen desarrollando gracias a la evolución de las tecnologías, al desarrollo social y económico mundial.

Sin alejarnos del tema en discusión, si bien la idea de subordinación propia del trabajador que es vigilado y controlado por su empleador dentro del centro de trabajo no resulta aplicable, existen otros indicios que demuestran la existencia de la subordinación dentro del teletrabajo: como lo es el de ajenidad respecto a los frutos del trabajo y el de la titularidad del *software* utilizado, la asunción del costo de las condiciones de trabajo, la propiedad del *know how*, entre otros.

Uno de los aspectos de la facultad de fiscalización que resulta de más difícil aplicación dentro del teletrabajo es el poder determinar cuál es el nivel de fiscalización que realmente tiene el empleador para hacer seguimiento del cumplimiento de sus directrices por parte de sus teletrabajadores.

Si bien dicho punto no ha sido materia de una discusión tan abundante como lo es la seguridad y salud en el trabajo o los derechos colectivos; considero que la fiscalización al ser uno de los tres pilares dentro de las potestades del empleador, reviste de una importancia neurálgica el desarrollo de las relaciones de trabajo.

Al momento de redactar el presente artículo, nacieron los siguientes cuestionamientos: (i) ¿Es posible fiscalizar a un teletrabajador?, (ii) ¿Cuáles serían los lineamientos que debe seguir el empleador en relación con la metodología de fiscalización de los teletrabajadores?, y (iii) ¿Los teletrabajadores pueden imponer límites a su fiscalización?

3.1. ¿Es posible fiscalizar a un teletrabajador?

Con relación a la primera pregunta, la respuesta se puede obtener de distintas fuentes: el artículo 2° de la Ley N° 30036 establece que es a través de los medios informáticos y de telecomunicaciones y análogos, los medios por el cual la empresa ejerce el control y la supervisión de las labores desempeñadas por el teletrabajador.

Para Javier Thibault (2000, págs. 121-123), el teletrabajo reduce la antinomia autonomía-control, dado que la independencia que posee el teletrabajador, traducida en la flexibilidad de organización acorde a sus propias conveniencias. Sin embargo en el escenario del teletrabajo interactivo, esta imagen de “flexibilidad” proporcionaría al empleador mayor control: “(...) el instrumento de producción facilita la recogida casi ilimitada de datos de carácter personal, incluidos imagen y sonido. (...)”.

Belén García (2012, págs. 117-122) indica que la autonomía que se confiere al teletrabajador no es más que aparente; “(...) la falta de control presencial del empleador se suple con un control mucho más profundo y penetrante, en cuanto incorporado al propio instrumento de producción (...)”. Así también hace referencia a que la información obtenida de este tipo de fiscalización permitiría al empleador llegar a “(...) conclusiones significativas no sólo del perfil profesional del trabajador, sino también sobre su perfil moral y político-social (...)”.

De las Heras García (2016, págs. 70-71) hace referencia a la facultad de fiscalización del empleador y establece que:

“(...) resulta especialmente amplia, extendiéndose no solo a la estricta obligación de trabajar, que sí es desde luego el objeto de la vigilancia, sino a todo el complejo obligacional del trabajador, que incluye los deberes de conducta, y no solo respecto de las órdenes que se hayan dirigido explícitamente sobre el trabajador, sino sobre cualquier aspecto en el que se proyecte la relación de dependencia”.

Se debe de precisar que el artículo 1° del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, Reglamento de la Ley que regula el Teletrabajo, establece que todo método de control constituye uno de los elementos formales del contrato de teletrabajo; lo que llevaría en la práctica a decir que el empleador no deberá ser autorizado por el teletrabajador con relación a los métodos de

control, lo cual considero como una prueba que el nivel de subordinación de los teletrabajadores no se diferencia al de un trabajador que labora dentro de un centro de trabajo y es comunicado de la instalación de cámaras de seguridad dentro del centro de trabajo.

Para mayor desarrollo a la respuesta, Luque Parra y Ginès i Fabrellas (2016, pág. 102) sostienen que la jurisprudencia española adopta la idea de reconocer la capacidad de control de la prestación realizada por el teletrabajador; dicha afirmación es sostenida por lo indicado en las sentencias STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (AS 2016/99):

- a) “El tiempo de trabajo del teletrabajador, incluso cuando se realiza en el domicilio, es también tiempo de trabajo.
- b) El control del tiempo de trabajado es responsabilidad empresarial, que tiene la obligación de registrar la jornada de sus trabajadores (Artículo 35.5 ET).
- c) El respecto de los límites de jornada máxima y descansos mínimos forman parte del derecho del teletrabajador a la protección de su seguridad y salud (2003/88/CE y LPRL), que es responsabilidad de la empresa.
- d) El derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador y, por tanto, no pueden ser invocados por parte de la empresa para eximirse del control de la prestación de servicios del trabajador.”

Por lo expuesto, se puede concluir que dentro del teletrabajo, la noción de fiscalización o control del teletrabajador sin restricciones ocasionaría una grave vulneración a la esfera íntima del mismo, toda vez que resulta más que necesario poder establecer límites razonables al método de fiscalización; por lo que la respuesta a la primera pregunta sería: la fiscalización de los teletrabajadores es posible, con limitaciones razonables.

3.2. ¿Cuáles serían los lineamientos que debe seguir el empleador en relación con la metodología de fiscalización de los teletrabajadores?

Javier Thibault (2000, págs. 122-123) inicia con la idea en torno a la metodología de la fiscalización de que “(...) lo relevante no es el cómo sino el hasta dónde puede llegar la vigilancia. No se elimina el poder de control empresarial a través de la tecnología (...)”. Así

también, el autor español recomienda que “(...) las medidas a adoptar deben ser encaminadas a verificar única y exclusivamente el cumplimiento de los deberes laborales y guardar en su aplicación la consideración debida a la dignidad del trabajador” (en concordancia con lo establecido por el Art. 26 de la STCT de 12 de enero de 1982).

De las Heras García (2016, pág. 72) afirma que:

“(...) las facultades de desenvolverse sobre los deberes laborales del trabajador, lo que excluye cualquier actuación de vigilancia sobre la esfera privada de este, salvo las circunstancias en que dichos aspectos de la privacidad tengan repercusión directa o indirecta sobre la prestación de trabajo o sobre el funcionamiento de la empresa (...)”

La complejidad que representa ello es mencionado por Thibault (2000, pág. 123) como la necesidad de conciliar entre dos necesidades: por un lado la del empleador, quien desea “saber si efectivamente se ha trabajado para él y en qué medida, y por el otro se encuentra la libertad individual del trabajador”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, a través de la STC 96/2012 de 7 de mayo (RTC 2012/96) ha establecido ciertos requisitos para comprobar “si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los siguientes requisitos:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y,
- Finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

En conclusión, la metodología a emplear por parte del empleador para poder fiscalizar a sus teletrabajadores resultaría ser muy variada: desde la instalación de software que permite saber el tiempo de conexión y pausas, hasta un programa de seguimiento en tiempo real que permite saber qué es lo que el teletrabajador se encuentra haciendo en tiempo real; resaltando el hecho

que cuanto más minucioso es el control (que el sistema de control supervise más aspectos del teletrabajador), mayor intromisión y lesión a la esfera personal del teletrabajador puede ocurrir.

En el caso peruano, Rubio Correa (2018, pág. 25) argumenta que es la sentencia 0045-2004-PI-TC la que “le dio forma final al test de proporcionalidad”, quedando estructurado de la siguiente forma:

- f. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación;
- g. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad;
- h. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
- i. Examen de idoneidad;
- j. Examen de necesidad;
- k. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En ese sentido, tanto los puntos a) y b) forman parte del mismo desarrollo histórico del test de proporcionalidad; en palabras de Rubio Correa (2018, pág. 26): “(...) es importante recordar que los inicios del test de proporcionalidad en nuestra jurisprudencia estuvieron directamente ligados al derecho de igualdad (...)”; lo que explica la existencia de los dos primeros elementos. En los casos en los que se pondere derechos diferentes al de la igualdad, se utilizan los elementos del c) al f), los cuales podemos ver que siguen la formulación española antes mencionada.

Se puede concluir que la metodología de la fiscalización empleada por el empleador resultaría irrelevante siempre que no afecte la esfera íntima del teletrabajador puesto que, en caso contrario, dicha medida tendrá que ser analizada bajo el test de proporcionalidad con la finalidad de poder determinar si la restricción del derecho a la intimidad resulta ser la idónea, necesaria y proporcional.

3.3. ¿Los teletrabajadores pueden imponer límites a su fiscalización?

La tercera pregunta busca desarrollar la posibilidad de que los teletrabajadores puedan imponer límites a la fiscalización por parte de los empleadores; partiendo del argumento que el uso de las condiciones de trabajo como canal de fiscalización tienen un alto riesgo con relación del nivel de intromisión a la esfera íntima del teletrabajador que pudiera alcanzar, el literal b) del artículo 6° del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, Reglamento de la Ley que regula el Teletrabajo, reconoce el derecho del teletrabajador a la intimidad¹².

Se puede inferir que a nivel normativo, la regla general es que la fiscalización del empleador sea restringida por el derecho a la intimidad del teletrabajador; en ese sentido Belén García (2012, pág. 120) establece que el derecho a la intimidad, en el marco del teletrabajo a domicilio, “condicionará el modo en el que el empresario podrá controlar al trabajador”; y con relación a la fiscalización a través de la condición de trabajo, la misma autora refiere que “(...) dado que en este campo informático también pueden producirse extralimitaciones por ambas partes, pero en especial por parte del empresario, parece exigible que éste deba sujetarse a una pautas y garantías, como puede ser la proporcionalidad del control en relación con su finalidad, la de su conocimiento previo de los trabajadores y la necesaria información a los interesados.

En relación con este punto, Luque Parra y Ginès i Fabrellas (2016, pág. 102) afirman que la SAN 31.5.2004 (AS 2004/2637) si bien reconoce a las empresas su facultad de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores, propone que es necesario “conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral y el del trabajador a proteger su intimidad personal y familiar y su domicilio”.

Para Sierra Benítez (2011, pág. 306), enfatiza que no se puede dejar de lado el hecho de que “el poder de control tecnificado no puede ser objeto de cesión de derechos de los trabajadores frente al ejercicio de esas facultades de control”.

¹² **Artículo 6. – Derechos y beneficios del teletrabajador**

(...) b) Intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo (...).

Es preciso señalar que el artículo 6° del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, reconoce el derecho a la intimidad de los teletrabajadores; para Luque Parra y Ginès i Fabrellas (2016, pág. 102), se entiende que el respeto a la intimidad de los teletrabajadores lleva a la idea de que “si se instala un sistema de vigilancia, éste debe de ser proporcional al objeto perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización”.

En conclusión, los teletrabajadores podrían recurrir a las instancias judiciales respectivas si consideran que la metodología de fiscalización contiene elementos que vulneran su derecho a la intimidad, quedando sujeto dicha metodología a un análisis por parte de los órganos jurisdiccionales a la luz del test de proporcionalidad; en caso no logre superar el referido test, el empleador deberá reemplazar o reconfigurar el sistema de fiscalización con la finalidad de no vulnerar la intimidad del teletrabajador.

3.4. Casos prácticos

Dado que el respeto a la intimidad de los trabajadores contenido en el Reglamento de la Ley que regula el teletrabajo¹³ y el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo¹⁴ se encuentra condicionado a la naturaleza del teletrabajo o al cumplimiento del objetivo de este, es necesario graficar situaciones en las cuales se podrá observar cómo los diferentes puestos de trabajo que los teletrabajadores pueden desempeñar, justificarían, en distintos grados, el nivel de fiscalización que podría utilizar el empleador.

El Foro EFR (2012, págs. 104-105), nos brinda una clasificación de los teletrabajadores, precisando sus características principales:

a. Tipo Informativo

- a. No codesarrolla con otros (no está implicado en la creación de ideas):

¹³ **Artículo 6. – Derechos y beneficios del teletrabajador**

(...) b) Intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo (...).

¹⁴ **6) Vida privada**

El empresario respeta la vida privada del teletrabajador.

Si se instala un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización.

- b. Recoge información de los sistemas y de las personas, la procesa y la ingresa de nuevo en los sistemas o la comparte.
- c. Precisa estar bien informado, precisando el acceso a la información a través de cualquier dispositivo (teléfono, PC, navegador).
- d. La información que maneja se encuentra principalmente en los Sistemas de información de la organización o se obtiene a través de canales externos perfectamente establecidos.
- e. El correo, el chat y las conferencias son sus canales de comunicación más habituales.

En este caso, debido a que los trabajadores se encontrarían alejados de todo contacto con el resto de personal y que la única forma que tendría el empleador de verificación del cumplimiento de sus directivas sería a través del propio sistema con el que el teletrabajador interactúa con la base de datos de del empleador; podría ser aceptable la implementación de control a través de ese medio, con las salvedades antes expuestas.

b. Intensivo en C&C con el interior

- a. Participa en procesos de colaboración, principalmente con personas de la organización.
- b. Sus grupos de trabajo están constituidos por personas de la organización.
- c. Desarrolla ideas y documentación que comparte y codesarrolla con otros.
- d. Es intensivo en el uso de video conferencias con uno o varios participantes.
- e. El chat, el audio conferencia, el correo, el teléfono y la video conferencia son sus canales de comunicación habituales.

En este caso, debido a la interacción constante del teletrabajador con otros miembros de la organización, se puede inferir que es el mismo sistema de codesarrollo del grupo de trabajo el que permita al empleador medir el cumplimiento de las labores de los teletrabajadores; sin perjuicio de lo explicado, se recomendaría la implementación de un sistema de vigilancia simple que únicamente se avoque a controlar las horas de ingreso al sistema, de tiempo de trabajo y de cierre de sesión.

c. Intensivo en C&C con el exterior

- a. Participa en procesos de colaboración, principalmente con personas fuera de la organización (clientes, proveedores, colaboradores).
- b. Sus grupos de trabajo son poco numerosos.
- c. Desarrolla ideas y documentación que comparte y codesarrolla con otros.
- d. Es intensivo en el uso de las reuniones virtuales (audio, video, compartición de pantalla) con personas externas a la organización.
- e. El chat, el audio conferencia, el correo, el teléfono y la video conferencia son sus canales de comunicación habituales.

En este caso, el cual se puede considerar distinto al anterior debido al factor de la interacción entre el teletrabajador con personas externas a la organización, por lo que podría ser necesaria la implementación de un sistema que permita al empleador fiscalizar el cumplimiento de las directivas en relación con el tratamiento de la información proporcionada o enviada a los elementos externos de la organización. Considero que en este caso, la fiscalización a la labor del teletrabajador en un sentido estricto se realiza a través de los entregables; es decir, el resultado del trabajo realizado por el teletrabajador debería ser el fiscalizado y no el procedimiento para llegar al mismo.

En caso el empleador desee implementar un sistema de fiscalización completo, en el sentido de poder obtener información respecto no solo al tiempo de conexión, sino una fiscalización en tiempo real de las labores del teletrabajador y sin perjuicio de la desproporcionalidad que podría conllevar la aplicación de mencionado sistema, sería recomendable la creación de políticas muy estrictas en relación al equipo de trabajo y fiscalización, consignando la imposibilidad de utilizar dichos equipos para fines personales y fuera de la jornada de trabajo, intentando evitar de dicho modo, la vulneración a la esfera de la intimidad del teletrabajador.

4 Conclusiones

- Las relaciones laborales no sólo son regidas por los derechos originados por la normativa laboral, sino que los trabajadores poseen derechos en base a su calidad de

persona y deben de ser protegidos y respetados por el Empleador, generándose de este modo parámetros para el ejercicio de las potestades del empleador.

- Por regla general, la fiscalización realizada por el empleador no debe vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores; sin embargo, existirían situaciones en las cuales existan elementos suficientes que permitan al empleador restringir el derecho a la intimidad de sus trabajadores. Puntualmente en el caso del teletrabajo, dicha restricción permitiría al empleador equilibrar el conflicto entre la necesidad de fiscalizar del empleador y la protección a la intimidad del teletrabajador.
- La noción de la fiscalización o del control del teletrabajador sin restricciones ocasionaría una grave vulneración a la esfera íntima del mismo, toda vez que resulta más que necesario poder establecer límites razonables al método de fiscalización.
- El empleador cuenta con una gran variedad de sistemas de fiscalización, por lo que cuanto más minucioso resulte; es decir, cuando supervise más aspectos del teletrabajador, se intensifica la posibilidad de una vulneración a la intimidad del teletrabajador.
- Los teletrabajadores podrían recurrir a las instancias judiciales respectivas si consideran que la metodología de fiscalización que se les aplica contiene elementos que vulneran su derecho a la intimidad; generando que dicho sistema tenga que ser evaluado a la luz del test de proporcionalidad, para determinar si la naturaleza de la labor amerita ese nivel de supuesta intromisión a la intimidad.

II. Bibliografía

Blancas Bustamante, Cesar.

2013 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo editorial PUCP.

Blancas Bustamante, Cesar.

2015 *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra Editores.

Correa Prieto, Fiorella Lissette.

2013 El teletrabajo y las nuevas formas de organización del trabajo. *LABOREM*, 195-221.

De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando.

2008 El derecho del trabajador a la dignidad en el marco de la relación laboral. *LABOREM*, 207-230.

De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando.

2010 El derecho a la intimidad del trabajador. *LABOREM*, 209-235.

De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando.

2010 *Tesis para obtener el grado de Magister, El derecho a la intimidad como límite al uso de nuevas tecnologías al interior de la relación laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

De las Heras García, María Aránzazu

2016 *El teletrabajo: un análisis crítico de normas y prácticas*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

García Romero, Belén.

2012 *El teletrabajo*. Navarra: Aranzadi.

García Sánchez, Jesús David; Bermejo Bosch, Reyes; Pérez Canet, Alba.

2018 Tecnología y control laboral. *Actualidad Jurídica*, 150-153.

Jiménez Bernardino, Ángel Ernesto

2007 Análisis comparativo de normativas de teletrabajo en América Latina. *Revista Iberoamericana para la investigación y el desarrollo educativo*, 200-222.

Landa Arroyo, César.

2017 *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Landa Arroyo, César.

2014 *El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora..* THĒMIS, 219-241.

Toyama Miyagusuku, Jorge.

2014 GPS Laboral: La facultad de Fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información. *ius et veritas*, 176-189.

Mujica Neves, Javier.

2014 *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Del Pino Padrón, María Candelaria.

2017 El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones. *Cadernos de Dereito Actua*, 153-164.

Palomeque López, Manuel Carlos; Álvarez de la Rosa, Manuel.

2018 *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Cossio Peralta, André.

2018 *El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores*. Lima: Jurista Editores.

Ramirez Punchin, Eddy Hills; Chuquillanqui Aragón, Oscar Raúl.

2016 El teletrabajo en el Perú: Comentarios al nuevo marco normativo. *Derecho & Sociedad*, 111-120.

Díaz Revorio, Francisco Javier.

2010 Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. *Pensamiento Constitucional*, 33-67.

Prados de Reyes, Francisco Javier

2016 Nuevas tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 1-9.

Cardona Rubert, María Belén

2003 Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas. *LAN HARREMANAK*, 157-173.

Saco Barrios, Raúl.

2007 El teletrabajo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 325-350.

Sánchez Castro, Ivonne.

2017 Teletrabajo en Perú: una herramienta de acercamiento a poblaciones vulnerables. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, 3-24.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo.

2010 *Pero...¿Qué es el teletrabajo?* Obtenido de El blog de Wilfredo Sanguinetti: <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/11/teletrabajo-voz-dic-montoya-wsanguinetti.pdf>

Sanguinetti Raymond, Wilfredo.

2013 *Teletrabajo Y Globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo.

2019 "El trabajo a través de plataformas virtuales". Lima: PUCP (material de clase).

Sargadoy Bengoechea, Juan Antonio.

- 2005 *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra: Aranzadi.
- Sierra Benitez, Esperanza Macarena.
- 2011 *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.
- Toyama Miyagusuku, Jorge; Vinatea Recoba, Luis.
- 2017 *Guía laboral para asesores legales, administrativos, jefes de recursos humanos y gerentes*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Valencia Cantuta, Ana María.
- 2018 *Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla-IUS, 203-226.
- Viega Rodríguez, María José.
- 2011 <http://mjv.viegasociados.com>. Recuperado el 27 de abril de 2019, de <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/Las-nuevas-tecnologias-y-el-derecho-laboral.pdf>
- Foro EFR; Fundación Másfamilia.
- 2012 *El libro blanco del teletrabajo en España*.
- García Mexía, Pablo (director).
- 2016 *El derecho de internet*. Barcelona: Atelier
- Luque Parra, Manuel; Ginès i Fabrellas, Anna.
- 2016 *Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales - CEOE.
- Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia.
- 2012 *Libro Blanco. El ABC del teletrabajo en Colombia*. Bogotá: Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia.
- Miranda Bonilla, Haideer
- 2016 *El acceso a internet como derecho fundamental*. IUS Doctrina, 1-23.
- Rubio Correa, Marcial

2018 *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Thibault Aranda, Javier.

2000 *El Teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.

