

# LA METAMORFOSIS: LA DESCENTRALIZACIÓN DEL TRABAJO A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES FRENTE A LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

CARLOS JIMÉNEZ SILVA\*

## RESUMEN

A través del presente trabajo de investigación, se pretende demostrar a partir del método inductivo, la diferencia entre la descentralización productiva y descentralización del trabajo; como el teletrabajo, modalidad de trabajo a distancia, que requiere diversos cambios legislativos como lo son la posibilidad de que pueda realizarse en forma excepcional sin acuerdo de partes (por causas objetivas), el derecho al desconexión digital, la garantía de la seguridad y salud en el trabajo frente al derecho a la intimidad del teletrabajador, entre otros aspectos.

## ABSTRACT

Through this research work, it is intended to demonstrate from the inductive method, the difference between productive decentralization and work decentralization; such as teleworking, a remote work modality, that requires various legislative changes such as the possibility that it can be carried out exceptionally without the agreement of the parties (for objective reasons), the right to digital disconnection, the guarantee of health and safety in work against the teleworker's right to privacy, among other aspects.

---

\* Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Especialización en Gestión de Talento Humano. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNMSM y USMP. Profesor de pre grado en ESAN.

**SUMARIO:** Introducción: objeto y método de la investigación I. El trabajo a distancia y su diferencia con la descentralización de la producción. II. El teletrabajo y su naturaleza jurídica III. El teletrabajo subordinado y el test de laboralidad. IV. El teletrabajo independiente y el test de laboralidad. V. El teletrabajo subordinado y el deber de prevención de los infortunios laborales. VII. Conclusiones. VIII. Recomendaciones. IX. Bibliografía.

## Introducción

Kafka en su libro la Metamorfosis nos describe el cambio en la vida de un hombre obsesionado con su trabajo, situación similar a lo que nos está ocurriendo por la expansión del coronavirus SARS-Cov-2, que pone en el centro de la conversación diversas formas de trabajo a distancia, por el aislamiento o confinamiento domiciliario, decretado por los gobiernos de diversos países en distintas intensidades y velocidades, hecho que ha cambiado radicalmente la forma de prestación de trabajo.

En el caso nuestro, el confinamiento domiciliario se aplicó desde el 16 de marzo del 2020 y a partir de ello fue modificándose en diversas intensidades en función de la emergencia nacional y/o sanitaria hasta el 30 de junio, salvo el caso de actividades esenciales como la salud. Frente a ello se creó como mecanismo para no detener el aparato productivo de algunos sectores económicos y/o zonas, el trabajo remoto, desde el lugar de aislamiento o confinamiento domiciliario, que a diferencia del teletrabajo no requiere acuerdo con el trabajador<sup>1</sup>.

1 Las diferencias entre el teletrabajo y trabajo remoto son:

TIPO DE DIFERENCIAS	TRABAJO REMOTO	TELETRABAJO
<b>LUGAR</b>	En el territorio nacional o extranjero, en el lugar de aislamiento domiciliario.	Ejecución dentro del territorio nacional, en el lugar que decida el trabajador con su empleador, puede ser en un centro piloto, en forma itinerante o en el domicilio del trabajador.
<b>CONTENIDO</b>	Medios tecnológicos u otros.	Sólo medios tecnológicos
<b>FORMA</b>	Unilateral	Acuerdo de partes
<b>TIEMPO</b>	Por el tiempo que dure la emergencia nacional y/o sanitaria (personal de riesgo).	Por el tiempo que acuerden las partes, con presencia esporádica en el centro de trabajo o en forma mixta dentro y fuera del mismo.
<b>ENTREGA DE LOS MATERIALES PARA REALIZAR EL TRABAJO</b>	El trabajador	El empleador o trabajador

Ciertamente, este problema no sólo es de salud, sino económico; producto de la crisis económica originada por la pandemia del mencionado coronavirus y las medidas de cuarentena adoptadas, sólo en Lima se perdieron el empleo 2.5 millones de personas, siendo la caída de la economía peruana en el año 2020 la más fuerte del mundo. Asimismo la pobreza ha aumentado en 10 puntos porcentuales<sup>2</sup>.

Según el INEI, en relación a la población ocupada, sólo en Lima se han perdido más de 598,700 empleos en el trimestre noviembre-diciembre 2020-enero 2021, y se redujo dicho empleo con relación al trimestre del año anterior en 11.9%; el empleo adecuado disminuyó en 26.8% (870,000 personas)<sup>3</sup>.

Por ello es importante referirnos a los mecanismos legales para buscar evitar la quiebra de las empresas o mantener la inversión, el aparato productivo, así como el nivel de empleo adecuado. Así, el problema del empleo puede ser abordado en función de las diversas teorías económicas, como la teoría neoclásica o institucionalista.

La Teoría Neoclásica, señala que una de las formas por las cuales se produce el desempleo, es por el desencuentro entre la oferta y la demanda; para lo cual se deben utilizar mecanismos legales como la desregulación o flexibilidad de las normas; a mayor regulación se produce mayor desempleo.

Por el contrario, los institucionalistas señalan que se pueden dar modificaciones normativas que faciliten el empleo, pero garantizando determinados derechos mínimos a través de normas de orden público de carácter irrenunciable, dentro de estos mecanismos está la posibilidad de que las empresas adopten determinadas medidas con sus trabajadores, que permitan pasar una situación temporal de crisis como consecuencia de una menor demanda de bienes y servicios.

Estas medidas de carácter flexibilizador como instrumento de generación de empleo, parten de corrientes de pensamiento que están vinculadas a los estados de desarrollo de los países en determinado momento.

---

2 Ver entrevista a Miguel JARAMILLO, investigador de Grade. En diario Gestión del 22 de febrero del 2021. Página 14.

3 Informe Técnico del Instituto Nacional de Estadística (INEI), sobre la situación del mercado de Lima Metropolitana.

Como señaló Simón Deakin, la primera corriente de pensamiento, está asociada a la economía del desarrollo, de incremento de las leyes laborales protectoras del trabajador, generada por un crecimiento económico del mercado de mediados del siglo XX; la segunda visión, que ha predominado desde la década de los ochenta, es que las normas de protección de la ley laboral son perjudiciales para el estado de desarrollo y deben reducirse para producir mercados más flexibles, a lo cual añadiría que esto se potencia en épocas de crisis como la que estamos viviendo, donde se plantea a través del presente trabajo, el desarrollo en la regulación legislativa de los contratos de trabajo a distancia: teletrabajo<sup>4</sup>.

Asimismo, estas medidas de flexibilidad se pueden plantear como solución en estados de emergencia, originadas por crisis sanitarias, económicas u otras de similar magnitud, así como para enfrentar potenciales crisis futuras<sup>5</sup>.

Ello nos lleva a la reflexión de que estamos frente a un nuevo derecho del trabajo. Inicialmente el mismo tenía como centro la redistribución entre los poderes de la parte fuerte de la relación laboral, empleadora, respecto al trabajador; de esta forma se buscaba un equilibrio; por el contrario, ahora el escenario cambia y el centro del debate es como generar riqueza para mantener el empleo, frente a una situación de crisis. A ello se suma que surgen también nuevas figuras que tienen que ser reguladas a través de la autonomía colectiva, como consecuencia de la internalización de las relaciones comerciales. Las políticas internas son ineficaces para controlar fenómenos económicos que trascienden sus fronteras.

La crisis económica es la compañera de viaje del derecho del trabajo; por ello es urgente tomar medidas para mitigar esta nueva realidad<sup>6</sup>, una de las cuales por cierto es el trabajo a distancia por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Es en razón de lo desarrollado que la presente investigación tiene por objeto analizar esta forma de contratación a distancia, utilizando las tecnologías de la

4 DEAKIN, Simón- Derecho Laboral y Desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima 2016. Pags. 62-63.

5 Ver Blog: Flexibilidad y Relaciones de Trabajo.

6 Véase PALOMEQUE, Manuel. La función Social y Transformaciones del Derecho del Trabajo. En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. marzo 2020. Montevideo. Uruguay.

información y la naturaleza jurídica que puede adoptar la misma, diferenciándola de la descentralización productiva. A partir de ello, se plantean propuestas de cambio normativo, en diversos aspectos de esta forma de contratación y otras que se pudiesen presentar.

Se utilizará el método inductivo de investigación, esto es a partir de la realidad económica, estableciendo una normativa que busque un equilibrio entre el capital y el trabajo, que genere inversión dentro del contexto por el cual atravesamos, con ello se aumentaría el nivel de empleo, respetando los derechos fundamentales del trabajador.

## **I. El trabajo a distancia y su diferencia con la descentralización productiva**

La descentralización productiva tiene relación con la flexibilidad externa o numérica, y está relacionada con la posibilidad de que el empleador pueda demandar la cantidad de empleo que necesita, las razones pueden provenir del mercado de bienes y servicios. Por el lado de la demanda, está sujeta a las oscilaciones de la demanda del mercado; por otro lado, la oferta, se presenta cuando se trata de razones de carácter tecnológico, cuando se constata una aceleración de cambios tecnológicos, que justificarían, en nuestro país, la contratación de una empresa externa que se haga cargo de una parte del proceso productivo, sin tener que invertir en la adquisición de equipos. En el caso de nuestro país, no tenemos prevista la posibilidad de desvincular al trabajador bajo la forma de despido de carácter tecnológico, como consecuencia de cambios en el software o sistemas de producción<sup>7</sup>.

7 En España el artículo 52.b) del Estatuto de los Trabajadores regula el despido por causas técnicas siempre y cuando se produzcan cambios en los medios e instrumentos de producción. El debate sobre cómo equilibrar tecnología y puestos de trabajo ya se está abordando en otros países. Moisés Barrio, letrado del Consejo de Estado y experto en derecho digital, relata cómo, según la cultura y posición de cada Estado ante la robotización, se están adoptando soluciones legales diversas ante este desafío. Así, en Corea del Sur o en los Emiratos Árabes Unidos la opinión predominante de los jueces es que debe fomentarse la automatización en el entorno laboral porque se entiende que ello multiplicará la productividad de la economía, y sus normativas avanzan en esta línea. En cambio, en Francia, “entienden que la mejora de la competitividad sobre la base de la reducción de costes no puede configurarse como una causa justificadora del despido”. Véase CORTÉS, Irene, (7, agosto 2020). “Señoría un Robot me ha Quitado el Trabajo”. Diario el País.

Esta descentralización productiva supone que parte del proceso productivo, principal o complementario, se contrata con un tercero, en forma colectiva o individual, ello supondrá producir de acuerdo con la demanda de bienes y no tener en stock bienes, lo cual una empresa con el personal mínimo para operar, estrictamente necesario.

En el sistema toyotista de relaciones productivas que surge en la década de los 70, se busca producir lo que es objeto de demanda, y deja de lado el sistema que se venía utilizando de producción en masa y la mecanización del trabajo, el sistema fordista.

Esta descentralización de la producción, como un mecanismo de flexibilidad externa frente a la demanda de bienes y/o servicios, por el lado de la oferta, puede materializarse en nuestro país, de diversas formas individuales y colectivas.

A través de un tercero, las personas que realizan en forma externa los servicios de la empresa que decide descentralizar parte de su proceso productivo, no tienen ningún tipo de vinculación laboral con la empresa que decide descentralizar su producción con esta empresa de tercerización o intermediación, en razón de una mayor demanda u oferta de los bienes o servicios producidos.

**248**

Ello es así, tratándose de personas jurídicas, por cuanto no se da el elemento de prestación laboral para que se dé una relación de trabajo, y en el caso de personas naturales que se contratan en forma externa, si se supera el test de laboralidad, que se desarrollará más adelante, no tendrán relación de trabajo.

En este punto hago notar, que debe distinguirse entre fraude y abuso del derecho y a partir de ello, determinar las consecuencias de una desvinculación empresarial.

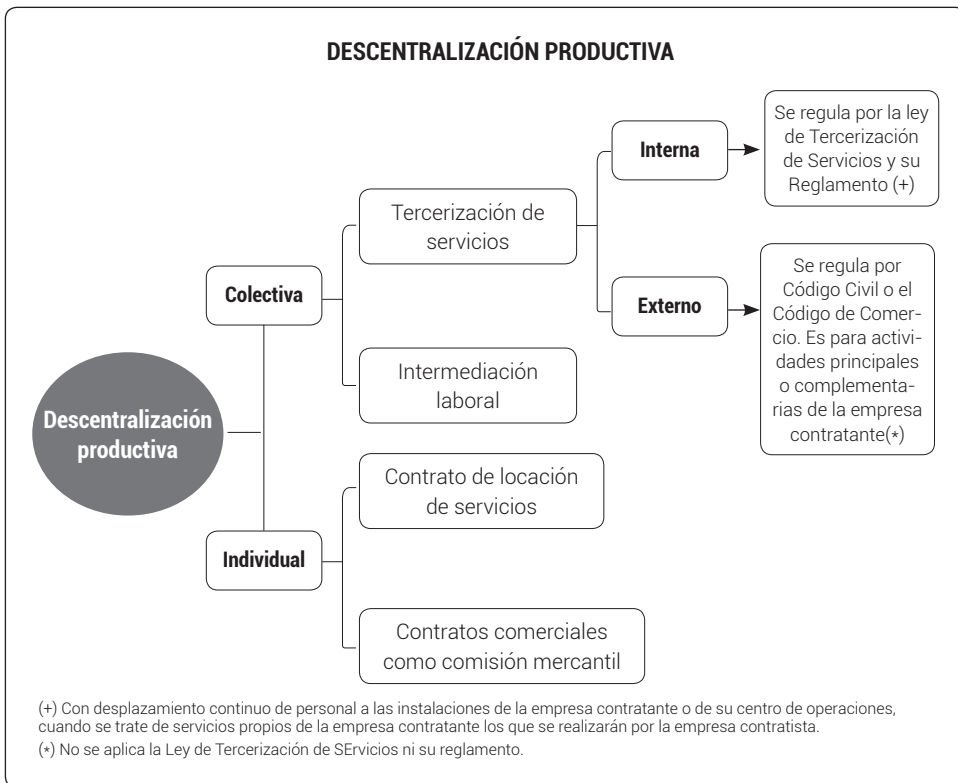
Así podemos determinar que, en la doctrina, el abuso del derecho es el ejercicio anormal o desproporcionado, que excede los límites del derecho, esto es que no tiene amparo legal. El abuso supone el probar un daño a un tercero, no amparado en la norma.

Por el contrario, el fraude a la ley, es el que se ejerce amparado en una norma para perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, este será un acto ilícito, en tanto es un acto contrario al principio general de la buena

fe contractual. Por ejemplo, una persona se apoya en una norma para celebrar un contrato de carácter civil o mercantil, que suponga una simulación relativa, esto supone que en la realidad de los hechos es una relación de carácter laboral, sobre la base del análisis que se pueda realizar a partir del test de laboralidad.

En el caso del fraude a la ley, lo que se busca es el cumplimiento de la ley que se trata de evadir; por el contrario, en el caso del abuso del derecho, lo que se busca es al producir un daño a un tercero tiene consecuencias indemnizatorias, así como medidas administrativas o judiciales a fin de evitar un abuso del derecho<sup>8</sup>.

Podemos graficar la descentralización productiva a través del presente gráfico:



Esta descentralización productiva, se diferencia de la descentralización del trabajo, en tanto la última está ligada a la contratación directa del trabajador,

8 Véase VILLALBA SANCHEZ, Alicia. 2018. La condición Resolutoria Consignada en el Contrato de Trabajo. Granada. España. Editorial Comares.

mediante cualquier modalidad de contrato de trabajo o relación de trabajo. Así podemos encontrar en nuestro país, las siguientes modalidades:

DESCENTRALIZACIÓN DEL TRABAJO	PUNTOS A CONSIDERAR
<b>TRABAJO REMOTO</b>	Creado temporalmente durante la emergencia nacional y sanitaria, el trabajo remoto hasta el 3 de setiembre del 2021, al extenderse la emergencia sanitaria hasta esa fecha.
<b>TELETRABAJO</b>	Regulado por una Ley 30036 y su reglamento, carácter permanente.
<b>TRABAJO A DOMICILIO</b>	Distinto que el teletrabajo, tiene derechos laborales diferenciados del régimen común de la actividad privada.
<b>TRABAJO GEOLOCALIZADO</b>	Distribuidores, vendedores y transportistas, entre otros con geolocalización.
<b>TRABAJADORES SIN FISCALIZACIÓN INMEDIATA</b>	Trabajadores que prestan servicios fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o parcial, sin conexión digital permanente.

## II. El teletrabajo y su naturaleza jurídica

Esta forma de trabajo denominada teletrabajo, es un contrato que supone la prestación de servicios fuera de las instalaciones de la empresa y la utilización de las tecnologías de la comunicación e información en forma frecuente<sup>9</sup>, contrato que se puede materializar en un acuerdo de trabajo o de locación de servicios, en función de determinar si se supera o no el test de laboralidad, que se desarrollará.

### A) ¿Qué supuestos están fuera del teletrabajo?

Es importante hacer notar que el supuesto para ser teletrabajador, es que la prestación de servicios se realice principalmente y en forma frecuente, mediante

9 El problema está en determinar cuándo se produce el trabajo a distancia como elemento esencial del teletrabajo, esto es determinar parámetros para saber cuando es trabajo a distancia y cuando no. En el caso peruano sólo se ha previsto como formas de teletrabajo, el teletrabajo en forma completa y en forma mixta. El primero supone que el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo, pudiendo acudir ocasionalmente para las coordinaciones necesarias; por el contrario, en la forma mixta el teletrabajador presta servicios en forma alternada dentro o fuera del centro de trabajo o local de las entidades. Ver artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2015-TR.



el uso intensivo de tecnologías avanzadas, como pueden ser no sólo el correo electrónico, sino cualquier red social o mediante video conferencia, utilizando para ello las tecnologías de las comunicaciones e información (TICS), ello supone que si el servicio contratado es por ejemplo, para el desarrollo de una investigación de mercado de un producto que se quiere sacar al mismo, y el trabajador realizará un trabajo de campo para dichos efectos, mediante el correo electrónico como instrumento para enviar el trabajo realizado; no se trata de un teletrabajo, sino sólo de un contrato realizado fuera de las instalaciones de la empresa, el cual puede materializarse a través de un contrato de trabajo o de locación de servicios, en base a determinar si se supera el test de laboralidad.

Asimismo, se debe considerar como actividades externas donde la actividad nuclear no sea las tecnologías de la información para el envío de la información a la empresa contratante, sino actividades como la de los taxistas por intermedio de aplicativos móviles, que se comunican con la empresa, para informar cualquier acontecimiento relevante.

Es importante también considerar que está fuera del contrato de teletrabajo, el que se puede realizar por medio de una persona jurídica, esto incluye a empresas contratistas de tercerización de servicios, teleservicios o call center de cobranzas. En este punto, no creo posible que se pueda celebrar un contrato de tercerización de servicios con desplazamiento virtual, en tanto el mismo es físico, dentro de las instalaciones o centro de operaciones de la empresa contratante de los servicios de tercerización<sup>10</sup>.

### **III.El teletrabajo subordinado y el test de laboralidad**

Determinada la naturaleza jurídica del contrato de teletrabajo y los supuestos que están excluidos de dicho contrato, se determina los elementos que se deben considerar en base a la doctrinaria, de la legislación extranjera, la jurisprudencia laboral como fuente del derecho del trabajo y la legislación nacional, a efectos de establecer cuando estamos frente a un contrato de teletrabajo de forma subordinada, y por ende que se regula por las normas especiales del derecho del trabajo.

---

10 Ello se deduce de lo señalado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 010-2008-TR, que regula el registro de control de asistencia del personal desplazado.

## A) Reconocimiento judicial de la relación de trabajo

Si bien es cierto que la libertad de empresa y la libertad de contratación reconocida en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución y el artículo 59 de dicho cuerpo normativo, permiten que el empresario puede celebrar contratos de locación de servicios para la prestación de servicios o contratos de carácter comercial, los mismos deben celebrarse de buena fe; siempre y cuando no contravengan normas de orden público, ello supone que un acuerdo no puede ir contra la presunción de laboralidad que supone la prestación de servicios en forma personal, remunerada y subordinada<sup>11</sup>.

El problema surge porque se pueden presentar situaciones donde el servicio contratado, por medio de las tecnologías de las comunicaciones, y la evaluación de la persona encargada de administrar justicia o realice función de fiscalización, sea ordenada y con parámetros objetivos, tal sería el caso cuando el servicio no esta sujeto a una fiscalización inmediata y sea ajeno al giro del negocio, y el trabajador no reciba condiciones de trabajo, en cuyo caso hacen falta estos parámetros para determinar si estamos o no ante una relación laboral.

En este punto rescato lo citado por Todolí, al comentar la ley del Estado de California, la ley AB5, norma que establece que para que un autónomo individual no se considere empleado laboral, el empresario deberá probar los tres siguientes elementos: a) Que es libre del control y la dirección de la empresa b) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa que lo contrata c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente De esta forma, si la empresa, que contrata al trabajador formalmente autónomo, no es capaz de probar estos tres elementos se considerará asalariado. Esta redacción proviene de la interpretación judicial que venía realizando el Tribunal Supremo

11 Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. El Pleno jurisdiccional realizado en el año 2000, en la ciudad de Tarapoto, estableció que, si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de locación de servicios o mercantil, debe preferir los principios de Primacía de la Realidad e Irrenunciabilidad de Derechos para determinar una relación laboral y el reconocimiento de derechos laborales. Al respecto, si bien estos plenos no tienen carácter vinculante, en tanto sólo tienen carácter vinculante los Plenos Casatorios de acuerdo con el artículo 40 de la Ley Procesal del Trabajo que a la fecha no hay; sirven para concordar la jurisprudencia dispersa a nivel nacional, regional o distrital, de la especialidad a instancias de los órganos del Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

de California, por tanto, la normativa se limita a incorporar a la ley los criterios judiciales seguidos para la identificación de un asalariado. Concretamente, la Sentencia Dynamex de dicho Tribunal analiza la laboralidad de un repartidor contratado formalmente como autónomo en una empresa dedicada al sector del reparto<sup>12</sup>.

En el caso peruano, a nivel jurisprudencial, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han señalado que se da una relación de trabajo, cuando se dan los siguientes elementos<sup>13</sup>:

Control de la prestación desarrollada o la forma como se ejecuta
Integración del demandante en la estructura organizacional de la Sociedad
Prestación ejecutada en un horario determinado
La prestación fue de cierta duración o continuidad
Suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación de servicios (posición de la suprema en la casación N° 0474-98-LIMA del 5 de noviembre del 2001)
Pago de remuneración al demandante
Reconocimiento de derechos tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y salud
Estos requisitos sirven para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes, mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y con concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad

En el caso específico del teletrabajo, existe un pronunciamiento de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que determinó la existencia de relación laboral bajo contrato de teletrabajo, pese a la celebración de un contrato de locación de servicios, en tanto se determinó que la voz del demandante era exclusiva para el canal de televisión Willax y además que el demandante estaba prohibido de trabajar para otra empresa, hecho que no se da en un contrato de locación de servicios, según los considerandos de la sentencia.

12 Véase TODOLÍ, Adrián. Las Plataformas Digitales y la Ampliación del Concepto de Trabajador: Jurisprudencia Española y la Nueva Ley de California (AB5). En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. marzo 2020. Montevideo. Uruguay.

13 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 03015-2010-PA/TC y la Casación Laboral N° 0474-98-LIMA del 5 de noviembre del 2001, señala que dentro de una relación laboral no se puede otorgar condiciones de trabajo, entendidas como las que facilitan la labor del trabajador.

Además, se determinó que los servicios eran prestados fuera de las instalaciones del canal para la locución y creación de textos, utilizando las TICS<sup>14</sup>.

## B) Fiscalización administrativa de la relación de trabajo

A nivel administrativo, se ha determinado por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, ahora SUNAFIL, que se da una relación de trabajo en los siguientes supuestos<sup>15</sup>:

**Para la aplicación del principio de primacía de la realidad, declarando una relación jurídica laboral, el inspector de trabajo deberá considerar los siguientes factores:**

La falta de definición de la naturaleza jurídica del vínculo entre el sujeto inspeccionado y el personal verificado en la visita inspectiva, sin que el mismo se encuentre registrado en planillas de la empresa o institución inspeccionada.

El personal realiza una labor o presta un servicio en un cargo, similar o equivalente a los de otro trabajador registrado en planilla electrónica del sujeto inspeccionado.

Habiendo concluido el plazo contractual pactado para cualquier modalidad formativa laboral, o superados los límites legales, la persona continúa prestando servicios para el centro de labores que lo contrató.

La labor realizada por el personal se encuentra dentro de un puesto de trabajo que califica como laboral o de carácter subordinado. Podrá aplicarse también para el presente caso las directivas internas u organigramas que establezca la empresa o institución, y que de manera expresa definan los puestos de trabajo de carácter subordinado.

Cuando la empresa usuaria o principal no acredita la condición del personal que mantiene en su centro de labores por un presunto contrato de intermediación laboral o tercerización de servicios.

14 Sentencia de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente 19279-2013, en los seguidos por Alberto Herrera Jefferson con Agencia Perú Producciones S.A.C, sobre desnaturalización de contrato y pago de beneficios sociales; considero que no llego a interponerse recurso de casación ante la Corte Suprema por el monto ordenado pagar, menor a 100 Unidades de Referencia Procesal.

15 Directiva N° 08-2008-mtpe/2/11.4. Esta normativa ha sido complementada a lo largo de estos tres últimos años, a partir del funcionamiento del SUNAFIL, mediante protocolos dados por el Superintendente de Fiscalización Laboral, estos son: Protocolo de Fiscalización para la Formalización Laboral, aprobado por Resolución de dicho funcionario N° 07-2018 del 11 de enero del 2018, Resolución N° 70-2019 del 7 de febrero del 2019, referida al modelo estratégico de fiscalización laboral Perú Formal Urbano, Resolución N° 71-2019 del 7 de febrero del 2019, referida al modelo estratégico de fiscalización Perú Formal Rural y la Resolución 172-2019 del 24 de mayo del 2019, que es la versión 2 del protocolo de actuación del modelo estratégico Perú Formal Urbano.

De acuerdo a estos criterios doctrinales, jurisprudenciales de tipo judicial y administrativos, de fiscalización, y considerando que el concepto de subordinación regulado en el país, termina siendo insuficiente frente a estas nuevas realidades, propongo un test de laboralidad, no sólo para determinar si estamos frente a un contrato de trabajo de un teletrabajador, sino para todos los contratos en general que se celebren de carácter civil o mercantil, y donde se niegue por parte del demandado la existencia de un contrato de trabajo. De esta manera cualquier evaluación de la administración de justicia y/o fiscalización laboral, tengan en consideración los siguientes elementos objetivos; para determinar si hay o no relación de trabajo:

- a) Que la prestación personal del servicio es libre del control y dirección de la empresa.
- b) Que se presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa.
- c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.
- d) Que el prestador de servicios no reciba condiciones de trabajo para el desarrollo de los mismos.

En el caso específico del teletrabajo, hay que añadir, dos elementos a efectos de que se determine una relación laboral y no civil:

1. Prestación fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o mayoritaria a los días en que se presta el servicio en la empresa.
2. Que se utilice en forma frecuente e intensiva las tecnologías de la información y comunicación para la prestación del servicio.

De acuerdo con lo señalado, sólo estaremos frente a una persona que realiza labores de carácter independiente, y que no tiene derecho a beneficios laborales, si se logra demostrar por la empresa o institución demandada que no se dan los elementos propios de este test que denominaremos de la relación laboral.

Determinada la relación laboral, este contrato de teletrabajo, puede ser sujeto a horario o no, en tanto puede ser fiscalizado en forma inmediata, a través de las tecnologías de las comunicaciones, en una sola vía o en dos vías, o en forma mediata, en este supuesto la fiscalización será posterior.

Por ello en función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo, podemos encontrar dos supuestos. El primero cuando exista conexión, el control del empresario pasa a ser centralizado y objetivo y se verifica en tiempo real, a través de los medios informáticos y de telecomunicaciones, es lo que se denomina en la doctrina del teletrabajo online. En el segundo supuesto, sin conexión, no existe interacción entre el trabajador y el empleador, lo que impide la supervisión de este primero en el desarrollo de sus funciones, trasladándose el control al momento de entrega de la información requerida, la misma que está en función de las pautas previas en la realización de los trabajos contratados<sup>16</sup>.

#### **IV. El teletrabajo independiente y test de laboralidad**

De acuerdo con lo desarrollado en el numeral anterior, podemos concluir que no existirá un teletrabajador que se regule por las normas propias del derecho laboral, si la persona demandada logra demostrar que supera el test de laboralidad, en dicho supuesto lo que existirá será un contrato de locación de servicios que se regula por las normas del Código Civil y no laborales. Tal sería el caso, de la contratación por parte de una universidad, de un especialista en mercados y marketing, que realizará un estudio referido a si es rentable o no para una universidad abrir una facultad de mecánica; el especialista utiliza sus propias herramientas, y presta servicios fuera de las instalaciones de la universidad, remitiendo el producto o avances a la universidad que lo contrata, a través de medios electrónicos.

#### **V. El teletrabajo subordinado y el deber de prevención de los infortunios laborales**

Por el Principio de Responsabilidad el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que puede sufrir el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de las mismas. Los accidentes de trabajo pueden presentarse

---

16 JIMENEZ SILVA, Carlos. 2004.El Contrato de Trabajo a Distancia en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. SPDTSS. Libro de Ponencias del Primer Congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Págs. 487-496.

aún fuera del centro y horario de trabajo, si se originan como consecuencia de órdenes del empleador<sup>17</sup>.

En este punto cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el empleador siempre será responsable de cualquier accidente de trabajo que sufra el teletrabajador, aún si actuó en forma diligente, lo capacitó y le otorgó las condiciones de trabajo adecuadas para el desempeño de sus labores, en tanto la responsabilidad del empleador es objetiva<sup>18</sup>.

A efectos de evitar responsabilidades derivadas de un infortunio laboral de un teletrabajador en el desempeño de las labores contratadas, es importante que el trabajador cuente no sólo con las herramientas adecuadas para la prestación del servicio, sino que tenga un adecuado ambiente de trabajo.

Según Ferro, existirán otras condiciones vinculadas a la propia seguridad del domicilio del trabajador que por su naturaleza son dinámicas e inviables de fiscalización frecuente, ello esta vinculado a la evaluación por parte del empleador<sup>19</sup>.

17 Artículo II del título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783, y la definición de accidente de trabajo, definida por el Glosario de términos de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR.

18 El artículo 94 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, establece que para efectos de la imputación de responsabilidad del empleador por incumplimiento del deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es como consecuencia directa de la laboral desempeñada por el trabajador y del incumplimiento de las normas por parte del empleador de seguridad y salud en el trabajo. Es a partir de ello que se puede suponer que si el emperador capacito y otorgo al trabajador las condiciones adecuadas para evitar infortunios laborales, y fue negligente el mismo, el empleador no tendría porque ser responsable del accidente sufrido por el trabajador; no obstante lo señalado la Segunda Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema, ha establecido una responsabilidad objetiva del empleador por cualquier infortunio laboral, independientemente si actuó o no diligentemente, tal es el caso de la Casación Laboral N° 16050-2015-LIMA.

19 FERRO, Víctor. El Teletrabajo una Aproximación a un Fenómeno Complejo. En el Libro de Homenaje Aniversario de la SPDTTS (2013). Lima. Editorial Búho E.I.R.L. Págs. 301-317.

### 5.1. Adecuado ambiente físico donde se desarrollará el servicio

El ambiente donde se debe desarrollar el teletrabajo termina siendo determinante para garantizar la salud en el trabajo, el cual debe estar adecuadamente iluminado y ventilado, ello supone como señala García, que el ambiente donde se desempeña el trabajo, es más importante para garantizar la salud del trabajador, que la maquina o herramienta que se utiliza para el teletrabajo<sup>20</sup>.

### 5.2. Falta de sociabilización o delimitación de fronteras entre la vida personal, laboral y social

El segundo aspecto a considerar son los riesgos relacionados con el aislamiento físico y psíquico, que trae como consecuencia enfermedades originadas por la colonización del tiempo del teletrabajador, se pierden las fronteras espacio temporales y se pierde sociabilización, además se dan enfermedades asociadas al aislamiento como son el tecno estrés, la tecno obesidad, entre otras.

Es por ello, que se sugiere en estos casos que la fiscalización no sea inmediata sino mediata y la remuneración por resultados, o productividad; no en función de una unidad de tiempo.

258

#### **La posibilidad de fiscalización o inspección del empleador y el derecho a la vida privada del teletrabajador.**

Si bien es cierto que el empleador, sobre la base de su derecho constitucional a la libertad de empresa, de la cual deriva el ejercicio de su poder de dirección, puede fiscalizar el trabajo, más aún si tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud del teletrabajador; ello tiene límites referidos a la inviolabilidad del domicilio, cuando el teletrabajo se realiza en el domicilio del teletrabajador; el otro límite fundamental es el referido a la intimidad del trabajador y de su familia, derecho inespecífico constitucional, que se encuentra también garantizado en la Carta Magna.

Es frente a la colisión o divergencia de estos derechos constitucionales, que se debe aplicar el Principio de Proporcionalidad y Justificación, a efectos de deter-

20 Ver GARCIA MORENO, Belén. 2012. El Teletrabajo. España. Civitas. Página 123.



minar si se pueden restringir estos derechos inespecíficos del teletrabajador como ciudadano y que se convierten en laborales dentro de una relación de trabajo.

El primero supone el *juicio de idoneidad* que se supera si con la medida es posible conseguir el objetivo propuesto; el *juicio de necesidad* que supone que la restricción del derecho sea necesaria, en el sentido de que no se pueda adoptar otra medida menos gravosa para conseguir el fin, con igual eficacia, y el *juicio de proporcionalidad*, en el sentido estricto que supone que la medida restrictiva es ponderada y equilibrada.

El *principio de justificación*, implica que la medida debe responder a motivaciones objetivas, distintas a la simple convivencia empresarial, que podría estar afectada de una voluntad arbitraria y caprichosa en algunos casos<sup>21</sup>.

Es por ello que se propone en el presente trabajo, como forma de solución en estos casos, que la fiscalización tratándose del domicilio del teletrabajador, sea acordada previamente en cuanto a la periodicidad de la misma, y el tiempo de la inspección<sup>22</sup>.

Para que se pueda implementar adecuadamente este procedimiento, debe mantenerse lo señalado en la legislación nacional, esto es que el teletrabajo sólo se puede realizar en el territorio nacional.

### **Derecho a la no prestación de servicios del teletrabajador sin la pérdida de beneficios sociales, sino se le entregan las herramientas necesarias para el desarrollo de las labores contratadas**

De acuerdo con lo señalado por nuestra legislación, si el empleador es el encargado de otorgar las condiciones de trabajo para la prestación del servicio, tales como los equipos conexiones a internet, programas informáticos, sino los otorga el trabajador en forma idónea, el teletrabajador no prestará el servicio, estando obligado el empleador la remuneración a la que tenga derecho, salvo

21 SEMPERE NAVARRO, Antonio y Otros (2011). Derechos Especiales Inespecíficos y Negociación Colectiva. España- Editorial Aranzadi SA, pagos. 25-26.

22 De acuerdo con el artículo II inciso a) del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, el teletrabajo sólo se desarrolla en el territorio nacional, esto es diferente al trabajo remoto creado temporalmente en las normas nacionales para hacer frente a la pandemia originada por el SAR-Cov-2, que puede ser prestado fuera del territorio nacional.

que el trabajador aporte sus propios equipos e implementos para realizar el teletrabajo<sup>23</sup>.

Hago notar que no se señala directamente la obligación de pago proporcional del alquiler del inmueble donde el teletrabajador realiza el servicio de teletrabajo.

## VI. Conclusiones

1. El teletrabajo se puede prestar en forma subordinada o independiente, debiendo determinarse frente a que supuesto estamos aplicando el test de la relación laboral, que se plantea en el presente artículo.
2. El trabajo a distancia sólo será teletrabajo, si en forma mayoritaria el servicio es prestado en forma personal utilizando las tecnologías de la información, fuera de las instalaciones de la empresa o institución.
3. Tratándose del teletrabajo que se realiza en el domicilio del trabajador, deberá establecerse convencionalmente, la periodicidad y tiempo de visitas por el empleador, a efectos de garantizar la seguridad y salud del mismo, salvo el caso que el ambiente del domicilio donde se realiza el teletrabajo, este demarcado y tenga acceso directo a la calle.
4. Es importante que se regule a nivel infra constitucional que el derecho a la desconexión digital, es aplicable a los trabajadores no obligados a marcar ingreso y salida, en dicho supuesto los trabajadores sólo podrán estar tele disponibles durante el horario de trabajo de la empresa, y por los días en que se trabaje en la misma, respetando el día de descanso semanal obligatorio, en concordancia con el derecho constitucional a la jornada máxima y al descanso semanal obligatorio, este derecho se activará a falta de acuerdo entre los trabajadores, mediante herramientas como la convención colectiva, teniendo en consideración que el Estado garantiza la negociación colectiva como un medio de solución de conflictos. En el caso peruano sólo se ha regulado el derecho a la desconexión digital de las personas que realizan trabajo bajo la modalidad de labores remotas, pero no de teletrabajo, a través del Decreto de Urgencia 127-2020.

---

23 Acuerdo con lo señalado por el artículo 3 de la Ley 30036, el trabajador puede aportar sus equipos y elementos de trabajo, en cuyo caso el empleador debe compensarlo.

5. Se debe permitir al empleador, sobre la base de su poder de dirección, establecer unilateralmente el teletrabajo, teniendo como límites la razonabilidad y las necesidades de la empresa.

## VII.Recomendaciones

Se plantean los siguientes cambios normativos:

1. Modificar el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-TR, estableciendo los siguientes parámetros para determinar si estamos frente a una relación laboral, teniendo la carga de la prueba la demandada, que sostiene que no existe relación laboral, porque se dan los siguientes presupuestos:
  - a) Que la prestación personal del servicio no tiene control ni dirección de la empresa
  - b) Que se presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa contratante.
  - c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.
  - d) Que el prestador de servicios no reciba condiciones de trabajo para el desarrollo de los mismos.

En el caso específico del teletrabajo, hay que añadir, dos elementos a efectos de que se determine una relación laboral y no civil:

    - e) Prestación fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o mayoritaria a los días en que se presta el servicio en la empresa.
    - d) Que se utilice en forma frecuente e intensiva las tecnologías de la información y comunicación para la prestación del servicio.
2. Establecer el derecho a la desconexión digital del teletrabajador, fuera del horario de trabajo, y de no tener jornada máxima, que se respete el derecho al descanso semanal obligatorio garantizado en el artículo 25 de la Constitución, en relación a la tele disposición del trabajador, la misma estará vinculada al horario de la empresa, para ello tendrán que modificar las normas que regula el teletrabajo. Sólo se ha regulado el derecho a la desconexión digital del trabajador remoto, pero no del contratado a través del contrato de teletrabajo.

3. Establecer frente al derecho constitucional inespecífico del desarrollo de la vida privada del trabajador, que cualquier visita o inspección al domicilio del mismo por el empleador, a fin de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, tendrá que ser acordada antes del inicio de teletrabajo, salvo que el ambiente del domicilio del teletrabajador este separado y tenga acceso directo a la calle.
4. De realizarse el teletrabajo en el domicilio del trabajador, o en algún centro comunitario, hacer una referencia expresa, al pago proporcional del alquiler por el ambiente utilizado por el teletrabajador para la prestación del servicio.
5. Permitir que el empleador sobre la base del ejercicio de su poder de dirección, pueda unilateralmente cambiar la modalidad de prestación de servicio a teletrabajo, respetando la categoría, remuneración, debiendo proporcionarle al trabajador las condiciones de trabajo adecuadas para el desempeño de la labor.

## VIII. Bibliografía

262

ANACORETA CORREIRA, José y Otros

Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo. Volumen I. Suiza. Peter Lang. 2017.

ALEMAN PAEZ, Francisco y Otros.

El futuro del Trabajo. Análisis Jurídico y Socioeconómico. España. Editorial Aldebaran.

DEAKIN, Simón.

Derecho Laboral y Desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima Págs. 62-63.2016

FERNANDEZ BRINGONI, HUGO

Las Mutaciones de la Empresa en el Siglo XXI. En F- ACKERMAN, Mario (Director) y LA TOSCA, Diego (compilador). Las Transformaciones de la Empresa en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Páginas 289-313.2007.

FERRO, Víctor

El teletrabajo una aproximación a un Fenómeno Complejo. En el Libro de Homenaje Aniversario de la SPDTTS. Lima. Editorial Búho E.I.R.L. Págs. 301-317.2013.

GARCIA MORENO, Belén

El Teletrabajo. España. Civitas. 2012.

IRENE, Cortes

“Señoría un Robot me ha quitado el trabajo”. Diario el País. (7 de agosto 2020)

JIMENEZ SILVA, Carlos

El Contrato de Trabajo a Distancia en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. SPDTSS. Libro de Ponencias del Primer Congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2004.

JIMENEZ SILVA, Carlos

Aspectos Procesales a Partir de la Violación del Derecho a la Desconexión Digital. En Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Vol. 2 Núm. 2 (2020). Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial

JIMENEZ SILVA, Carlos

La Descentralización Productiva y del Trabajo. La Reputación Digital y su Efectos en las Relaciones Laborales. En revista Caplae Laboral. Diciembre 2020.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel

La Función Social y Transformaciones del Derecho del Trabajo. En la revista Jurídica del Trabajo. Número 1. Enero-abril. Montevideo. Uruguay.2020

SEMPERE NAVARRO, Antonio y Otros

Derechos Especiales Inespecíficos y Negociación Colectiva. España- Editorial Aranzadi SA. 2011

TODOLÍ, Adrián

Las Plataformas Digitales y la Ampliación del Concepto de Trabajador: Jurisprudencia Española y la Nueva Ley de California (AB5). En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. Montevideo. Uruguay. Marzo 2020

VILLALBA SANCHEZ, Alicia

La condición Resolutoria Consignada en el Contrato de Trabajo. Granada. España. Editorial Comares. 2018.