

EL TELETRABAJO: UNA APROXIMACIÓN A UN FENÓMENO COMPLEJO⁽¹⁾

VÍCTOR FERRO D.⁽²⁾

I. RESUMEN

El presente artículo aborda sucintamente los temas centrales que corresponden al estudio del teletrabajo a partir de su análisis conceptual y sus elementos configuradores, destacando las ventajas y desventajas que representa para el trabajador y el empleador, y su efecto en determinados aspectos sociales. Seguidamente, se exponen las diversas modalidades de teletrabajo que se vienen desarrollando, para luego incidir en los aspectos propiamente contractuales de esta modalidad de servicios. Por último, trataremos su vinculación con el ejercicio de derechos colectivos, su vinculación con la seguridad y salud en el trabajo y el desarrollo e implicancias que viene teniendo el teletrabajo prestado a través de figuras de tercerización de servicios⁽³⁾.

II. CONCEPTO DE TELETRABAJO

La introducción de la telemática en el mundo laboral ha traído consigo nuevas formas de concebir el trabajo, conforme a las cuales resulta posible que

(1) Ponencia oficial presentada al XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires 2013.

(2) Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(3) Deseo dejar constancia de mi especial reconocimiento a André Cossio Peralta y Lineth Humala Marín, por su valiosa colaboración en la preparación de este trabajo.

las labores encomendadas al trabajador puedan cumplirse a distancia, esto es, sin que sea necesaria su presencia física en el centro de trabajo.

Este hecho constituye un fenómeno que participa de una figura previamente existente en el Derecho del Trabajo, como corresponde al trabajo a domicilio, pero a la vez incorpora particularidades no previstas que por tanto hacen necesarias respuestas específicas. En efecto, en el trabajo a domicilio el trabajador se limita a entregar el resultado de su trabajo, lo cual reduce significativamente la intervención del empleador en el desarrollo de sus actividades. Por el contrario, en el teletrabajo las labores no necesariamente se cumplen en el domicilio del trabajador, a lo que se agrega que el ejercicio de la facultad directriz del empleador puede ser muy intenso, permitiéndole controlar en tiempo real las labores del trabajador, las interrupciones en las que incurrir, su ritmo de trabajo, los errores que comete, etc.

En lo relativo a la cuestión terminológica, y por corresponder a la que más aceptación ha tenido en el ámbito laboral, hemos optado por la denominación de teletrabajo, la cual es la traducción de los términos *telework* o *teleworking* acuñados por primera vez en 1973 por el profesor norteamericano Jack Nilles⁽⁴⁾.

En 1990, Vittorio di Martino y Linda Wirth, luego de analizar un gran número de definiciones del teletrabajo, identifican tres conceptos distintivos del teletrabajo: organización, locación y tecnología. Así, proponen la siguiente definición: “*Es el trabajo prestado en una locación donde, fuera de las oficinas centrales o instalaciones de producción, el trabajador no tiene contacto personal con sus compañeros de trabajo pero le es posible comunicarse con ellos usando nueva tecnología*”⁽⁵⁾.

Gray, Hodson y Gordon definen al teletrabajo 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 realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa*”⁽⁶⁾.

(4) NILLES, Jack. *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for tomorrow*. En: Wiley & Sons. New York, 1976, p. 3.

(5) DI MARTINO Vittorio y Linda WIRTH. “Telework: A new way of working and living”. En: *International Labour Review*. Vol. 129, N° 5, 1990, p. 530. Traducción libre.

(6) GRAY M., N. HODSON y G. GORDON, B. *El Teletrabajo*. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995, p. 63.

Por su parte, en el Acuerdo Marco europeo del año 2002 se define al teletrabajo como “*una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales*”.

Por nuestra parte, conceptuamos al teletrabajo como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base en las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.

Se trata, pues, de un fenómeno que va teniendo importancia creciente en el mundo moderno, como lo evidencia el hecho de que en la Unión Europea ya existan en la actualidad unos 10 millones de trabajadores que laboran bajo las distintas modalidades del teletrabajo. Es así que en el referido Acuerdo Marco se estableció que el teletrabajo debe procurar un equilibrio razonable entre la flexibilidad y la seguridad de la organización del trabajo, la compatibilización entre la vida familiar y la vida laboral de los teletrabajadores y la mejora en productividad y competitividad de las empresas⁽⁷⁾.

Todo indica que en nuestra región el teletrabajo irá teniendo mayor desarrollo y de ahí, pues, que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, surja la necesidad de estudiar las implicancias y desafíos que entraña esta forma de prestación de servicios.

III. ELEMENTOS CONFIGURADORES

Con base de lo expuesto, y como destacan Carrasco y Salinas⁽⁸⁾, pueden identificarse dos elementos consustanciales al teletrabajo: (i) la actividad no presencial; y (ii) el uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información.

- i) La actividad no presencial está referida al hecho de que el teletrabajador presta sus servicios sin concurrir al centro de trabajo pero man-

(7) FERNÁNDEZ, Roberto. *El acuerdo marco sobre teletrabajo*. En: <www.uhu.es/sevirtual/ocw/ciencias-trabajo/trabajo-no-asalariado/recursos/010.doc, pp.1-2. 12/08/2013>.

(8) CARRASCO, Remigio y SALINAS, José. *Teletrabajo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, p. 11.

teniendo su condición de subordinado al empleador, al cual le corresponde los resultados de su trabajo. Como acota Pino, “*el teletrabajador gozará de más autonomía y libertad de acción en virtud del trabajo realizado a distancia, pero siempre habrá ciertos parámetros establecidos por el destinatario del servicio (...) el concepto de subordinación deberá ajustarse a la realidad y ser concebido en una perspectiva de relación contractual*”⁽⁹⁾.

- ii) El uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información determina que el teletrabajador desarrolle sus actividades, fundamentalmente, con base en el uso intensivo de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), sin perjuicio de que no sea necesario que la totalidad de su labor deba basarse en estas, mas sí en lo esencial, tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos.

En términos generales, corresponderá al empleador la provisión de los instrumentos (medios físicos –*hardware*– y métodos informáticos –*software*–) requeridos para la prestación de los servicios, lo que implica que el trabajador dependa tecnológicamente del empleador.

Estos elementos operan más bien como factores coadyuvantes que identifican la dependencia tecnológica del trabajador frente a su empleador, mas no como elementos determinantes del teletrabajo habida cuenta que cabría la posibilidad de que sea el trabajador el propietario de estos bienes y que acuerde con su empleador la forma en que sería compensado por este hecho.

IV. BENEFICIOS Y PERJUICIOS

El teletrabajo conlleva indudables beneficios, pero igualmente puede acarrear perjuicios para empleadores y trabajadores:

1. Beneficios

Trabajador:

- Disminuye o elimina traslados entre el domicilio, el centro de trabajo y viceversa.
- Permite mayores posibilidades de adecuar la vida laboral y la vida personal facilitando la atención de obligaciones particulares (tales

(9) PINO, Manuel. *El teletrabajo en el Derecho brasileño*. En: <http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/teletrab/teletrabajo_en_brasil_pino.pdf.> 11/08/2013.

como el cuidado de los niños o familiares enfermos, la atención del hogar, etc.).

- Contribuye a la reinserción laboral a trabajadores discapacitados, en particular a aquellos con dificultades para trasladarse.
- Limita la discriminación de grupos vulnerables de trabajadores que sufren rechazo social (como quienes han purgado condenas).
- Reduce o elimina riesgos de hostigamiento sexual.

Empleador:

- Ahorro en costos de infraestructura y costos fijos en el centro de trabajo al tener que albergar a un menor número de trabajadores⁽¹⁰⁾.
- Mayor productividad y competitividad en la medida que la labor del trabajador se mide por resultados concretos y efectivamente entregados.
- Reduce la conflictividad laboral al haber menor contacto directo entre individuos.
- Favorece supervisión en tiempo real, sin recurrir a canales intermedios.
- Reduce el ausentismo⁽¹¹⁾.
- Reduce posibilidades de accidentes de trabajo.
- Elimina riesgos vinculados a la desaparición de bienes o enseres de la empresa.

Aspectos sociales:

- Genera impacto favorable al reducir los desplazamientos en la ciudad, aliviando el tráfico y favoreciendo una menor contaminación.
- Contribuye al menor consumo de energía.
- Favorece el empleo de trabajadores que residen en zonas alejadas o marginales.

2. Perjuicios

Trabajador:

- Genera aislamiento y deshumanización de las relaciones de trabajo⁽¹²⁾.

(10) Garmendia señala que en “Estados Unidos se ha calculado que se ahorra un 30 % de gastos por cada trabajador”. GARMENDIA, Xochitl. *Teletrabajo*. En: <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/Teletrabajo.pdf>>. 20/07/2013.

(11) Según Garmendia, “el trabajador podrá seguir realizando sus funciones en casa, cuando no se trate de enfermedades graves, lo que se traduce en un aumento de la productividad”. Ídem.

(12) Como señala HUUHTANEN, el aislamiento físico de los teletrabajadores puede suponer un riesgo de marginación del lugar de trabajo y de los compañeros, en un momento en que se hace hincapié en la importancia del trabajo en equipo. HUUHTANEN, Pekka. *Implicaciones del teletrabajo*

- Puede contribuir a *deslaborizar* relaciones de trabajo propiciando figuras civiles.
- Hace difusos los límites que dividen la vida laboral y la vida personal y exige particulares capacidades de autodisciplina del teletrabajador.
- Favorece la individualización de las relaciones de trabajo.
- Dificulta la actividad gremial tradicional.
- Traslada al trabajador gastos que en diversos supuestos suelen ser parcial o totalmente asumidos por la empresa (alimentación, uniformes, atención en postas médicas, etc.).
- Dificulta las actividades sociales que usualmente se desarrollan al interior de la empresa.
- Puede afectar el derecho a la intimidad y contribuir a la intromisión de la empresa en el ámbito del hogar.

Empleador:

- Eventual afectación de la capacidad de fiscalización y ejercicio del poder de dirección.
- Puede desfigurar el carácter personalísimo (*intuitio personae*) de la prestación de los servicios.
- Atenúa los sentimientos de pertenencia e identificación del teletrabajador con la empresa e integración entre los trabajadores.
- Disminuye el control sobre información sensible para la empresa.
- Reduce la capacidad de atenuación de los riesgos de seguridad y salud en el trabajo derivados de la prestación de los servicios.
- Suele generar mayores costos vinculados al mantenimiento de equipos y actualización de *software*.
- Dificultad para generación de equipos de trabajo de teletrabajadores.

Aspectos sociales:

- Al mantener al trabajador en su domicilio, aliena al individuo de su vinculación con el entorno social, afectando su condición de hombre social.
- Mayor dificultad en la implementación de acciones de personal de aplicación general (charlas de capacitación, entrenamiento en medidas de seguridad, etc.).
- Riesgo de proliferación de enfermedades derivadas del trabajo en aislamiento (desórdenes emocionales, tales como la depresión o conductas antisociales).

para la seguridad y la salud. En: <<http://www.arearh.com/salud%20laboral/teletrabajoyosalud.htm> 17/08/13>.

V. MODALIDADES DEL TELETRABAJO

1. En el domicilio

Es la forma en que usualmente se concibe al teletrabajo, pero no necesariamente la que viene experimentando un desarrollo exponencial⁽¹³⁾.

Esta modalidad de teletrabajo haría necesario que el domicilio del trabajador cuente con determinadas características para que este resulte adecuado, tales como un espacio idóneo que le permita un mínimo de privacidad durante la prestación de los servicios. Al mismo tiempo, debe poder garantizar el derecho a la intimidad del trabajador y su familia, en particular cuando las labores implican que la computadora se encuentre permanentemente conectada a una cámara y a un mecanismo de audio. Ciertamente, el teletrabajo prestado en tales condiciones podría acarrear una afectación a la vida personal del trabajador.

A su vez, la dependencia tecnológica del trabajador hacia el empleador hace que este, a través de los técnicos que designe, deba ingresar periódicamente al domicilio del trabajador sea por razones de mantenimiento de los equipos, por instalación de programas que requieren de discos, etc. Estas visitas resultan inherentes al normal desenvolvimiento del trabajo y deberían corresponder a una estipulación ordinaria en los acuerdos sobre teletrabajo. Así, el trabajador no debería negarse a estas visitas, siempre que las mismas se encuentren sustentadas en consideraciones objetivas e ineludibles y puedan ser programadas con anticipación razonable, sin perjuicio del derecho del trabajador a solicitar una reprogramación cuando medien causas justificadas.

2. En forma itinerante

Existe una diversidad de puestos de trabajo que obligan a un constante desplazamiento del trabajador por distintos lugares geográficos, desde los cuales debe reportar el resultado de sus visitas o hallazgos. En este escenario, el teletrabajador no labora en su domicilio ni desde un lugar fijo, sino que se conecta con el servidor de su empleador desde distintos puntos en los que le resulte factible, habida cuenta que solo requiere del uso de su computadora personal con una conexión inalámbrica o con un módem, o incluso con un moderno teléfono celular. De acuerdo a Hernández Nieto los trabajadores que

(13) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*. En: <<http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalización-final-informe.pdf> 17/08/2013>.

más utilizan esta modalidad de teletrabajo son los que realizan actividades comerciales e ingenieros de servicios⁽¹⁴⁾.

Bajo este esquema, se atenuarán los riesgos a una afectación al derecho a la intimidad en el domicilio del trabajador pero podrían acentuarse los relativos a una clara delimitación entre el tiempo de descanso y el tiempo de trabajo.

3. En un centro de recursos compartidos o centro de teleservicios

En esta modalidad, el trabajador goza de ciertas facilidades para conectarse con el servidor de su empleador (computadora, acceso a Internet, línea telefónica, impresoras, etc.) sin que este lugar constituya un centro de trabajo de la empresa. Usualmente, el servicio se paga por horas de ocupación del centro de recursos compartidos de manera que el trabajador solo estará conectado durante el tiempo en que se encuentre en dicho centro. En términos generales, su ubicación resulta más accesible que el propio centro de trabajo del empleador y presenta la ventaja de que se maximiza su uso al tiempo estrictamente necesario.

VI. TELETRABAJO Y CONTRATO DE TRABAJO

Como todo contrato de trabajo, el teletrabajo puede ser celebrado a plazo indefinido, o sujeto a modalidades temporales cuando medien razones que así lo justifiquen. Más aún, podría pactarse la temporalidad del teletrabajo y el retorno posterior a las labores en las instalaciones de la empresa, como analizaremos más adelante, cuando tratemos lo relativo a la reversibilidad.

Cabe tener presente que alguna legislación, como es el caso de la peruana, prevé menores beneficios laborales a quienes prestan servicios por menos de cuatro horas diarias. Por ello, resultará relevante determinar si las labores se limitan a las horas indicadas o si, por el contrario, el pacto respecto a la prestación de servicios en una supuesta jornada a tiempo parcial no es sino una maniobra destinada a evadir el reconocimiento del íntegro de los derechos laborales que corresponden al teletrabajador.

Este aspecto debe analizarse tanto desde la efectiva extensión de la jornada de trabajo del teletrabajador como de las posibilidades del empleador de fiscalizar este hecho. En efecto, como ya se indicó, la facultad de fiscalización

(14) HERNÁNDEZ, Juan. "El teletrabajo en España en los albores del siglo XXI". En: *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*. Universidad de Sevilla, N° 2, Valladolid, 2001, p. 193.

del teletrabajo por parte del empleador puede ser muy intensa, la cual, incluso, podría materializarse en tiempo real. De ahí que el tiempo de conexión del teletrabajador al sistema o servidor del empleador resultará decisivo para definir la verdadera extensión de la jornada de trabajo. Inversamente, si el teletrabajador se limita a entregar un producto, sin que el empleador fiscalice el tiempo destinado a la prestación de servicio, no corresponderá que se atribuya a la jornada una extensión mayor a la pactada, de la misma forma que algunos ordenamientos no reconocen el derecho a percibir sobretiempos a quienes laboran sin fiscalización superior directa⁽¹⁵⁾. No obstante, ello no descarta que por aplicación del principio de primacía de realidad pudiera acreditarse que por la calidad o cantidad del producto entregado por el teletrabajador no resulte verosímil que las labores puedan haberse cumplido conforme a una jornada parcial, lo que previsiblemente, sería materia de análisis pericial en el marco de una controversia judicial.

Ahora bien, el contrato sobre teletrabajo puede ser originario, vale decir, que desde el inicio de la relación laboral las partes han acordado esta modalidad de prestación, con lo que la voluntariedad del teletrabajo operará tanto para el empleador como para el teletrabajador.

Sin embargo, cabe evaluar si el ordenamiento debería prever ciertas garantías que aseguren que el trabajador ha adoptado una decisión informada. El teletrabajo no se adecua a todos los trabajadores. Así, el hecho de trabajar en aislamiento podría afectar la salud psicológica de algunos trabajadores, en particular cuando esta modalidad se extiende a lo largo de periodos considerables de tiempo.

Por ello, tal como se requiere que el trabajador común se someta a exámenes médicos específicos en función del tipo de labor y condiciones de trabajo en las que deba laborar, cabe considerar la necesidad de que se efectúe una evaluación psicológica del trabajador como requisito para la validez de su consentimiento para la prestación del servicio en teletrabajo.

A su vez, cuando es realizado desde el domicilio del teletrabajador debe evaluarse si se cuentan con las facilidades que esta modalidad de prestación de servicios exige, habida cuenta que, como se señaló previamente, cabe la posibilidad de que esta modalidad importe una intromisión en su vida privada y

(15) Es el caso de la legislación peruana (art. 5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, aprobado por Decreto Supremo N°007-2002-TR).

afectación a su derecho a la intimidad, con lo que el teletrabajador puede convertirse en sujeto pasivo de control constante⁽¹⁶⁾.

El teletrabajo puede igualmente corresponder a la novación de las condiciones del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, con base en razones debidamente sustentadas o provenir de la iniciativa del trabajador. En ambos casos, se requerirá del consentimiento de la contraparte, habida cuenta de que la novación en cuestión importa una modificación sobre uno de los aspectos centrales de la prestación de los servicios.

Sin embargo, otorgado dicho consentimiento, la legislación peruana reserva al empleador la reversibilidad de la medida, si estima que no se han alcanzado los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo⁽¹⁷⁾. No operará igual facultad respecto del trabajador ya que la ley peruana prevé que si este la solicitase, quedará supeditado al consentimiento del empleador⁽¹⁸⁾.

Al igual que en el caso del teletrabajo originario que ya hemos comentado, resultan aplicables a este caso las mismas atenciones ya señaladas respecto a necesidad de una evaluación psicológica previa destinada a determinar la adecuación del trabajador a este tipo de prestación.

A su vez, transcurrido un periodo prudencial el teletrabajador debería encontrarse en la posibilidad solicitar la reversión de la medida si acredita que el teletrabajo le viene ocasionando perjuicios y, de producirse la negativa del empleador, debería poder accionar ante la autoridad competente para que revierta la medida.

Corresponde que en el contrato originario o en la novación del contrato para pasar al régimen de teletrabajo se determine a cuál de las partes corresponderá la provisión de los equipos, su mantenimiento y elementos de trabajo requeridos para la prestación de los servicios. Si bien, en términos generales, esta provisión recae en el empleador, no desnaturaliza el contrato de trabajo que sea el teletrabajador el que la asuma, en cuyo caso deberá ser íntegramente compensado por el empleador⁽¹⁹⁾.

A su vez, corresponderá igualmente que se establezca la permanencia o modificación de las condiciones de trabajo preexistentes, toda vez que algunas

(16) GONZALES MOLINA M.D, y LÓPEZ AHUMADA, J. E. Citado por RASSO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Segunda edición, Edit. Amalio M. Fernández S.R.L., Montevideo, 2009, p. 222.

(17) Art. 4, Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo.

(18) Ídem.

(19) Art. 3, Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo.

de ellas podrían no subsistir por estar directamente vinculadas a la prestación de servicios en el centro de trabajo.

VII. EJERCICIO DE DERECHOS COLECTIVOS

En materia de derechos colectivos, el teletrabajo presenta particulares desafíos. En efecto, el hecho de que el trabajador labore en condiciones de aislamiento dificulta significativamente su vinculación con sus compañeros de trabajo. Así como las relaciones interpersonales que la actuación gremial usualmente conlleva.

De ahí que resultará relevante que las organizaciones sindicales logren establecer por medios telemáticos contactos con los teletrabajadores y que, de la misma forma, la legislación faculte la actuación en tiempo real de teletrabajadores en asambleas no presenciales así como la adopción de acuerdos e implementación de medidas colectivas. Ciertamente, ello exigirá la implementación de medidas de carácter técnico que permitan comprobar y dar certeza de la efectiva participación de los teletrabajadores en dichas decisiones.

VIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El Convenio N° 177 de la OIT sobre Trabajo a Domicilio establece “*La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste (...)*”.

Asimismo, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo prevé la responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud de los teletrabajadores y su obligación de informar al teletrabajador sobre la política aplicable en esta materia, así como supervisar su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, el teletrabajo conlleva particulares dificultades en el cumplimiento de la obligación del empleador de garantizar que las labores se cumplan en condiciones que no afecten la integridad física o psicológica del teletrabajador. Respecto de lo segundo, ya hemos señalado que el trabajo en condiciones de aislamiento puede generar cuadros de depresión en algunos teletrabajadores y de ahí la necesidad de un monitoreo constante, e incluso la reversión de la medida de evidenciarse causas objetivas que afecten al trabajador.

En lo relativo a las condiciones de seguridad conforme a las cuales se brinda el teletrabajo, cabe tener presente que en el trabajo a domicilio la capacidad de intervención del empleador se encuentra limitada. En efecto, este podría haber determinado que, inicialmente, las condiciones que presenta el domicilio del trabajador resultan adecuadas para el desempeño de las labores y que cuando el teletrabajo se desarrolla en tiempo real y supervisión continua le resulta factible contar con un lugar en el que goce de cierta privacidad, de manera que no resulte afectado su derecho a la intimidad.

Sin embargo, existirán otras condiciones, vinculadas más bien a la propia seguridad de las instalaciones del domicilio del trabajador que por su naturaleza son dinámicas e invariables de fiscalización frecuente. Así, no cabría atribuir responsabilidad al empleador por eventuales condiciones inseguras que se hayan presentado en el domicilio del trabajador, máxime si estas no se encontraban presentes al momento de efectuarse la evaluación inicial por parte del empleador.

IX. EL TELETRABAJO Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

La tercerización de servicios constituye uno de los fenómenos más característicos de la producción contemporánea de bienes y servicios y previsiblemente corresponde a la modalidad que ha tenido mayores desarrollos.

En efecto, se asiste a un proceso de descentralización de las actividades que desarrolla la empresa, la cual traslada a contratistas el desarrollo de parte de su proceso productivo. De esta forma, con base en sus propios recursos materiales, técnicos o financieros, y por su cuenta y riesgo, el contratista asume y pasa ser responsable de una parte del proceso productivo de la empresa principal.

Conforme señala Gálvez el *outsourcing* o descentralización implica que *“la lógica productiva se ha compartido dividiendo los procesos productivos cada vez más en establecimientos diferentes ligados entre sí, lo que ha permitido distribuir entre ellos el riesgo empresarial y las pérdidas y ganancias, según relaciones desiguales de poder y de acceso a los mercados”*⁽²⁰⁾.

(20) GÁLVEZ, Thelma. “Para clasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo”. En: *Cuaderno de Investigación* N° 14. Santiago Dirección del Trabajo, 2001, p. 13.

La tercerización de servicios puede efectuarse con o sin desplazamiento de trabajadores a las instalaciones de la empresa principal. En el primer supuesto, es frecuente que los ordenamientos establezcan un conjunto de medidas destinadas a proteger al trabajador destacado de manera de garantizar el ejercicio de sus derechos, proteger sus créditos laborales y evitar que la tercerización no sea sino una maniobra evasiva de la contratación directa por parte del empleador.

A modo de ejemplo, la legislación peruana regula los requisitos que debe revestir la tercerización con destaque de trabajadores a las instalaciones de la empresa principal. Así, conceptúa a la tercerización como el desarrollo de actividades especializadas u obras a cargo de un contratista que asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo, tiene con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, asume responsabilidad por los resultados de sus actividades y mantiene a sus trabajadores bajo su exclusiva subordinación. El cumplimiento de estos requisitos opera de forma copulativa, de manera que la inobservancia de alguno desvirtúa la tercerización.

Ahora bien, en adición a estos la ley prevé elementos característicos –o no esenciales– que contribuyen a la identificación de la tercerización, tales como la pluralidad de clientes, el equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En cualquier supuesto, se proscribiera la simple provisión de personal. De acreditarse la desnaturalización de la tercerización, se reputará que la condición de verdadero empleador corresponde a la empresa principal en la cual se brinda físicamente los servicios.

A ello se agrega que dicha legislación prevé garantías respecto de la salvaguarda de los créditos laborales, estableciéndose que la empresa principal es responsable solidaria por el pago de los derechos laborales que adeude la empresa contratista a los trabajadores destacados por el tiempo que haya durado el destaque. Este hecho ha motivado que la empresa principal fiscalice el cumplimiento de las obligaciones que como patrono debe observar su contratista, ya que de otro modo incurriría en eventuales contingencias derivadas de su responsabilidad solidaria por los créditos laborales. A su vez, se prohíbe que la tercerización de servicios pueda ser instrumentalizada para limitar el ejercicio de derechos colectivos, incluida la proscripción de recurrir a trabajadores destacados para la sustitución de trabajadores en huelga en la empresa principal⁽²¹⁾.

(21) Inciso 3 del artículo 7 de la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización.

La tercerización de servicios sin desplazamiento de personal hacia las instalaciones de la empresa principal no es objeto de regulación por parte de la legislación laboral peruana. En este escenario, los trabajadores brindan sus servicios bajo la órbita del empleador que los ha contratado, careciendo hasta el presente de relevancia jurídica que el contratista opere como una empresa satélite de la empresa principal o que le brinde servicios exclusivos. No corresponde al objeto del presente trabajo abordar las implicancias en esta figura puede conllevar en la protección de los créditos laborales de los trabajadores de la empresa satélite y la responsabilidad que pudiera corresponderle a la empresa principal. Anotamos, simplemente, que en la tercerización de servicios con desplazamiento de personal es el hecho del destaque, esto es, la prestación física de los servicios de los trabajadores en las instalaciones de la empresa principal lo que determina la pertinencia de la aplicación de la regulación protectora aplicable a los trabajadores tercerizados.

Nos interesará más bien resaltar que la tercerización de servicios bajo la modalidad de teletrabajo brindada por un contratista presenta algunos rasgos comunes con la tercerización con desplazamiento físico de personal a las instalaciones de la empresa principal.

Téngase presente que el teletrabajo a cargo de contratistas viene operando en forma intensiva en determinadas actividades, tales como las relativas a reservaciones en la aviación aerocomercial, servicios contables, encuestas de calidad de servicio, venta de productos bancarios, servicios de delivery o entrega a domicilio de diversos productos, entre otros supuestos. Estas actividades pueden ser brindadas por un mismo contratista a una multiplicidad de empresas, y más aún, los servicios del propio personal del contratista pueden ser brindados en favor de una u otra empresa a lo largo de su jornada de trabajo. En estos supuestos, no cabría atribuirle a las empresas receptoras o beneficiarias del teletrabajo responsabilidad alguna por los créditos laborales correspondientes al personal del contratista.

Más aún, una figura frecuente corresponde al caso de la empresa que, vinculada a un grupo empresarial, brinda distintos servicios administrativos y de gestión a las empresas que integran el grupo. En este supuesto, la creación de la empresa de gestión está fundamentalmente destinada a obtener mayores eficiencias y productividad en la conducción administrativa de las empresas del grupo evitándose así duplicidades innecesarias. Si bien no cabría en este supuesto atribuir la condición de verdadero empleador a una de las empresas del grupo, en virtud de que todas ellas son beneficiarias del servicio, ello no es óbice a que podrían ser solidariamente responsables por los créditos laborales correspondientes. Ciertamente, esta opción haría necesario que se produzcan los respectivos desarrollos normativos, habida cuenta que, en

términos generales, la solidaridad solo puede establecerse por ley o por el título de la obligación.

Distinto es el caso de la empresa principal que descentraliza parte de sus actividades recurriendo a un contratista –en cuya constitución incluso podría estar involucrado– para que bajo la modalidad de teletrabajo le brinde sus servicios en exclusividad –y por ende como su único cliente– monitoreando en tiempo real las labores que le son prestadas por el personal mediante la conexión permanente a su servidor.

En este escenario, el contratista tendría la calidad de empresa satélite de la principal, sea que su vinculación opere en forma abierta y transparente o haya sido encubierta. La descentralización en este caso podría haber tenido por objeto abaratar los costos laborales a los que la empresa principal habría quedado expuesta de haber procedido a la contratación directa del personal.

Esta figura no corresponde, pues, a la de un contratista responsable por la prestación autónoma de los servicios contratados, sino ante teletrabajadores que actúan directamente en beneficio y supervisados por la empresa principal, más allá de la presencia formal del contratista y de que los servicios se brinden desde su local.

Así, esta modalidad de tercerización de servicios mediante teletrabajo resulta análoga a desnaturalización de la tercerización de servicios con desplazamiento del personal a las instalaciones de la empresa principal, cuya consecuencia jurídica es que se atribuya la condición de verdadero empleador a la empresa principal como resultado que la subordinación opera, fundamentalmente, respecto de la empresa principal.

En efecto, en este caso el desplazamiento físico de los trabajadores al centro de trabajo de la empresa principal es reemplazado por el ingreso en forma virtual al servidor de la empresa, mientras que la subordinación se manifiesta mediante la fiscalización en tiempo real de las labores brindadas por los teletrabajadores.

Dicho en otros términos, al igual que la tercerización ordinaria resulta desnaturalizada al detectarse que los trabajadores prestan físicamente sus servicios en las instalaciones de la empresa principal sujetos al poder directivo de esta, análogamente en el supuesto descrito cabría atribuir la condición de verdadero empleador a la empresa principal.

Sin embargo, las implicancias de esta tesis resultarán aún mayores si la empresa satélite opera en una jurisdicción distinta en la que los costos laborales son menores. Como bien señala Sanguineti, *“la liberalización del lugar de desarrollo de la labor habilitada por el nuevo entorno tecnológico favorece,*

así, una elección ‘a la carta’ del régimen de prestación laboral”, lo que favorece mecanismos de *dumping* social⁽²²⁾. En efecto, más allá de supuestos de desnaturalización de la tercerización de servicios por parte de teletrabajadores –que hemos comentado– cabrá igualmente establecer que si el ingreso virtual de los trabajadores al servidor de la empresa principal es equivalente, en las condiciones anotadas, al ingreso físico a las instalaciones de la empresa. Ello abre un sinnúmero de implicancias respecto de la legislación aplicable a estos trabajadores cuando sus servicios son prestados desde otro estado, usualmente en el que priman derechos laborales de menor significación económica.

Si bien mayores reflexiones sobre esta materia desbordarían el alcance de este trabajo, no pueden dejar de anotarse las implicancias que pudieran resultar de atribuir absoluta equivalencia entre el ingreso físico y el ingreso virtual a la empresa principal⁽²³⁾.

X. CONCLUSIONES

1. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, el teletrabajo puede ser conceptualizado como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base a las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.
2. Corresponden a sus elementos configuradores la actividad no presencial y el uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información.
3. El teletrabajo puede presentar claras ventajas para las partes y el medio social, pero igualmente puede ser fuente de perjuicios que no pueden ser soslayados.
4. Entre los aspectos positivos debe destacar la mayor disponibilidad de tiempo del trabajador al eliminarse los cotidianos traslados ciudadanos.
5. Para el empleador son significativos los ahorros de infraestructura e insumos que el teletrabajo le permite.

(22) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit. p. 22.

(23) *Ibidem*, p. 77.

6. Entre los aspectos negativos, cabe resaltar los efectos del trabajo en materia de aislamiento y deshumanización de la prestación de los servicios y la afectación de los sentimientos de pertenencia a una organización.
7. El teletrabajo a domicilio no ha tenido hasta el presente un desarrollo significativo, a diferencia de la tercerización de servicios mediante teletrabajo.
8. Tanto el teletrabajo originario como el que corresponde a la novación de las condiciones de trabajo existentes requieren del acuerdo de partes.
9. Deben adoptarse evaluaciones psicológicas que determinen la adecuación del teletrabajo a las condiciones personales del trabajador.
10. La reversión del acuerdo sobre teletrabajo no debería corresponder exclusivamente al empleador sino extenderse al teletrabajador si acredita que el teletrabajo le viene ocasionando perjuicios objetivos.
11. El teletrabajo presenta particulares desafíos para el ejercicio de derechos colectivos que exige a las organizaciones sindicales singulares capacidades de respuesta, sin perjuicio que los ordenamientos podrían regular las garantías de participación de los teletrabajadores en asambleas no presenciales.
12. La seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores debe ser materia de constante monitoreo, en particular por los riesgos psicológicos involucrados.
13. La tercerización de servicios mediante teletrabajo viene presentando un desarrollo exponencial.
14. En la tercerización de servicios ordinaria el contratista asume responsabilidad por el resultado de sus actividades y destaca trabajadores –sobre los que ejerce el poder de dirección– a las instalaciones de la empresa principal. Si el personal presta sus servicios en forma subordinada a la empresa principal se desnaturaliza la tercerización, estimándose que se trata de una mera provisión de personal reputándose a la empresa principal la condición de verdadero empleador.
15. En la tercerización de servicios mediante teletrabajo se puede producir análoga desnaturalización mediante el ingreso permanente al servidor de la empresa principal si esta supervisa y dirige en tiempo real y de manera continua los servicios que le son brindados por los teletrabajadores del contratista.