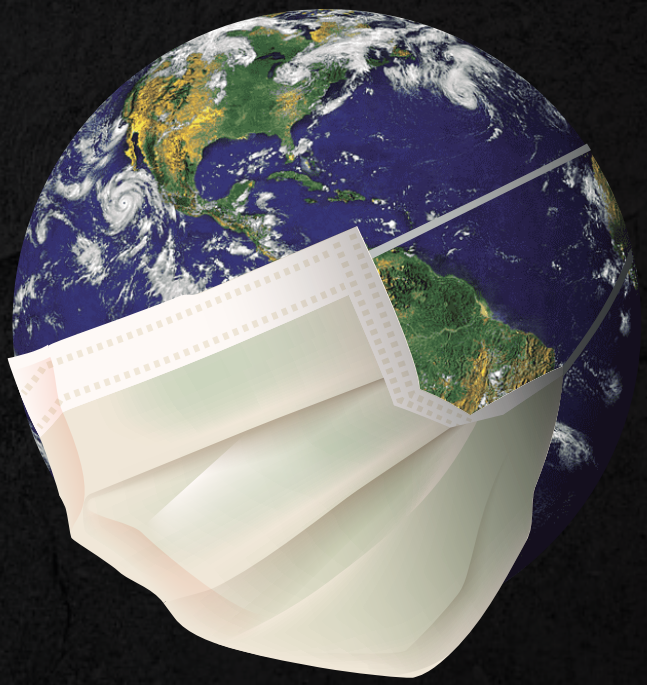
Derecho de los Desastres: Covid-19



Tomo I: Perú

100 años
Colección Centenario

FACULTAD DE DERECHO

PUCP

Derecho de los Desastres:
Covid-19

Derecho de los Desastres: Covid-19

Tomo I: Perú

100 años
Colección Centenario

FACULTAD DE DERECHO

PUCP

Derecho de los Desastres: Covid-19

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660
www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Diseño de cubierta: Gaby Gamarra
Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Primera edición: agosto de 2020

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Diagramado en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Contenido

Presentación
Decano de la Facultad de Derecho
Alfredo Villavicencio Ríos 15

TOMO I
PERÚ

DERECHO CIVIL

Cambio de circunstancias
El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho «viral» y la excesiva onerosidad, también
Luciano Barchi Velaochaga 23

El COVID-19 y el cambio de circunstancias a nivel contractual. Un estudio preliminar
Jairo Cieza Mora 41

El impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú
Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza 93

Frustración del cumplimiento contractual por evento extraordinario: una construcción desde el Civil Law
Guillermo Andrés Chang Hernández 103

Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato
Hugo Forno Odría 117

Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias
Sergio García Long 151

Incumplimiento

Apuntes sobre el incumplimiento contractual generado por el aislamiento social obligatorio
Alfredo F. Soria Aguilar 191

La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19
Roger Vidal Ramos 203

Contratos

Contratos de servicio educativo y pandemia
Max Salazar Gallegos 231

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales. Evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución
Walter Vásquez Rebaza 289

Impacto del aislamiento social obligatorio en los contratos de arrendamiento de viviendas
Lorena Guardia Muguruza 357

Personas y familia

El amor en los tiempos del coronavirus. Los retos del derecho de familia
Yuri Vega Mere 377

La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19
Carlos Antonio Agurto Gonzáles y
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz 389

Reales y registral

COVID-19 y la resiliencia del sistema registral peruano
Gilberto Mendoza del Maestro 409

El bien común y el ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia
Mario Solís Córdova 425

La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis
José Carlos Fernández Salas 451

DERECHO CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo de emergencia ante la pandemia del coronavirus
César Landa 471

DERECHO LABORAL

Retorno seguro al trabajo. Algunas consideraciones a propósito del síndrome del edificio enfermo
Laura Torres Soto y
Orlando De las Casas de la Torre Ugarte 487

El teletrabajo llegó para quedarse. Comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad
César Puntriano Rosas 507

La (in)seguridad jurídica laboral en el Perú en tiempos de pandemia
André Jorge Cossio Peralta 531

DERECHO PENAL

Privados de libertad, derecho penal y pandemia
Iván Meini 551

Riesgos penales en tiempos de COVID-19
Juan Diego Ugaz Heudebert 567

El virus de la desobediencia a la Policía Nacional del Perú en estado de emergencia: fortaleciendo el debilitado principio de autoridad
Víctor García Sandoval 589

Prescripción penal y estados de emergencia
Pamela Morales Nakandakari 603

DERECHO AMBIENTAL

Sistema jurídico ambiental, derecho de los desastres y COVID-19
Pierre Foy Valencia 617

DERECHO DE LITIGIOS

El impacto del COVID-19 en la conducción de los arbitrajes
Mario Reggiardo Saavedra y
Álvaro Cuba Horna 639

Mecanismos concursales adoptados para enfrentar la crisis del COVID-19
Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero 985

Cobrar o condonar, esa es la cuestión: comentarios al cobro de intereses en reprogramaciones durante el COVID-19
Dario Bregante Tassara y
Adolfo Morán Cavero 1003

DERECHO ADMINISTRATIVO

Las potestades de la administración sanitaria peruana y COVID-19
Juan Carlos Morón Urbina 1023

TEORÍA GENERAL

El derecho en tiempo de emergencia sanitaria
Carlos Ramos Núñez 1047

Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra
Eduardo Hernando Nieto 1053

Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza
Fernando del Mastro Puccio 1067

Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis desde la teoría de la justicia 1081
José Enrique Sotomayor Trelles

Dinámicas alrededor de la educación en una facultad de derecho en pandemia: hallazgos preliminares
Hans Enrique Cuadros Sánchez 1105

TOMO II
ESTUDIOS INTERNACIONALES

LATINOAMÉRICA

El «hecho del príncipe» como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos
Carlos Pizarro Wilson 1121

¿Cómo enfrentar los efectos del COVID-19 en una legislación que no reconoce explícitamente la «teoría de la imprevisión»?
Enrique Alcalde Rodríguez 1137

Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador
Hugo Cahueñas 1149

O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade
Flávio Tartuce 1175

REINO UNIDO

Covid-19 and frustration in English law
Hugh Beale y
Christian Twigg-Flesner 1185

Coronavirus contract law in Scotland
Hector L. MacQueen 1201

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Force majeure in the time of coronavirus
Kenneth A. Adams 1223

EUROPA

Financing the corona crisis in the European Union, meandering between national selfishness and community thinking
Hans-Bernd Schäfer 1237

La Unión Europea en tiempos de coronavirus
Alessandro Somma 1245

Estonian contract law. How well prepared to response to pandemic
Irene Kull y
Georg Kuusik 1499

Greece. Corona virus and its impact on contracts
Eugenia Dacoronia 1521

Sobre los autores 1527

El teletrabajo llegó para quedarse: comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad

César Puntriano Rosas
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. A manera de introducción: el impacto de la pandemia en el Perú y las principales medidas legales dispuestas por el Gobierno

La pandemia del COVID-19 está golpeando al país con dureza. A la fecha, según cifras del Ministerio de Salud, el número de contagiados supera los 100 000, mientras que la cantidad de fallecidos excede las 3000 personas. Frente a ello, el Gobierno viene emitiendo una serie de normas para contener la propagación del COVID-19.

Entre ellas, cabe señalar al Decreto Supremo Nº 008-2020-SA, mediante el cual se declaró la emergencia sanitaria por 90 días calendario, y luego fue ampliada por el Decreto Supremo Nº 020-2020-SA hasta el 7 de setiembre; el Decreto de Urgencia Nº 026-2020, que establece medidas excepcionales como el trabajo remoto, disponiendo su obligatoriedad para los trabajadores comprendidos en el grupo de riesgo; el Decreto de Urgencia Nº 029-2020, que dicta medidas complementarias; el Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM, que declaró estado de emergencia nacional por 15 días calendario desde el 16 al 31 de marzo de 2020; el Decreto Supremo Nº 046-2020-PCM, que lo precisó, y los decretos supremos Nº 051-2020, Nº 064-2020-PCM, Nº 075-2020-PCM, Nº 083-2020-PCM y Nº 094-2020-PCM, que lo han venido prorrogando sucesivamente, al momento de concluir la redacción de este artículo, hasta el 30 de junio de 2020.

Las normas mencionadas limitan la movilidad de la población al disponer el aislamiento social obligatorio salvo que se trate de actividades esenciales para la sociedad. Así, por ejemplo, se garantiza el abastecimiento de alimentos y medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, transporte de mercancías, entre otras. Inclusive se establece un período de inmovilización social obligatoria que exige que las personas permanezcan en sus domicilios, salvo las que laboren en actividades esenciales, quienes padezcan una situación de emergencia médica o la prensa. En la actualidad, por el Decreto Supremo Nº 083-2020-PCM, la inmovilización social obligatoria va desde las 20:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente, con excepción de los departamentos de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Loreto, en los que la inmovilización social rige desde las 16:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente. Así mismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos

en el territorio nacional durante todo el día. Se dispuso el cierre de las carreteras y aeropuertos.

La pandemia del COVID-19 y las medidas gubernamentales de cierre han impactado seriamente a la economía latinoamericana y, desde luego, a la nuestra. En el primer caso, este año habría 11,6 millones de desocupados más que en 2019; el PBI caería en 5,3 %; el desempleo se incrementaría en 3,4 %; la pobreza aumentaría al menos 4,4 %, lo que significa 28,7 millones de personas adicionales respecto a 2019; la pobreza extrema aumentaría en 2,6 % (más de 15 millones de personas adicionales) (CPAL, 2020). En el caso de nuestra economía se proyecta que esta se contraería en un 4,5 % del PBI al cierre de 2020. Según cifras del Ministerio de Trabajo,[1] la suspensión de actividades no esenciales ha afectado a 190 515 empresas y a 1 724 099 trabajadores. De ese total, son 116 489 las empresas con mayor riesgo de cierre, lo que afectaría a más de 900 000 trabajadores (Ministerio de Trabajo, 2020).

Para afrontar esta situación, el Gobierno ha dispuesto algunas medidas, como la creación del trabajo remoto, la disposición del otorgamiento de licencias con goce de haberes al personal que no podía laborar remotamente, la posibilidad de adoptar otras medidas para salvaguardar el empleo y la remuneración (cuando no aplique trabajo remoto ni licencia con goce de haber) e, inclusive, la suspensión perfecta de labores. También se ampliaron los servicios virtuales en materia de trabajo y promoción del empleo, tanto en Lima Metropolitana como en las regiones.

Adicionalmente, se hizo lo siguiente:

- Pago de un bono al personal de EsSalud.
- Apoyo a las empresas con un subsidio de hasta el 35 % del valor de las remuneraciones del personal registrado en planilla al mes de enero de 2020 y cuya remuneración no excediera los S/1500.
- Programa Reactiva Perú para ayudar a los empresarios a cumplir con sus responsabilidades económicas. El programa cuenta con S/30 mil millones que se pondrán a disposición como garantía crediticia. Los créditos tienen una cobertura que va desde el 80 % hasta el 98 %.
- Asunción por parte de EsSalud del subsidio por los primeros 20 días de incapacidad temporal para el trabajo en caso el trabajador se contagie con COVID-19 y su remuneración tenga como tope la suma de S/2400.
- Retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) desde el 28 de marzo de 2020 hasta el 7 de setiembre de 2020, hasta por la suma de S/2400.
- Retiro adicional de la CTS para que los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta de labores que tuvieran cuenta CTS puedan disponer de lo depositado en esta hasta por una remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido durante la suspensión de labores.
- Aquellos trabajadores que no tuvieran saldo en su cuenta CTS podían pedir a su empleador el adelanto del pago de la CTS de mayo 2020, que se depositaba

1 Cifras tomadas de la presentación de la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo ante la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, mayo de 2020.

hasta el día 15 pasado, y la gratificación de julio 2020, calculados a la fecha del desembolso.

- Los trabajadores de la microempresa sujetos al régimen mype, quienes no tienen derecho a CTS, que perciban una remuneración mensual bruta hasta de S/2400, percibirán de EsSalud una prestación económica de hasta S/760 por mes vencido que dure la suspensión, hasta por tres meses.
- Los afiliados a una AFP podrán retirar hasta S/2000 de su fondo, previa solicitud presentada a su AFP desde el 30 de abril de 2020. Las AFP confirmarán que corresponde el desembolso, con base en la información de las suspensiones perfectas de labores aprobadas que el Ministerio de Trabajo le proporcione. Este beneficio es excluyente con el retiro extraordinario previsto en el Decreto de Urgencia Nº 034-2020, el cual permite a los afiliados retirar hasta S/2000 de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), siempre que, hasta el 31 de marzo de 2020, no cuenten con acreditación de aportes previsionales obligatorios a la referida cuenta, por al menos seis meses consecutivos.
- En forma adicional, se permite retirar hasta S/2000 de la CIC a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP), siempre que al momento de evaluación de la solicitud no cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente al mes de febrero de 2020 o marzo de 2020. En el primer caso la solicitud se presenta hasta el 20 de abril de 2020 y, en el segundo, una vez culminado el retiro extraordinario del primer grupo.
- También pueden retirar hasta S/2000 aquellos afiliados cuya última remuneración declarada no supere los S/2400, en tanto al momento de la evaluación de su pedido puedan acreditar el aporte devengado en el mes de febrero 2020 o marzo 2020. Dicho monto será entregado en dos pagos mensuales consecutivos, el primero de S/1000 y el segundo por la diferencia. Este retiro es de libre disponibilidad e inembargable, y es excluyente con el retiro de hasta S/2000 autorizado por Decreto de Urgencia Nº 034-2020 detallado anteriormente.
- Posibilidad de que el empleador aplace el depósito CTS que debió efectuarse hasta el 15 de mayo de 2020 hasta noviembre de este año, excepto para los trabajadores que perciban una remuneración bruta mensual de hasta S/2400 o estén incluidos en una suspensión perfecta de labores. A ello deberán agregarse los intereses correspondientes.
- Pago de un bono universal a familias de S/760.

Adicionalmente, y para aquellas empresas que no pudieran implementar el trabajo remoto o la licencia con goce de haberes por el tipo de actividades que desarrollan sus trabajadores o por la afectación económica, el 14 de abril de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto de Urgencia Nº 038-2020, que estableció medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores por el COVID-19, con miras a preservar los empleos. Esta norma entró en vigencia el 15 de abril de 2020 y es aplicable a trabajadores y empleadores del sector privado, lo cual incorporaba a grandes, medianas, pequeñas y microempresas, de cualquier sector de actividad económica, incluyendo los que tienen un régimen especial (construcción civil, agrario,

minero, portuario, etcétera). Además, también están comprendidas las empresas estatales y sus trabajadores.

El decreto permitía a los empleadores que no pudieran implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haberes recuperable, por la naturaleza de sus actividades o por la afectación económica que padecían, adoptar las medidas que resultaran necesarias con el fin de mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.

Se habilitaba con ello, y luego de intentar llegar a un acuerdo escrito o virtual con los trabajadores, la reducción unilateral de la jornada laboral y la remuneración, el otorgamiento de vacaciones, la conversión de trabajadores *full time* en *part time,* entre otras medidas. No era viable imponer la licencia sin goce de haber, porque la finalidad de la norma es asegurar la percepción de remuneraciones, aunque reducidas. Luego, el Decreto Supremo Nº 011-2020-TR, norma reglamentaria, dispuso que las medidas eran consensuadas, salvo la imposición de vacaciones adquiridas y no gozadas.

Según el decreto de urgencia, estas medidas pueden regir hasta 30 días calendario luego de terminada la emergencia sanitaria, es decir, hasta el 7 de octubre de 2020, salvo que el Gobierno decidiera prorrogar el plazo.

De manera excepcional, se permitía la suspensión perfecta de labores a través de su regulación *ad hoc,*[2] bajo las siguientes pautas aplicables desde el 15 de abril de 2020:

1) El empleador debe presentar una comunicación al Ministerio de Trabajo, con carácter de declaración jurada según formato publicado en el portal web del Ministerio de Trabajo (www. gob.pe/mtpe).
2) En dicha comunicación deben exponerse los motivos que la sustentan: caso fortuito, fuerza mayor, impacto económico o cualquier otra causa que no permita reanudar las labores y/o pagar las remuneraciones del personal.
3) Dentro del plazo de 30 días útiles de presentada la comunicación en referencia, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) verificará la existencia de la causa invocada. De comprobarse su inexistencia o la afectación a la libertad sindical (lo que implica usar deliberadamente la suspensión para incurrir en actos antisindicales, pero no prohíbe incluir personal sindicalizado en la medida siempre que se justifique), el Ministerio de Trabajo deja sin efecto la suspensión, debiendo el empleador abonar las remuneraciones no pagadas y decretar la reanudación de labores cuando corresponda. En este caso, el período dejado de laborar es considerado como laborado para todo efecto legal, es decir, computable para el cálculo de la CTS, gratificaciones, remuneraciones vacacionales e, inclusive, participación legal en las utilidades.

2 En nuestra opinión era absolutamente legal que las empresas se acogieran a la suspensión perfecta de labores regulada por caso fortuito o fuerza mayor regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, las cuales pudieron ocurrir de manera previa a la vigencia del Decreto de Urgencia Nº 038-2020, así como también con posterioridad a esta.

4) El Ministerio de Trabajo emite resolución confirmando o no la suspensión dentro del sétimo día útil de efectuada la verificación por SUNAFIL. Si no lo hace, se aplica el silencio administrativo positivo, esto es, se asume confirmada la suspensión.
5) Si el Ministerio de Trabajo confirma la suspensión, el tiempo que dure esta no es computable para CTS, gratificaciones y participación en las utilidades, pero sí para el récord vacacional.
6) Durante la suspensión, el empleador deja de aportar a EsSalud, pero esta entidad continuará prestando su asistencia en dicho lapso, financiada por el Ministerio de Economía. La asistencia comprende atenciones médicas, prestaciones preventivas y promocionales.

Como vemos, se emitieron una serie de medidas de índole laboral, aunque la mayoría de ellas no resultaba suficiente para cumplir con el objetivo de preservar el empleo. Debido a la crisis, muchas empresas han decidido no renovar contratos temporales, suspender labores y cesar personal arbitrariamente inclusive, debido al gran impacto de la coyuntura existente. Entre tanto, aquellas que continúan operando lo hacen de manera presencial, en lo que resulte necesario y, sin duda, por la vía remota, empleando intensivamente la tecnología. El teletrabajo asoma como opción para preservar el empleo del personal que labora a distancia sin hacerlo de manera presencial y como nueva modalidad de trabajo en la era post-COVID-19.

2. El teletrabajo: noción, características, ventajas, desventajas y marco legal vigente

2.1. Definición y características

Definición

La doctrina no es unánime al definir al teletrabajo; transcurridos más de veinte años desde su aparición, todavía no existe una definición consensuada y ni siquiera una denominación común. La diversidad de definiciones también se debe a que el teletrabajo es abordado desde diversos enfoques, como el económico, el sociológico o el jurídico, por lo que sería utópico catalogar una definición como totalizadora.

Jack Nilles, pionero en la utilización del término teletrabajo, lo definió como «cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información», o, más gráficamente, como «la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador en lugar de enviar el trabajador al trabajo» (Thibault, 2000, p. 24).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al teletrabajo como «cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías» (OIT, 1995, p. 10).

El grupo de expertos de la Comisión Europea y de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo definió al teletrabajo como «cual-

quier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones» (Banplain, 1984, p. 5).

La Asociación Catalana de Teletrabajo lo define como:

> una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede utilizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa [...]. (Thibault, 2000, p. 24)

La doctrina ha conceptualizado al teletrabajo de distintas maneras: como «la prestación de quien trabaje, con un video terminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación va dirigida» (Thibault, 2000, p. 24); como «la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador, y cuya realización se lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto, obviamente, los trabajadores autónomos» (Thibault, 2000, p. 24).

Así mismo, se afirma que «teletrabajo es trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena»; que se trata de la «actividad laboral, generalmente en el sector servicios, por cuenta propia o ajena, que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo habitual, utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones» (Rodríguez, 2001). Finalmente, se sostiene que el teletrabajo es «una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de telecomunicación» (Thibault, 2000, p. 24).

Sin pretender ser totalizadores respecto a la concepción del teletrabajo, desde un enfoque netamente jurídico, para nosotros el teletrabajo supondría un rompimiento con los tradicionales paradigmas fordistas del concepto de empresa y relación de trabajo, el cual se manifestaría mediante la prestación de servicios por parte del trabajador desde cualquier lugar fuera de la empresa (en su casa, en centros de teletrabajo o de manera itinerante) utilizando las nuevas tecnologías de la información, ya sea para efectos de la recepción de instrucciones, la comunicación con su empleador o la entrega de resultados o inclusive para el propio ejercicio de sus derechos laborales.

Notas características

Como indicamos en el punto precedente, tratándose del teletrabajo, se hace muy complicado encontrar una definición que se adapte a este fenómeno que posee implicancias jurídicas, sociales, económicas, etcétera; sin embargo, hemos tratado de

citar aquellas que nos parecieron más ilustrativas. En todo caso, siguiendo a quienes señalan que cuando una institución es difícil de definir, para efectos de una mejor comprensión del teletrabajo, explicaremos algunos de sus rasgos o notas características, extraídos de las definiciones enunciadas anteriormente.

Los referidos rasgos que caracterizan al teletrabajo son: (i) la localización, (ii) la utilización de tecnologías de la información y (iii) la organización del trabajo.

a) *La localización:* respecto a esta nota característica del teletrabajo, la doctrina sostiene que ella implica que la actividad laboral se desarrolla en un espacio físico que se encuentra fuera de la empresa (Gala, 2001, p. 118), y que el «teletrabajo es trabajo realizado lejos del lugar donde el resultado es esperado, esto es, a distancia del empleador o cliente a quien va destinado, de manera que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo» (Thibault, 2000, p. 26).

   En efecto, la localización es un elemento caracterizador del teletrabajo, puesto que este implica que el teletrabajador preste sus servicios desde fuera del local de la empresa, ya sea desde su domicilio o cabina pública donde tenga acceso a las tecnologías de la información, como una PC, un módem, un fax, una video-cámara, mediante las cuales realice su actividad profesional. Cabe añadir que para que un teletrabajador sea considerado como tal no es necesario que preste sus servicios fuera de la empresa permanentemente, pudiendo realizarse de manera alterna en los locales de la empresa.

b) *Uso de nuevas tecnologías de información:* coincidimos con Thibault (2000) cuando manifiesta que «el teletrabajo [...] es trabajo a distancia haciendo un uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación (teléfono, fax, correo electrónico, redes de área local, videoconferencia) (2000, p. 26).

   Se aprecia la trascendencia que deben tener las herramientas técnicas de la informática y las telecomunicaciones para que el teletrabajador pueda ejercer de manera efectiva su actividad laboral. No estamos ante el supuesto de un trabajador que utiliza un *beeper,* teléfono celular o radio para comunicarse con su empleador, sino que el mecanismo esencial para que el teletrabajador preste su servicio es a través del soporte informático. Es el elemento informático una condición necesaria para el teletrabajo.

   El uso de nuevas tecnologías es una nota esencial del teletrabajo que lo hace diferir del trabajo a domicilio tradicional. En efecto, si bien ambos comparten la característica de ser trabajo a distancia, ya que el teletrabajo es siempre a distancia, este fenómeno consiste «fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles» (Thibault, 2000, p. 27). Citando un ejemplo, el traductor no teletrabaja al desarrollar su actividad de manera tradicional y enviando el resultado por correo a su empleador. En cambio, si recibe el texto por traducir en su terminal portátil, utiliza el correo electrónico para comunicarse con la empresa, recibe instruccio-

nes a través del MODEM y transmite la traducción por vía telemática, sí podría considerarse que está teletrabajando (Thibault, 2000, p. 26).

c) *Organización del trabajo:* como consecuencia de que el teletrabajo se desempeña fuera del local de la empresa y de que el teletrabajador emplea nuevas tecnologías de información, es necesario que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo (Gala, 2001, p.118). Thibault (2000), por su parte, afirma que «el teletrabajo es una forma de organización y realización del trabajo distinta [...] La utilización de los instrumentos de teletrabajo tiene un efecto descentralizador que permite la externalización de una actividad que habitualmente se ejecutaba en la empresa [...]» (p. 26).
En efecto, la actividad laboral ejecutada por el teletrabajador necesita de una organización que difiere totalmente del trabajo tradicional, desde las herramientas informáticas de que se sirve el teletrabajador hasta sus relaciones con sus compañeros de trabajo y, por supuesto, con su empleador. Para algunos autores, por ejemplo, se diluye el poder de dirección del empleador, mientras para otros se presenta una disminución en las concentraciones industriales, lo cual puede traer consigo un debilitamiento del movimiento sindical que normalmente encuentra allí su hábitat natural (Thibault, 2000, p. 237).
Como vemos, estos cambios fácticos en la estructura de las relaciones laborales producidas por la implementación del teletrabajo deben traer como consecuencia una modificación en la estructura organizativa, que incluya tanto a los sujetos individuales (teletrabajador, empleador) como a los sujetos colectivos (organizaciones sindicales, organizaciones patronales), con el fin de que esta forma de prestar servicios tenga resultados altamente productivos.

Es importante destacar que existen opiniones que denominan al teletrabajo como *e-trabajo*, definiéndolo como «el modo de realizar la actividad laboral utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)». Adicionalmente, señalan que:

> el concepto de teletrabajo no es simplemente trabajar a distancia, sino algo más profundo que incluye el hecho de *trasladar las mentes, no los cuerpos,* creándose un espacio tácito de trabajo (una oficina virtual) donde pueden coexistir todos los componentes, virtualmente reunidos (miembros de un equipo, clientes, proveedores, etc.), que permite la aparición de nuevas relaciones (Trabajo en Red), posibilidad que facilita la configuración de organizaciones distribuidas. (Thibault, 2000, p. 242)

Si bien esta definición no limita el contenido del teletrabajo a su localización, esto es, que se efectúe fuera de las instalaciones de la empresa ya sea total o parcialmente, poniendo el acento en el uso de las nuevas tecnologías de la información, consideramos que para que nos encontremos frente a dicho fenómeno es necesaria la presencia concurrente de las tres notas características antes citadas, no bastando el empleo de las TIC. Thibault (2000), respecto a las notas características del teletrabajo, afirma: «Estos requisitos obviamente son interdependientes entre sí, de tal modo que deben darse simultáneamente para que en rigor pueda hablarse de teletrabajo,

pues el trabajo a distancia es tan viejo como el Derecho del Trabajo y el trabajo con nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no es, por supuesto, privativo del teletrabajo» (Thibault, 2000, p. 26). (Cursivas nuestras)

2.2. Ventajas y desventajas

En este punto reflexionaremos sobre las ventajas e inconvenientes que presenta el teletrabajo para ambas partes de la relación laboral, es decir, para el empleador y el teletrabajador (Asociación Española de Teletrabajo, 2002, p. 41).

a) *Ventajas para el trabajador.* Podemos enumerar las siguientes:

a.1) Autonomía funcional y carencia de controles: que significa que el teletrabajador puede autoprogramar sus tiempos, no encontrándose sujeto a régimen disciplinario alguno. Esto permite al teletrabajador adaptar sus horas de trabajo a necesidades personales y familiares.

a.2) Posibilidad de integrarse de mayor manera con su núcleo familiar: esta ventaja se aprecia más en los teletrabajadores a domicilio, pues permanecen en su hogar sin estar desplazándose a la oficina central de la empresa.

a.3) Ahorro de tiempo y costos de transporte: ventaja estrechamente relacionada con la anterior, puesto que el teletrabajador, al permanecer en su domicilio, no invertirá tiempo ni dinero en desplazarse hacia las instalaciones de la empresa.

a.4) Posibilidad de que el teletrabajador participe en procesos productivos internacionales: esto se hace patente mediante la inserción del teletrabajador a través de la red en proyectos que se realicen de manera simultánea en distintos países empleando las telecomunicaciones internacionales.

a.5) Otras ventajas no menos relevantes son el aumento de la calidad de vida, una mayor libertad en temas como el vestuario[3] y las relaciones con los compañeros de trabajo, la reducción del estrés y la fatiga (Gala, 2001, p. 119).

a.6) Una ventaja por relevar es la referida a la superación de las barreras arquitectónicas en personas discapacitadas. Un ejemplo ilustrativo es el de los minusválidos que citamos cuando nos referimos al criterio locativo (Rodríguez, 2001, p. 229).

b) *Ventajas para el empleador.* Podemos considerar las siguientes:

b.1) Prestación fuera del establecimiento: esto implica que se vean disminuidos los riesgos laborales, como la eliminación de la responsabilidad del empleador por los accidentes.

3 Respecto al vestuario, si bien la autora no hace un mayor desarrollo, suponemos que se referirá a que el teletrabajador no estará obligado a uniformarse o vestirse formalmente, de ser el caso, ya que no acude físicamente a la empresa. Esta afirmación es relativa, ya que de presentarse reuniones en tiempo real con clientes o ejecutivos de la empresa utilizando video-cámaras, el teletrabajador deberá vestirse formalmente o con el uniforme que la empresa proporciona usualmente a sus trabajadores.

b.2) Requerimiento mínimo de una estructura de funcionamiento: esta ventaja se traduce en la posibilidad de eliminar áreas administrativas tradicionales de la empresa, como oficina de personal, servicio médico en planta, guarderías, etcétera.

b.3) Reducción de gastos: se minimizan los consumos de servicios de electricidad, agua, teléfono, limpieza, útiles de escritorio, etcétera; los gastos en mantenimiento de la oficina; los gastos de condiciones de trabajo, cuando deban ser suministrados por la empresa, como uniforme, alimentación, transporte. Un ejemplo del ahorro se ha dado en la empresa IBM España, ya que antes de la implementación del teletrabajo en su estructura productiva cada uno de sus trabajadores contaba con un espacio en las oficinas madrileñas de la compañía. Con posterioridad a la implementación del teletrabajo, tres personas comparten la misma ubicación, ya que rara vez coinciden (Gala, 2001, p. 118).

b.4) Mejora de oportunidades al seleccionar al personal: efectivamente, se puede contratar a trabajadores que prefieran prestar sus servicios desde sus domicilios, o que vivan muy lejos de la empresa; en este último caso, aparte de configurarse un teletrabajo a domicilio, podemos pensar en un teletrabajo en telecentros.

b.5) Menor incidencia de situaciones ajenas a la voluntad de las partes: esto se refiere a supuestos en que huelgas de transporte o fenómenos climáticos impidan a los trabajadores acudir a las instalaciones de la empresa, situación que retarda el proceso productivo. En cambio, si desarrollan su prestación desde su domicilio, no se verán perjudicados por dichos eventos, pudiendo ejercer su actividad laboral con normalidad.

La implementación del teletrabajo no solamente trae consigo las ventajas antes señaladas, sino también una serie de desventajas para ambos contratantes en la relación laboral.

c) *Desventajas para el trabajador.* Podemos enumerar las siguientes:

c.1) Sensación de aislamiento y menor integración en la empresa para la que presta servicios: efectivamente, el teletrabajador podría sentirse aislado al no encontrarse en contacto físico con sus compañeros de trabajo ni con las instalaciones de la empresa. Así mismo, si lo que se quiere es que el trabajador se identifique con su centro de labores y se comprometa íntimamente con el trabajo que desempeña, dicha integración con el funcionamiento y la filosofía de la empresa se hace muy complicada si el trabajador no se encuentra presente en ella. Considero que esta situación puede paliarse programando que la jornada del teletrabajador se preste parcialmente en las instalaciones de la empresa.

c.2) Problemas de promoción profesional o pérdida de estatus: esta desventaja se refiere a que el teletrabajador se sentirá relegado respecto a sus demás compañeros que trabajan en planta en el propósito de alcanzar promociones como ascensos o felicitaciones provenientes del empleador (Gala, 2001, p. 118). Al respecto, creemos que aun si el teletrabajador acude con poca regu-

laridad a la planta o simplemente no acude, ello no trae como consecuencia que el empleador no lo fiscalice permanentemente, y que dicha supervisión puede traer consecuencias positivas para el teletrabajador, como aumentos o promociones si cumple su prestación de manera eficiente. Así mismo, puede traer sanciones por incumplimiento de sus obligaciones laborales.

c.3) Inseguridad del trabajador respecto a su posición y condición dentro de la empresa o riesgo de explotación: desventaja muy relacionada con la anterior. A nuestro entender, consistiría en que el teletrabajador se siente más prescindible que sus compañeros de trabajo que se encuentran en planta, creyendo que para el empleador sería más sencillo despedirlo.

Al respecto, creemos que el empleador no puede basarse en la mínima asistencia o inasistencia del teletrabajador a la empresa para desatender sus derechos laborales. Los teletrabajadores son titulares de derechos laborales, tanto individuales como colectivos, al igual que los demás trabajadores, los cuales son eficaces frente al empleador. De los derechos colectivos de los teletrabajadores nos ocuparemos más adelante.

Respecto al riesgo de explotación, opinamos que este puede darse tanto para los trabajadores «centralizados» como para los teletrabajadores.

d) *Desventajas para el empleador.* El teletrabajo trae también diversas desventajas para las empresas, algunas de las cuales enumeramos a continuación:

d.1) Pérdida de espíritu de equipo y problemas de lealtad hacia la empresa: la segunda de ellas puede presentarse como un problema de reserva y confidencialidad de los datos que se posean en la empresa (Gala, 2001, p. 119).

Con relación a la desventaja de la pérdida de espíritu de equipo, consideramos que el empleador, en la distribución de encargos que efectúe, puede procurar que algunos se realicen por equipos de teletrabajadores, para fomentar la cooperación y el trabajo en equipo. Así mismo, podría realizar reuniones de integración entre el personal de la empresa a efectos de crear un ambiente de camaradería.

En relación con los problemas de reserva y confidencialidad, este inconveniente no solo se puede presentar en los teletrabajadores, ya que un trabajador que se encuentra en las instalaciones de la empresa también puede tener acceso a información confidencial y darle un uso indebido.

Una posible solución sería centralizar la información confidencial en el personal de confianza del empleador, el cual no debe ser demasiado numeroso para, así, garantizar el control del manejo de la información reservada de la empresa que realice dicho personal.

d.2) Otra desventaja que hace patente es *la dificultad de control y supervisión por parte del empleador* (Gala, 2001, p. 119).

No compartimos esta opinión de la autora, ya que este control del empleador es posible tanto cuando el teletrabajador se encuentra conectado como desconectado.

> En efecto, el empleador puede implementar toda una serie de instrumentos técnicos de control a distancia. «En el teletrabajo interactivo, el trabajador se encuentra expuesto en tiempo real a la vigilancia directa del empresario mientras que en aquellos otros supuestos sin conexión telemática este control es también posible, aunque diferido mediante la utilización de determinados programas (*in accounting*)» (Thibault, 2000, p. 121).
> El citado autor ofrece un ejemplo de control en una empresa española de tele-encuestas, en la que se registra la hora en que el teletrabajador empieza, su hora de finalización, las llamadas que realiza y su duración; cuántos le cuelgan. Además, se graba hasta su voz y el ordenador vigila hasta los tiempos de descanso de los teletrabajadores (Thibault, 2000, p. 122).
> Respecto a esta «desventaja» podemos concluir citando que: «el control semanal o mensual de la prestación supone una posibilidad de vigilancia superior a la fiscalización realizada en el trabajo presencial» (Thibault, 2000, p. 121).

Gala (2001) expone, de manera general, las ventajas e inconvenientes que puede ocasionar la implementación del teletrabajo en la sociedad. Dentro de las ventajas, la autora señala que podemos nombrar la reducción de problemas de transporte, como la congestión diaria, el ahorro energético, la disminución de la contaminación ambiental y del ruido provocado por los desplazamientos, la integración en la vida laboral de colectivos con dificultades como el caso de los minusválidos, y el aumento de la calidad de vida en la población. Entre los inconvenientes se encuentran el riesgo de incumplimiento de legislación laboral y previsional, y los problemas de la participación de los agentes sociales en este ámbito (2001, p. 119).

Concordamos con la autora en que el teletrabajo trae un sinnúmero de ventajas a la sociedad y, adicionalmente a las recogidas por ella, destacamos aquella que consiste en la configuración de una nueva sociedad, la *e-sociedad,* o sociedad del *bit,* caracterizada por el empleo intensivo de las nuevas tecnologías de la información, cuyo objeto de producción es la información y el conocimiento, una sociedad sin fronteras, en la cual los *e-ciudadanos* encuentran en la internet y en las telecomunicaciones el mecanismo para conocer, comunicar sus ideas, evolucionar.

En tal sentido, nos inclinamos por una integración paulatina de nuestras empresas hacia este mecanismo de prestación de servicios en virtud de las grandes ventajas que resultarían a favor de ambas partes de la relación laboral, y de la sociedad en general, ventajas antes enumeradas y que sería redundante repetir.

Somos conscientes de que existen también desventajas, y si estas no logran ser manejadas pueden traducirse en costos sociales muy grandes que hagan peligrar la materialización del teletrabajo en nuestro medio. Al respecto, creemos que dichas desventajas son manejables mediante una adecuada organización por parte de la empresa, un minucioso control y evaluación de su personal, así como un estricto respeto a los derechos de los trabajadores en general, capaces de minimizarlas e, incluso, de hacerlas desaparecer.

Es pues necesario un compromiso de los actores sociales involucrados, de la sociedad en general, y, por qué no decirlo, también del Estado, a efectos de que este

sistema sea eficiente, lo cual redundará en beneficio de los trabajadores, la empresa misma y el país en general.

Resulta importante recoger unas pautas que proporciona la Organización Internacional del Trabajo (2020) en cuanto al teletrabajo en esta época del COVID-19. Así, la OIT formula algunas recomendaciones para que el teletrabajo tenga mayor efectividad, considerándolo como un componente importante de respuesta a la pandemia del COVID-19, y que resumiremos seguidamente:

- Respaldo de los directivos: es importante contar con la aprobación de la alta dirección para que el teletrabajo sea eficaz. Ello supone definir resultados, objetivos, nuevas formas de retribución al personal.
- Otorgar adecuadas herramientas, lo cual supone tener acceso a equipo apropiado, asistencia técnica suficiente y formación tanto para los jefes como para quien trabaja a distancia. La empresa debe esforzarse para que el teletrabajador se mantenga en contacto con sus compañeros de trabajo.
- Expectativas claras, pues es necesario que los teletrabajadores conozcan sus condiciones de trabajo, lo que se espera de ellos, sus posibilidades de crecimiento, la disponibilidad horaria y cómo supervisar la evolución e informar de los resultados.
- Flexibilidad del tiempo de trabajo. El teletrabajo puede ofrecer flexibilidad a los trabajadores para hacer sus tareas en el horario y el lugar que más les convenga, siempre y cuando permanezcan a disposición en el horario normal de trabajo de la institución. Esta flexibilidad es esencial para que el teletrabajo sea eficaz.
- Resulta fundamental que el teletrabajador cree su estrategia personal para equilibrar el trabajo y su vida personal. Acá entra en juego el derecho a la desconexión digital.
- La confianza como «pegamento» que sujeta la estructura. Los directivos, quienes trabajan a distancia y sus colegas deben confiar los unos en los otros. Sin eso, el teletrabajo no puede ser eficaz.

En nuestra opinión, el teletrabajo constituye una herramienta que permite a los trabajadores realizar sus labores sin riesgo de contagio de COVID-19. Además, posibilita a los padres de familia cuidar a sus hijos, quienes cursan sus estudios escolares en casa, y cumplir con su actividad laboral.

Nuestro país no es el único que ha adoptado al teletrabajo como estandarte para la preservación de empleos. Lo han hecho también otros países de Latinoamérica. En Chile, por ejemplo, los servidores públicos que forman parte del grupo de riesgo pueden laborar desde su hogar. En Argentina, el teletrabajo es implementado para trabajadores públicos y privados, quienes se encuentran en aislamiento social (CPAL, 2020).

Compartimos, sin embargo, una preocupación recogida por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en un reciente estudio, en el que sostiene que un tema que afecta a trabajadores tradicionales y a teletrabajadores, en mayor medida, es la «hiperconectividad» y su efecto negativo sobre la conciliación entre la vida fami-

liar y la laboral. Se sostiene que Francia y España fueron los primeros en legislar el derecho a la desconexión digital, a través de la Ley Nº 2016-1088 y la Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales de 2018, respectivamente. En América Latina existe un avance menor en la reforma laboral para incorporar medidas que equilibren la vida personal y el trabajo. El derecho a la desconexión digital prácticamente es inexistente en nuestro país, por lo que el reto será su reconocimiento por las empresas, aun cuando carezcamos de una norma que lo regule (BID, 2019).

2.3. Regulación peruana del teletrabajo

La Ley Nº 30036, que regula el teletrabajo, y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 017-2015-TR, toman partido por considerar a esta prestación como subordinada, reconociendo sus notas esenciales. Así mismo, se recogen como elementos coadyuvantes del mencionado carácter la provisión por el empleador de los medios físicos, métodos informáticos, dependencia tecnológica, propiedad de los resultados, entre otros.

Existen dos modalidades de teletrabajo: i) la forma completa, en la cual el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública, pudiendo acudir ocasionalmente a estos para las coordinaciones que sean necesarias; y, ii) la forma mixta: el teletrabajador presta servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública.

En cuanto al uso y cuidado de los equipos que emplee el teletrabajador, se dispone que si estos son proporcionados por el empleador, aquel es responsable de su correcto uso y conservación, impidiendo que terceros ajenos a la relación laboral los utilice. Entendemos que los equipos deberán ser usados con diligencia, procurando que únicamente sean objeto del desgaste natural derivado de su uso habitual. En el caso de que el equipo sufriera algún daño, el teletrabajador podrá ser sancionado, salvo que se trate de un hecho que razonablemente no hubiera podido prever.

Si el teletrabajador aporta sus propios elementos de trabajo, la norma dispone que el empleador debe compensar la totalidad de los gastos, incluidos aquellos relacionados con la comunicación. Por ejemplo, si el teletrabajador emplea la línea de internet de su domicilio para ejecutar sus labores, el empleador deberá asumir al menos una parte proporcional o, en su defecto, contratar un servicio de internet móvil. De efectuarse el teletrabajo desde una cabina de internet, el empleador también debe asumir dicho costo.

Es importante precisar que se establece que si el trabajo no se realiza bajo la modalidad que comentamos, empleador y trabajador, previo acuerdo, podrán variarla a teletrabajo por razones debidamente sustentadas. Este cambio no supone variación en la categoría, remuneración ni demás condiciones laborales, salvo las que se vinculen a la asistencia al centro laboral.

En caso no se alcancen los objetivos esperados con el teletrabajo, el empleador unilateralmente puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios. Esta reversibilidad unilateral flexibiliza acertadamente la po-

sibilidad de dar por terminado el teletrabajo en caso no cumpla la finalidad esperada por el empleador.

En cuanto a los derechos y obligaciones laborales, el teletrabajador posee similares a los establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada. Pueden utilizarse todas las modalidades de contratación determinadas para dicho régimen. En todos los casos, el contrato de trabajo debe constar por escrito. Siendo así, la desvinculación del teletrabajador se sujeta a las formas de extinción contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, por renuncia, mutuo disenso, despido por falta grave, entre otros. Es necesario resaltar que las faltas graves se encuentran tipificadas en el artículo 25 del D.S. Nº 003-97-TR.

Finalmente, se exige que el contrato de teletrabajo se celebre por escrito, así sea indeterminado, estableciendo que el teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones laborales fijados en el régimen laboral privado. Esta remisión al régimen laboral privado exigirá una interpretación *sui generis* de la normativa, pues tanto en el ejercicio de los derechos individuales, pero sobre todo colectivos y lo referido a la seguridad y salud del teletrabajador, se requiere considerar las especiales características contenidas en el teletrabajo. La garantía del ejercicio efectivo de los derechos sindicales del teletrabajador por parte del Estado y del empleador, de sus derechos individuales y de un ambiente de trabajo seguro, exigirá romper los esquemas clásicos de subordinación, pues no se podrá hablar de una presencia física en las instalaciones del empleador. Pasamos del monitoreo físico al electrónico; y no solamente ello, sino también al ejercicio de los derechos laborales y del poder de dirección empresarial mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la información.

2.4. El trabajo remoto como alternativa durante la emergencia sanitaria

Lamentablemente, el teletrabajo no tuvo la acogida esperada: al 2017 existían menos de 1000 teletrabajadores, y el número no había cambiado sustancialmente hasta antes de las medidas de aislamiento social obligatorio implementadas por el Gobierno. Para las empresas resulta oneroso sufragar la conectividad de su personal, al menos de todos, por lo que dicha disposición desincentivaba el empleo del teletrabajo.

Sin embargo, con la coyuntura actual, la situación cambió. De acuerdo con los resultados de la encuesta de la consultora Mercer,[4] el teletrabajo ha sido incorporado a raíz de la coyuntura por la mayoría de las empresas (58 %). Inclusive 9 de cada 10 trabajadores continúan realizando sus funciones a través del trabajo remoto.

Tratándose de los obreros, la lógica cambia. Un 32 % de las empresas encuestadas negociará con ellos la compensación de horas cuando retomen el trabajo presencial, debido a la naturaleza de sus funciones.

El trabajo remoto, como alternativa flexible ante el teletrabajo, fue contemplado en el Decreto de Urgencia Nº 026-2020 durante la emergencia sanitaria. La flexibilidad se refiere a que el teletrabajo exige acuerdo con el trabajador y que, además, el

4 La encuesta puede ser descargada de: https://mercadosyregiones.com/2020/04/16/mercer-peru-covid19/

empleador asuma las condiciones de trabajo para su ejecución, lo cual supone en algunos casos «equipar» al teletrabajador. El trabajo remoto no lo hace.

El decreto de urgencia señalado dispuso que durante el trabajo remoto el empleador no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y demás condiciones económicas, salvo las que estén vinculadas a la asistencia al centro de trabajo (como la movilidad o la alimentación); debe informar al trabajador las medidas de seguridad y salud en el trabajo (SST) que debe cumplir durante el trabajo remoto; y comunicar al trabajador la decisión de implementar el trabajo remoto mediante cualquier medio físico o digital que deje constancia de ello. También se estableció que el trabajo remoto era obligatorio para el grupo de riesgo por edad y factores clínicos fijados en el documento técnico aprobado por el Ministerio de Salud. De no ser posible, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Los trabajadores que pertenecen al grupo de riesgo son quienes cuentan con una edad mayor de 65 años, hipertensión arterial no controlada, enfermedades cardiovasculares graves, cáncer, diabetes mellitus, asma moderada o grave, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, enfermedad o tratamiento inmunosupresor y obesidad con IMC de 40 a más.

Luego, por Decreto de Urgencia Nº 029-2020 se dispuso que, en el caso de actividades no esenciales y que, por ende, no pueden operar de manera presencial durante el estado de emergencia, y siempre que no se aplique el trabajo remoto, los empleadores deberán otorgar una licencia con goce de haberes compensable al personal.

De manera complementaria a lo ya regulado sobre el trabajo remoto, se expidió el Decreto Supremo Nº 010-2020-TR, el cual establece algunas precisiones respecto a él en el sector privado:

- La comunicación al trabajador del trabajo remoto puede hacerse por soporte físico o digital. Esto último a través de correo institucional o corporativo, intranet, extranet, aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales u otros análogos, que permitan dejar constancia de la comunicación. Se otorga relevancia a los medios digitales, lo cual es positivo.
- El empleador es responsable de asignar labores al trabajador e implementar mecanismos de supervisión y reporte de ellas.
- Si el trabajador proporciona los medios para el trabajo remoto, las partes pueden acordar la compensación de los gastos adicionales derivados del uso de tales medios. Esto no resulta obligatorio sino facultativo.
- En lo relativo a seguridad y salud en el trabajo (SST), se reitera que el empleador debe informar al trabajador, por soporte físico o digital, las medidas, condiciones y recomendaciones de SST que deberá observar; especificar al trabajador el canal para la comunicación por parte de este último de riesgos adicionales que puedan surgir, o de accidentes de trabajo. Esta comunicación puede realizarse por cualquier persona con quien el trabajador comparta domicilio o lugar de aislamiento.

- En cuanto a la jornada de trabajo, se indica la aplicación del tope máximo de 8 horas diarias o 48 semanales, así como la posibilidad de que el trabajo remoto sea realizado por personal no sujeto a la jornada de trabajo. También el hecho de que el trabajador debe estar disponible durante la jornada para las coordinaciones laborales que sean necesarias.
- Sobre el grupo de riesgo señalado anteriormente, se indica que ante la imposibilidad de trabajo remoto corresponde una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior, la cual puede ser exonerada por el empleador.
- Es posible implementar el trabajo remoto en las modalidades formativas, en la medida en que sea compatible con ellas. Si la persona en formación se encuentra en el grupo de riesgo y no es posible ejecutar el trabajo remoto, se deberá pagar su subvención sujeta a compensación posterior, durante la emergencia sanitaria.

El trabajo remoto otorga la flexibilidad necesaria para que sea preferido por las empresas frente al teletrabajo. El inconveniente consiste en que, al momento de redactarse este artículo, el trabajo remoto culmina este 7 de setiembre, al finalizar la emergencia sanitaria. Al respecto, consideramos que la propia norma sobre el teletrabajo permite mantener una modalidad de la prestación laboral remota distinta a él, en tanto el propio artículo 2 del Decreto Supremo Nº 017-2015-TR, reglamento de la ley que regula el teletrabajo, señala que «no se considera teletrabajador al trabajador o servidor civil que ocasionalmente presta servicios fuera del centro de trabajo o entidad pública». Lo ocasional es lo transitorio; lo accidental, lo que sobreviene por una ocasión.

Entonces, si el empleador decide mantener el *home office* post-emergencia sanitaria como una situación transitoria, temporal y no como un cambio estructural, podría mantenerse fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre teletrabajo. De lo contrario, podrá aplicar el marco legal del teletrabajo si así lo decide.

3. Lo que viene después: la reactivación gradual y el post-COVID-19

Mediante Decreto Supremo Nº 080-2020-PCM se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva en el de la declaratoria del estado de emergencia nacional (EEN), disponiendo que ello ocurriría en cuatro fases.

Al momento de la escritura de este artículo nos encontramos en la primera de ellas. En función de dicha norma, para desarrollar actividades durante la emergencia sanitaria, los empleadores deben cumplir con los «Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19», aprobados por Resolución Ministerial Nº 239-2020-MINSA y sus posteriores adecuaciones, y con los Protocolos Sanitarios Sectoriales aprobados.

La resolución ministerial señalada (en adelante, RM) establece lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores que realizan actividades durante la pandemia COVID-19, así como lineamientos para el regreso y reincorporación al trabajo. Su objetivo es garantizar la sostenibilidad de las medidas

de vigilancia, prevención y control adoptadas para evitar la transmisibilidad de Sars-Cov-2 (COVID-19).

Las medidas recogidas en la RM tienen sustento en el deber de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, a cargo del empleador.

El Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981),[5] dispone en su artículo 16 que debe exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, equipo, operaciones y procesos que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores. Lo mismo se dispone respecto a los agentes químicos, físicos y biológicos que estén bajo el control de los empleadores.

El deber de prevención del empleador como titular de la organización en la que se desempeñan los trabajadores tiene como contrapartida el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Los trabajadores disfrutan de un derecho a la seguridad y salud en el trabajo frente a su empleador, a quien se le ha atribuido el deber de satisfacer y garantizar dicho derecho. Este deber de prevención a cargo del empleador se genera en la medida en que la vida, la integridad física y moral, y la salud de los trabajadores, se encuentran especialmente amenazados en el ámbito del trabajo, en cuanto actividad prestada en forma personal, remunerada y subordinada, careciendo los trabajadores de la posibilidad jurídica y económica de adoptar por sí mismos medidas necesarias para protegerse de riesgos generados en el trabajo (Martin, 2006, p. 11).

En esa línea, y en aplicación de la RM, previo al inicio de labores, todo empleador está en la obligación de implementar medidas para garantizar la seguridad y salud en el trabajo, cuya finalidad es esencialmente preventiva.

Así, se establece que en todo centro laboral, a través del servicio de seguridad y salud en el trabajo (SST), se elabora el «Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo», que debe ser remitido al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o el supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, según corresponda, para su aprobación en un plazo máximo de 48 horas. Dicho Plan debe ser registrado en el Ministerio de Salud – Instituto Nacional de Salud, a través del Sistema Integrado para COVID-19 (SISCOVID-19) (https://saludtrabajo.minsa.gob.pe/). Si la empresa va a reiniciar actividades, deberá primero obtener la aprobación del sector correspondiente, luego de lo cual registra el Plan en el SISCOVID-19. En cambio, si la empresa ha venido ejecutando actividades porque califican como esenciales, el registro del Plan se efectúa directamente en el MINSA.

La RM dispone que la vigilancia, prevención y control del COVID-19 en el centro de trabajo contiene siete lineamientos: (i) limpieza y desinfección de los centros de trabajo; (ii) evaluación de la condición de salud del trabajador previo al regreso o reincorporación al centro de trabajo; (iii) lavado y desinfección de manos obligatorio; (iv) sensibilización de la prevención del contagio en el centro de trabajo; (v) medidas preventivas de aplicación colectiva; (vi) medidas de protección personal; y, (vii) vigilancia de la salud del trabajador.

5 No ratificado por el Perú pero que posee efectos de recomendación.

Se exige al empleador que clasifique a sus puestos de trabajo en función de su exposición al riesgo de contagio de COVID-19 en muy alto, alto, mediano y bajo riesgo, lo cual incidirá en la frecuencia de la toma de temperatura diaria y la realización de pruebas de descarte del virus al retorno o reincorporación del personal. También se contempla una distancia mínima de un metro entre el personal, la obligación de entregar mascarillas y otros equipos de protección de personal según el grado de exposición al riesgo de contagio, medidas que se han de tomar en caso existan trabajadores con sospecha y contagio de COVID-19, así como la exigencia de contar con profesionales de la salud para que ejecuten la vigilancia en SST, dependiendo del número de trabajadores por centro de trabajo.

Incluso la Resolución Ministerial Nº 265-2020-MINSA permite a las empresas, a través de su servicio de vigilancia en SST, realizar las pruebas de descarte de COVID-19 de manera directa a sus trabajadores.

En lo que a SST se refiere, la fiscalización del cumplimiento de los protocolos se encontrará a cargo de la SUNAFIL.

¿Y qué viene después del COVID-19? Pues una transformación, qué duda cabe, quizás acelerada, pero a la cual debemos acomodarnos. La digitalización ha venido para quedarse. El reto consistirá en adaptar los sistemas de protección social para procurar que los trabajadores no queden fuera de la «nueva normalidad» post-COVID-19. La modernidad no debería presentarse como un factor adicional de exclusión. La crisis ha desnudado nuestras carencias, como el pobre nivel de los servicios de salud, la aguda informalidad y la consecuente desprotección de la mayoría de nuestros trabajadores. Corresponde tomar medidas en materia laboral, previsional, sanitaria y, en general, aquellas que permitan a nuestra economía no solamente retomar la senda del crecimiento sino también reducir la informalidad garantizando el acceso a beneficios laborales y protección social a un mayor número de trabajadores.

4. Conclusiones

El teletrabajo, con sus ventajas y desventajas, constituye la mejor manera de trabajar en esta coyuntura de COVID-19, y también luego de la pandemia.

Como señala el BID:

> además de eficiencia, el teletrabajo ofrece grandes promesas en otros aspectos. Por ejemplo, puede dar mayor flexibilidad para aquellas personas —muchas veces mujeres— que tienen compromisos familiares y personales (por ejemplo, cuidado de hijos o de adultos mayores) que les impiden trabajar fuera del hogar en horario completo o definido. También permite mayor accesibilidad, ayudando a derribar las barreras estructurales que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a un empleo. El hecho de que más personas estén trabajando desde casa en medio de la crisis mundial del coronavirus nos dejará aprendizajes que sin duda marcarán cómo será el teletrabajo en el futuro del trabajo. Si este experimento mundial se implementa de manera efectiva, se demostrará por qué el teletrabajo puede ser una herramienta muy valiosa tanto para la empresa como para el trabajador. (BID, 2019)

El gran cuestionamiento se refiere al papel del empleador para suplir la deficiencia de conectividad en el domicilio del trabajador y que este pueda desempeñarse de manera apropiada, como si estuviera ejecutando sus labores desde casa. En estos casos, y aun cuando la norma no lo requiera, en caso del trabajo remoto o del *home office,* el empleador debería asegurar que sus teletrabajadores laboren en condiciones adecuadas en sus instalaciones.

Como se señaló, el trabajo remoto califica como una alternativa flexible al teletrabajo, aunque en esencia son lo mismo: ejecución de una actividad a distancia empleando herramientas tecnológicas.

Conviene señalar que, de acuerdo con expertos, se deben seguir las siguientes recomendaciones para teletrabajar de manera más efectiva y menos estresante:

1) Aprovechar el tiempo para el autoconocimiento, identificar fortalezas y puntos de mejora.
2) Aceptar cualquier estado emocional que se experimente.
3) Cuidar el lenguaje, comunicarse de manera asertiva.
4) Calmar la mente y relajar el cuerpo.
5) Crear y practicar rutinas.
6) Felicitarse a uno mismo, reconocer el avance desde el primer día de confinamiento (La Vanguardia, 2020).

Con creatividad y algo de esfuerzo, más empresas podrán incorporar al teletrabajo como un mecanismo apropiado para que su personal preste servicios de manera remota.

Referencias

Asociación Española de Teletrabajo. (2002). Situación y problemática global del teletrabajo. El e-trabajo: propuestas de solución. En http://www.telecentros.info/pdfs/probl_gral_teletrab.pdf. Acceso: 21 de mayo de 2020.

Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe. En https://www.iadb.org/es/trabajo-y-pensiones/el-futuro-del-trabajo-en-america-latina-y-el-caribe. Acceso: 21 de mayo de 2020.

CEPAL & OIT. (2020). Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19). En https://www.cepal.org/es/eventos/lanzamiento-informe-conjunto-cepal-oit-n0-22-mayo-2020-coyuntura-laboral-america-latina. Acceso: 22 de mayo de 2020.

Gala, C. (2001). Teletrabajo y sistema de seguridad social. *Revista Relaciones Laborales,* año XVII, N.º 15/16. Madrid: Editorial La Ley.

La Vanguardia. (2020). ¿Cómo trabajaremos después de la pandemia? En https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20200501/48847103907/dia-trabajadores-profesiones-demanda-despues-pandemia.html. Acceso: 22 de mayo de 2020.

Organización Internacional del Trabajo. (2020). Tomado de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740038/lang--es/index.htm . Acceso: 21 de mayo de 2020.

Martin, M. (2006). *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: CES.

Rodríguez, F. (2001). El teletrabajo en España: ¿trabajo subordinado o autónomo? Ponencia libre del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.

Thibault, J. (2000). *El teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.