

¿Más flexible o más extensa? Fricciones entre la regulación actual del tiempo de trabajo y la nueva Ley de Teletrabajo

More flexible or more extensive? Frictions between the current regulation of working time and the new Teleworking Law

VIANKA VILLENA FERNÁNDEZ BACA*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: vianka.villena.2801@outlook.com
<https://orcid.org/0009-0001-2542-5772>

RESUMEN: El presente artículo tiene por finalidad analizar la normativa relativa al tiempo de trabajo en la legislación peruana, frente a la Ley de Teletrabajo, Ley N° 31572. Para tales efectos, en un primer momento se estudiará la noción del tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo. Posteriormente, se cuestionará aspectos como la definición de jornada, el trabajo en sobretiempo y los trabajadores excluidos de la jornada máxima, tomando como eje las implicancias que tiene teletrabajo en las organizaciones empresariales y en la forma de prestar servicios.

PALABRAS CLAVE: Tiempo de trabajo, teletrabajo, jornada de trabajo, trabajo en sobretiempo, trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the regulations related to working time in Peruvian legislation, compared to the Telework Law, Law No. 31572. For such purposes, at first, the notion of working time as an object of the labor contract will be described. Subsequently, aspects such as the definition of the working day, overtime work and employees excluded from the maximum working day will be questioned, taking as its axis the implications that teleworking has in business organizations and in the way of providing services.

KEYWORDS: working time, telecommuting, working hours, overtime work, employees not subject to immediate control.

Recibido: 16/08/2023

Aceptado: 25/09/2023

Publicado en línea: 30/09/2023

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con una Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y estudios en la maestría de la misma casa de estudios. Asociada del área laboral del estudio Miranda & Amado.

SUMARIO: I. Introducción. II. Tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo en un contexto de preeminencia del trabajo por resultado. III. Fricciones entre los parámetros clásicos del tiempo de trabajo y el teletrabajo. 1. *El concepto de tiempo de trabajo y la teledisponibilidad.* 2. *Problemáticas en torno al trabajo en sobretiempo.* 3. *Los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata.* IV. Reflexiones finales. V. Conclusiones. Referencias.

◆

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido algunos meses desde la publicación de la Ley de Teletrabajo, Ley N° 31572 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2023-TR.

En esta ocasión, el legislador incorporó una serie de nuevas obligaciones, velando por la vigencia de distintos derechos de los teletrabajadores. Adicionalmente, se instauró el derecho a la desconexión digital como si esta fuera la solución a las problemáticas que ya se han evidenciado en la pandemia. Pese a que la incorporación de esta garantía era necesaria, consideramos que se omitió realizar un análisis sistemático de distintos aspectos del tiempo de trabajo, los mismos que son regulados a través del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo y su Reglamento (TUO de la LJT y RLJT).

Es necesario reconocer que la forma de trabajar ha ido variando con el tiempo; sin embargo, elementos como el tiempo de trabajo no pueden dejar de ser estudiados y revisitados en virtud de los cambios en la organización del trabajo que nos ha traído las nuevas tecnologías. Ciertamente, existen tensiones entre la flexibilidad buscada por el trabajador y la posibilidad otorgar el teletrabajo bajo un contexto de normas claras y razonables.

El presente artículo propone reflexionar entorno a las fricciones existentes entre la actual normativa de tiempo de trabajo y el teletrabajo, tomando en consideración las particularidades de la naturaleza de esta nueva modalidad y lo que ello supone para la organización del trabajo.

II. TIEMPO DE TRABAJO COMO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO EN UN CONTEXTO DE PREEMINENCIA DEL TRABAJO POR RESULTADO

La cuestión relativa a cuándo y cuánto se trabaja constituye un componente fundamental del vínculo laboral. Como es bien sabido, el tiempo influye de manera decisiva en los aspectos fundamentales del contrato de trabajo.

Así, el tiempo de trabajo resulta relevante en tanto hace alusión al momento y la duración en la que se prestan los servicios en favor del empleador. En palabras de Alarcón, “la jornada es la medida de la prestación laboral del trabajador que el empresario adquiere. Y el precio que paga por ella se denomina salario” (2007, p.37).

Igualmente, el tiempo de trabajo determina otros aspectos relevantes como el correcto cumplimiento del contrato de trabajo (Monereo y Gorelli 2009, p. 90), en tanto la asistencia y la puntualidad se encuentran entre las principales obligaciones de todo trabajador¹. Adicionalmente, el tiempo de trabajo sirve como parámetro de cálculo y asignación de la remuneración, puesto que puede entenderse, de manera general, que la remuneración está fijado por un ámbito temporal.

De otro lado, es importante no dejar de lado que el tiempo de trabajo, en su regulación y en la práctica, está muy ligado a las manifestaciones culturales y problemáticas de determinada sociedad. Al respecto, tal como señala Avalos “(l)a regulación del tiempo de trabajo permite reconocer costumbres y comportamientos arraigados en la sociedad, tal es el caso de los feriados, duración de vacaciones, turnos de verano, refrigerios alargados, etc.” (2018, p. 20). Además, en la práctica, el respeto (o ausencia de este) por los límites legales establecidos para la jornada denota la cultura de trabajo de las organizaciones empresariales y de las sociedades.

El tiempo de trabajo también constituyó una de los primeros momentos históricos de las reivindicaciones obreras, consiguiendo finalmente el derecho a

1 Es más, el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 03- 97-TR regula como causal de despido el abandono de trabajo (no asistir a trabajar) y la impuntualidad reiterada.

la jornada máxima, derecho que hoy en encontramos en diversos instrumentos internacionales y está reconocido en el artículo 25 de la Constitución.

En definitiva, el tiempo de trabajo es un parámetro relevante dentro del vínculo laboral, tanto para el empleador como para el trabajador, puesto que aquel desea obtener el trabajo realizado durante un cierto tiempo, mientras este desea obtener un salario a cambio de trabajar durante ese tiempo.

Es así como el tiempo de trabajo es entendido como parte del objeto del contrato de trabajo. Es importante tomar la diferenciación que realiza Alarcón (2007) quien sostiene que el tiempo de trabajo conforma el objeto inmediato del contrato de trabajo; sin embargo, también está vinculado al objeto mediato del mismo. Bajo esta premisa, este autor propone que el empleador busca obtener un cierto tiempo de trabajo y, además, el trabajo realizado durante un cierto tiempo; entonces, lo que realmente lleva al empleador a pagar el salario es el producto obtenido durante el trabajo (bienes o servicios que el trabajador produce individual o conjuntamente).

En virtud a ello, el autor sostiene que el contrato de trabajo está delimitado por tres vértices: (i) el objeto inmediato constituido por la actividad laboral del trabajador (realizada en un parámetro temporal); (ii) el objeto mediato que comprende el resultado de tal trabajo; y, (iii) la apropiación del resultado por parte del empleador, que justifica el pago del salario (p. 39).

Siendo ello así, podemos observar que el tiempo de trabajo está presente dentro del objeto inmediato del contrato, es decir, durante la actividad laboral; sin embargo, lo que realmente el empleador busca obtener es el producto de este trabajo (ya sea un bien o un servicio) pues es aquello lo que finalmente se ofrece en el mercado².

Esta distinción puede parecer poco relevante bajo un esquema de trabajo clásico, esto es, bajo el esquema en la que un obrero o empleado acude a la fábrica u oficina, trabaja durante 8 horas y, al finalizar la jornada, regresa a su domicilio. Bajo ese esquema, para efectos del derecho del trabajo era poco relevante el objeto

2 Cabe indicar que esta lógica (un tanto abstracta) también aplica para empleadores sin ánimo de lucro, como el Estado o las organizaciones no gubernamentales, dado que, si bien este tipo de empleador no desea ofrecer algún producto o servicio en el mercado, sí desea cumplir con la finalidad de su existencia como entidad a través de lo producido por sus trabajadores.

mediato (resultado), tomando mayor relevancia el hecho de el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo durante un periodo de tiempo (la actividad).

No obstante, desde hace ya algunos años, las modalidades de trabajo no presenciales han tomado mayor relevancia en el país. Actualmente, la gran mayoría de empresas tienen, al menos, un trabajador prestando servicio a través del teletrabajo. Este fenómeno supone reestructurar muchos aspectos de la organización del trabajo. Como hemos señalado en otra oportunidad (Villena 2020, pp. 987 - 988), estas nuevas formas de trabajo se caracterizan, entre otros, por la preeminencia del trabajo por resultado.

La ubicación física del trabajador es menos crucial en la prestación de servicios, lo que realmente importa, bajo este esquema, es la aportación de valor que realiza quien trabaja (el producto) al valor final de la empresa (Cedrola 2017, p. 17). El empleador es cada vez más ajeno al proceso, es decir, a la actividad que realiza el trabajador para conseguir el producto esperado. Es entonces cuando se resta importancia a la supervisión de la actividad y cobra relevancia la supervisión del resultado.

La consecuencia natural de la preeminencia del trabajo por resultado es la disminución del control inmediato en la actividad del trabajador. Esta es la realidad del teletrabajador común: la supervisión directa e inmediata de su actividad ha desaparecido. Una mínima excepción a esta regla general puede encontrarse en los casos de teletrabajadores que realizan funciones que requieren un monitoreo ininterrumpido y en tiempo real, ya sea a través de mecanismos que lo ubican en el puesto de trabajo o de softwares que monitorean incesantemente la actividad laboral en sus equipos de trabajo.

Regresando a la regla general, restarle importancia a la actividad del trabajador permite identificar, a primera vista, un problema: los límites establecidos para el tiempo de trabajo (al menos en lo relativo a la jornada diaria) dejan de ser nítidos. Si bien el trabajador adquiere cierto nivel de autonomía en cuanto a la capacidad y flexibilidad para la administración del tiempo de trabajo, parece que ello supone una extensión de la jornada.

Entonces, tenemos que la actividad diaria del trabajador es cada vez más ajena al empleador, dado que el teletrabajo se caracteriza por el trabajo por resultado (salvo algunas excepciones). No obstante, esta situación no significa

que la actividad laboral como tal (la prestación del servicio en el día a día) deba dejar de ser tutelada, tampoco significa que el empleador puede extraerse de las obligaciones relativas a la misma. Pese a ello, consideramos que las obligaciones clásicas establecidas en nuestra legislación de tiempo de trabajo, posiblemente, ya no sean idóneas para tales fines.

III. FRICCIONES ENTRE LOS PARÁMETROS CLÁSICOS DEL TIEMPO DE TRABAJO Y EL TELETRABAJO

Históricamente, los intereses de los trabajadores para la reivindicación de los derechos relativos al tiempo de trabajo se erigían bajo la consigna de “8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas para dormir”. No obstante, cabe cuestionarse si, actualmente, los trabajadores buscan, como parte de unas condiciones adecuadas de trabajo, 8 horas ininterrumpidas de trabajo.

Consideramos que el paradigma actual se enfoca en alcanzar la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, lo que supone la flexibilización de las jornadas de trabajo y su adaptación a las necesidades personales. Así, la tutela de la extensión de la jornada también merece adoptar un enfoque que resulte útil para estas situaciones, brindando reglas claras a los empleadores y evitando la desprotección de derechos laborales.

A continuación, se cuestionarán los aspectos relativos al concepto de tiempo de trabajo, el trabajo en sobretiempo y los trabajadores no sujetos a fiscalización y como ello genera fricciones bajo un contexto de teletrabajo.

1. El concepto de tiempo de trabajo y la teledisponibilidad

La normativa nacional no ha brindado una definición de lo que se entiende por tiempo de trabajo en nuestro país. La necesidad de contar con este concepto no es ociosa, todo lo contrario, es relevante a efectos de reconocer qué se encuentra dentro de la jornada y qué se encuentra fuera de esta. Pese a esta falta de regulación, la doctrina ha brindado una propuesta que resulta armoniosa con el ordenamiento jurídico laboral. En efecto, Ulloa (2015, pp. 31 - 33) ha sintetizado la existencia de tres criterios que se pueden utilizar para definir el concepto, conforme se detallará a continuación.

En primer lugar, tenemos a la jornada como tiempo efectivo de trabajo, esto es, contabilizar únicamente la labor efectiva, dejando fuera cualquier lapso de inactividad; no obstante, este criterio ha ido siendo dejado de lado dada la imposibilidad de identificar de manera absoluta solo los lapsos de productividad o actividad productiva. En segundo lugar, el autor identifica la jornada como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo, esto es, se entenderá que la jornada comprende todo el periodo en que el trabajador se encuentra dentro de las instalaciones del empleador y está a disposición de este (más allá de la actividad concreta que se encuentre realizando). Por último, se tiene la jornada como tiempo a disposición en general, este criterio también es descartado para nuestro ordenamiento, puesto que comprendería todas las acciones que realiza el trabajador a fin de cumplir, finalmente, con sus funciones, incluyendo el tiempo de traslado.

Este autor propone que la solución práctica para el caso peruano se estaría guiando por el elemento geográfico (presencia del trabajador en el lugar de trabajo) al entenderse que el trabajador está a disposición cuando ingresa al centro de trabajo y deja de estar a disposición cuando se retira de este (p. 35). Esta premisa también está respaldada en el artículo 7 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada. Esta norma establece una presunción según la cual, si el trabajador se encuentra dentro del centro de labores antes y/o después de la jornada, se presumirá que se encuentra a disposición y se contabilizará el trabajo en sobretiempo.

Bajo esta lógica el empleador tiene la carga de disponer el fin de la jornada y evitar que la puesta a disposición se alargue más allá del tiempo ordinario. Entonces, hasta este punto, resulta válida esta propuesta. No obstante, ¿qué sucede con los teletrabajadores? Para este tipo de trabajadores no es posible recurrir a un elemento geográfico para determinar si están a disposición o no del empleador. Es más, el teletrabajo abarca una lógica completamente distinta entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso.

En efecto, el teletrabajo se justifica, en gran medida, por la flexibilidad que permite al teletrabajador contribuir a conciliar su vida personal, familiar y laboral. Así lo indica el artículo 1 de la Ley de Teletrabajo: “(l)a presente ley tiene por objeto regular el teletrabajo en las entidades de la administración pública

y en las instituciones y empresas privadas en el marco del trabajo decente y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral (...).”

En tal virtud, la naturaleza de la modalidad de los teletrabajadores les permite alcanzar ciertas condiciones que los favorecen. En palabras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),

(u)na de las principales motivaciones que tenían los trabajadores para adoptar el teletrabajo era alcanzar un mejor equilibrio entre su vida personal y laboral. Por un lado, señalaban que al trabajar desde la casa ahorran el tiempo de transporte hacia y desde el trabajo y, por otro, el teletrabajo les permitía adaptar el horario de trabajo a sus necesidades personales. Estos factores pueden ser más importantes para quienes viven lejos del lugar de trabajo y para “los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella”, tal como lo define el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156). (OIT 2021, p. 1)

198

Es cierto que no todo es color rosa con el teletrabajo; no obstante, no son pocas las facilidades que obtienen los teletrabajadores. Por ejemplo, obtienen ahorro del tiempo y dinero que se invertiría en el desplazamiento, la posibilidad de mantenerse en el domicilio y convivir con familiares y mascotas, la posibilidad de realizar labores domésticas o personales durante las pausas breves en el trabajo, entre otras.

En cuanto a la jornada del teletrabajador, la Ley del Teletrabajo y su Reglamento presentan una regulación acotada. El artículo 21 de la Ley ratifica que la jornada máxima de trabajo también aplica a los teletrabajadores. También indica que las exclusiones a la jornada máxima también aplican a los teletrabajadores. Adicionalmente, se hace alusión a la distribución de la jornada, el trabajo en sobretiempo, el mecanismo para el registro de la jornada y la desconexión digital (sobre estos volveremos más adelante).

Tal como hemos señalado, en la norma no se ha indicado un criterio claro para distinguir entre tiempo de teletrabajo y tiempo de descanso, dado que ni la Ley ni el Reglamento han establecido tal definición. Entonces, ¿cuándo entendemos que el teletrabajador está laborando? ¿cuándo está disponible?; o, ¿solamente cuándo realiza labores efectivas? ¿La puesta a disposición del tele-

trabajador puede entenderse como parte de su jornada? ¿Qué entendemos por disposición o disponibilidad? ¿Cuándo el trabajador está disponible? ¿solamente cuando está sentado frente a su computadora?; o, ¿también cuando es ubicable en su celular o cualquier otro dispositivo?

Todos estos cuestionamientos resultan válidos a efectos de analizar un posible reconocimiento de trabajo en sobretiempo o también, desde la parte empleadora, para imputar una posible falta al teletrabajador por no cumplir con su jornada.

Como ya se ha indicado, en el teletrabajo predomina el trabajo por resultado y el periodo de actividad laboral deja de ser demasiado relevante (en algunos puestos de trabajo más que en otros). Es cierto que existe más autonomía en la prestación del servicio; sin embargo, también es cierto que la carga de controlar los límites de la jornada se traslada al trabajador.

En la doctrina y jurisprudencia española se ha insertado la noción de teledisponibilidad que hace referencia a la idea de que un teletrabajador debe “estar disponible” o “estar ubicable”. Al respecto, López ha recogido la siguiente definición:

La teledisponibilidad es definida por la doctrina como “un tiempo dependiente o subordinado sin ocupación efectiva, en el que el trabajador no sólo tiene limitada su libertad de acción y de movimiento, sino también la realización de otra actividad lucrativa fuera del horario habitual” (...) (2021, p. 36).

En tal virtud, se puede extraer que la teledisponibilidad supone un periodo de tiempo caracterizado por los siguientes componentes:

- (i) Limitación en la libertad de acción: Si bien el teletrabajador podría llevar a cabo ciertas acciones que normalmente no serían posibles de realizar en el trabajo presencial; sí existen ciertos límites, toda vez que debe cumplir con sus labores. Entonces, esta limitación no es absoluta, estamos ante una libertad de acción de carácter relativo. Por ejemplo, el teletrabajador podría preparar sus alimentos o realizar alguna otra labor doméstica corta; sin embargo, el teletrabajador no podría charlar extensamente por teléfono con alguien.

- (ii) Limitación en la libertad de movimiento: Nuevamente, consideramos que estamos frente a una libertad relativa de movimiento. Sin perjuicio de que la norma exige pactar un lugar habitual de teletrabajo (artículo 11.2. de la Ley), somos de la postura de que el teletrabajador no debe estar confinado en su domicilio en su lugar de teletrabajo. Entonces, el teletrabajador, razonablemente, tiene la posibilidad de realizar desplazamientos breves que no lo alejen demasiado de su lugar de trabajo. Por ejemplo, puede resultar razonable un desplazamiento de 10 minutos para pasear a su mascota; no obstante, una ausencia extendida y alejada, como acudir a una clase de idiomas, sí excedería aquel límite.
- (iii) Prohibición de realizar otra actividad lucrativa: Esta prohibición sí es absoluta pues, de lo contrario, no permitiría que el teletrabajador atiende de manera correcta sus funciones.

Estos componentes o requisitos de la teledisponibilidad presuponen, claramente, que el teletrabajador pueda tener acceso a los equipos y herramientas de trabajo destinados para la prestación del servicio. Además, la identificación de estos componentes debe estar sujeta a un parámetro de razonabilidad e idoneidad, dependiendo de la naturaleza del puesto para el cual que fue contratado el teletrabajador.

Consideramos que la teledisponibilidad no debe entenderse como extendida a lo largo de todo el día, tampoco debe entenderse como un periodo de inactividad. Todo lo contrario, a nuestro parecer, esta definición comprende o contiene elementos que permitirían identificar la jornada ordinaria de un teletrabajador.

En ese sentido, para identificar si estamos frente a jornada de teletrabajo o, de lo contrario, ante un tiempo de descanso se podrá recurrir a estos elementos de la teledisponibilidad, los cuales determinarán, al fin y al cabo, si el teletrabajador estaba a disposición de su empleador.

Hasta el momento, se han planteado algunas ideas que podrían ser útiles al momento de reconocer la definición de tiempo de teletrabajo, tomando en consideración la falta de definición en el cuerpo normativo de la Ley de Teletrabajo.

2. Problemáticas en torno al trabajo en sobretiempo

El trabajo que exceda a la jornada máxima, debe ser considerado como trabajo en sobretiempo y debe ser remunerado como tal. La doctrina es unánime en señalar que el trabajo en sobretiempo es voluntario y extraordinario (Mejía 2012, p. 322), es decir, no puede convertirse en una realidad frecuente; y, además, debe existir un acuerdo entre el trabajador y empleador para que se lleve a cabo. En otras palabras, ni el empleador puede obligar al trabajador a realizar trabajo en sobretiempo³, ni el trabajador puede llevarlo a cabo sin que su empleador lo autorice.

Así, la norma general ha impuesto una serie de cargas a las partes del vínculo laboral para efectos de evitar que se realicen horas extra no reconocidas (horas extra llevadas a cabo pese a que no existe un acuerdo voluntario) y, por lo tanto, no remuneradas o sustituidas.

Por un lado, al empleador le corresponde disponer las medidas necesarias para evitar una extensión indebida (no pactada) de la jornada ordinaria. Entonces, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa general de tiempo de trabajo, para mitigar el riesgo de reclamos relacionados a sobretiempos no reconocidos, se debe cumplir con lo siguiente:

- Implementar un registro de entrada y salida al centro de trabajo, a efectos de acreditar el inicio y fin de la jornada. (artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR)
- Evitar la permanencia del trabajador en el centro de labores antes o después de la jornada ordinaria, a efectos de evitar que opere la presunción del cómputo de horas extra. (artículo 7 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR).
- Administrar la carga de trabajo, a efectos de evitar la configuración de un pacto tácito de trabajo en sobretiempo. (artículo 9 del TUO de la LJT, último párrafo)

Estas cargas resultan totalmente razonables, toda vez que la organización del trabajo está a cargo del empleador, quien está facultado por el artículo 2

3 Salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

del TUO de la LJT para disponer todo lo relativo al tiempo de trabajo, como establecer la jornada ordinaria, los tiempos de descanso, modificar la jornada, reducirla o incrementarla, entre otros. Es más, estas disposiciones actúan como una suerte de blindaje ante un reclamo de horas extra, puesto que, si el empleador cumple con lo indicado líneas arriba, el trabajador deberá cumplir acreditar la prestación efectiva del trabajo en sobretiempo, conforme se indica en el artículo 22 del RLJT.

Nuevamente, nos encontramos con que esta lógica normativa fue pensada para su utilidad en las relaciones laborales presenciales, dado que se establecen parámetros en función a un control absoluto del empleador sobre la organización del tiempo trabajo, bajo un supuesto de presencia física como requisito para el cumplimiento de la jornada.

Pues bien ¿cómo se ha regulado el trabajo en sobretiempo para el teletrabajo? Lamentablemente, la Ley solamente reitera lo ya establecido en la normativa general, esto es, el carácter voluntario las horas extra:

21.4 En las instituciones y empresas privadas, las horas extras que labore el teletrabajador, después del tiempo de la jornada laboral o labore durante los fines de semana o feriados, deben ser reconocidas por el empleador conforme a ley. La realización de horas extras siempre es a solicitud y consentimiento del empleador.

Bajo este contexto, se puede afirmar que el empleador se ha librado de la presunción por permanencia física en el centro de trabajo, por la lógica razón de que el teletrabajador no estará físicamente presente en la empresa. Sin perjuicio de ello, la carga para evitar la configuración del pacto tácito del trabajo en sobretiempo sigue siendo del empleador, quien debe evitar que el teletrabajador realice horas extras cuando no se han dispuesto.

Sin embargo, como ya se ha señalado, la exclusión del teletrabajador del espacio físico en el centro de trabajo presupone que sus actividades laborales sean un tanto ajenas al empleador, dado que se reduce el control inmediato y se privilegia el trabajo por resultados. Claramente, estamos ante una organización del trabajo con una lógica completamente distinta, respaldada en la flexibilidad buscada por el teletrabajador, con la finalidad de contribuir a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Sumado a ello, se debe tomar en cuenta que el hecho de que el teletrabajador pueda administrar su tiempo de trabajo, pese a que le permite atender asuntos personales y organizar su jornada de acuerdo a sus necesidades, también lo puede llevar hacia una explotación autoadministrada. Este fenómeno, según Lenguita, puede entenderse como

(...) formas sutiles de disciplina impuestas a la distancia, cuya fuente disciplinar está contenida en el propio trabajador, quien administra su trabajo teniendo como motivación la remuneración ligada a su productividad. Es decir que la actividad que está subordinada a la lógica productiva es ajena a la persona empleada, pero a su vez funciona como auto-disciplina y se expresa en los hechos como dependencia económica e inestabilidad laboral. (citado en Rey 2022, p. 5)

Entonces, el teletrabajador podría (empujado por exigencias impuestas por sí mismo o por la cultura laboral a la que se enfrenta) decidir realizar trabajo en sobretiempo, pese a que no media algún acuerdo explícito con el empleador para tales efectos. Posteriormente, este trabajador podría realizar un reclamo ante SUNAFIL o demandar judicialmente el pago de horas extra, cuando ello no habría sido previsto por su empleador.

Sumado a ello, se debe tener en consideración que, bajo un contexto de teletrabajo, el trabajador sí tiene más herramientas para que un reclamo de horas extra prospere, toda vez que la prestación del servicio se realiza a través de medios tecnológicos que están en su posesión, por lo que resultará más factible recabar medios probatorios que acrediten la prestación efectiva de servicios.

Ciertamente, nos encontramos ante un contexto de riesgo, tanto para el trabajador como para el empleador, quienes se encuentran en proceso de adaptación frente a una nueva normativa que impone una serie de obligaciones nuevas; sin embargo, para algunos ámbitos como el tiempo de trabajo, no garantiza que la flexibilidad se dé bajo un equilibrio entre los intereses de ambas partes del vínculo laboral.

3. Sobre los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata

El artículo 5 del TUO de la LJT establece una serie de exclusiones a la jornada máxima de trabajo, dentro de los cuales se encuentran los trabajadores

no sujetos a fiscalización inmediata. El Reglamento del TUO de la LJT, en su artículo 10, indica que los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata son aquellos que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo.

En un contexto de teletrabajo cabe cuestionarse ¿cuándo un teletrabajador podrá ser considerado como no sujeto a fiscalización inmediata? Consideramos que en la gran mayoría de los casos. Como ya hemos destacado, la naturaleza misma del teletrabajo presupone dejar de lado el control inmediato hacia el teletrabajador, privilegiando el trabajo por resultados y permitiendo mayor flexibilidad para la distribución libre de la jornada.

En atención a ello, la regla general sería que el teletrabajador sea un trabajador no sujeto a fiscalización inmediata. De hecho, García, refiriéndose a los trabajadores que realizaban trabajo remoto durante la pandemia indicó que

(...) el tránsito del trabajo presencial al trabajo remoto ha implicado un cambio en la calificación de los trabajadores. Quienes cumplían sus labores de manera permanente en el centro de trabajo eran trabajadores sujetos a fiscalización inmediata ya que el empleador fiscalizaba sus labores de esa forma [inmediata]; al pasar a realizar sus labores de manera remota por causa de la disposición unilateral del empleador de implementar el trabajo remoto (a causa del Covid-19), ya no tienen la vigilancia directa e inmediata de la empresa en la medida que se encuentran en su domicilio (...). (2022, p.61)

Entonces, de acuerdo con lo indicado por ese autor, la falta de proximidad física en la fiscalización suponía la exclusión de la jornada máxima. Pues bien, consideramos que no solo se trata de que los teletrabajadores dejar de ser fiscalizados físicamente, si no del nivel de autonomía que adquieren en la organización de su jornada. Claramente, el empleador es cada vez más ajeno a un seguimiento continuo del teletrabajador, puesto que se privilegia el trabajo por resultados.

Cabe precisar que esta podrá ser la regla general para los teletrabajadores; sin embargo, sí podrían existir casos puntuales de teletrabajadores que son fiscalizados en tiempo real, por ejemplo, a través de un GPS. Pese a ello, de acuerdo con la realidad del teletrabajo en Perú, que aún se encuentra en implementación y desarrollo, consideramos que serán muy pocos o casi inexistentes los casos

en los que se desarrolle este nivel de fiscalización, para las cuales se requieren plataformas y demás herramientas tecnológicas de carácter complejo.

La premisa propuesta supone que el teletrabajador, en tanto que recibe esta calificación y al no ser posible la fiscalización exacta de su tiempo de trabajo, debería estar excluido del trabajo en sobretiempo. En tal virtud, un empleador deberá preferir brindar cierto margen de flexibilidad a su teletrabajador, a efectos de que su calificación de no sujeto a fiscalización inmediata no sea descartada. Además, se deberá notar que el hecho que un trabajador no esté sujeto a fiscalización inmediata no significa que no esté sujeto a fiscalización en absoluto. En efecto, siempre existirá cierto margen de fiscalización, derivado de la naturaleza subordinada del vínculo.

Otro punto para tomar en cuenta es que el teletrabajador no sujeto a fiscalización inmediata posee una garantía adicional respecto de esta categoría de trabajadores que no se encuentran bajo la modalidad de teletrabajo. Así, los teletrabajadores no sujetos a fiscalización han adquirido el derecho a la desconexión digital, por un periodo de 12 horas continuas. Esta garantía permite descartar una sobre explotación que pueda exceder parámetros temporales razonables.

Por ende, consideramos que la regla general para mitigar los posibles efectos adversos de la falta delimitación legal del tiempo de teletrabajo y por la naturaleza misma de esta modalidad, será que los teletrabajadores sean considerados como trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata.

IV. REFLEXIONES FINALES

La búsqueda de un equilibrio flexible es un constante reto para la legislación laboral bajo un contexto de nuevas tecnologías. Ciertamente, las modalidades y formas de prestar servicios se reinventan con demasiada rapidez y, en muchas ocasiones, las normas con cierta antigüedad dejan de ser idóneas.

Asimismo, los intereses de los trabajadores, en un contexto post pandemia, también variado en cierto modo. Actualmente, se considera que la flexibilidad (en lo relativo a la jornada) es una buena condición de trabajo, puesto que los trabajadores buscan conciliar sus intereses personales con los laborales.

Ante este contexto, y tomando en consideración que actualmente el teletrabajo es una optativa, resulta necesario que la normativa promueva estas formas de trabajo, implementando reglas, acorde a la realidad de las organizaciones empresariales y a las necesidades de los trabajadores.

Sin duda, una revisión general de la normativa en materia de tiempo de trabajo es una tarea pendiente en nuestra legislación.

V. CONCLUSIONES

- El tiempo de trabajo está presente dentro del objeto inmediato del contrato, es decir, durante la actividad laboral que presta el trabajador durante un periodo determinado de tiempo. Pese a ello, el resultado de tal trabajo está cobrando cada vez más importancia que la puesta a disposición como tal. En efecto, bajo el contexto del teletrabajo, la prestación de servicio en la actividad diaria del trabajador es cada vez más ajena al empleador, debido a que el trabajador ya no está presente físicamente en el centro de trabajo. En tal virtud, se puede apreciar que existe una preeminencia del trabajo por resultado. No obstante, esta situación no significa que la actividad laboral como tal (la prestación del servicio en el día a día) deba dejar de ser tutelada.
- En ese sentido, es posible advertir que la falta de definición de tiempo de trabajo en el TUO de la LJT y en la Ley de Teletrabajo dificultan poder definir la jornada y/o la puesta a disposición de los teletrabajadores. Frente a esta situación, la noción de teledisponibilidad puede ser útil a efectos de determinar el tiempo de trabajo de los teletrabajadores.
- De otro lado, la exclusión del teletrabajador del espacio físico en el centro de trabajo presupone, no garantiza la correcta aplicación de la normativa de trabajo en sobretiempo, su correcto reconocimiento y su carácter voluntario.
- Ciertamente, los teletrabajadores deberían recibir, en su gran mayoría, la calificación de trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, dado que la naturaleza misma de la modalidad presupone la falta de control inmediato sobre las funciones del trabajador. Esta situación permitiría mitigar los posibles efectos adversos de la falta de

adecuación de la normativa sobre tiempo de trabajo, además, brindaría a los teletrabajadores una garantía de desconexión digital de 12 horas continuas.

REFERENCIAS

- Alarcón Caracuel, M. R. (2007). La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. *AA. VV., Tiempo de trabajo, Alicante, Bomarzo*.
- Avalos Rodríguez, B. (2018). Excepciones a la jornada de trabajo: límites y alternativas.
- García Manrique, Á. (2022). La jornada laboral en el trabajo remoto y la desconexión digital. *Laborem, 19(26), 53-74*.
- López Vara, M. (2021). Teletrabajo y tiempo de trabajo.
- Mejía Madrid, R. (2012). La regulación del tiempo de trabajo. *Ius et veritas, (45), 310-323*.
- Pérez, J. L. M. (2009). *Tiempo de trabajo y ciclos vitales: estudio crítico del modelo normativo*. Editorial Comares.
- Rey, M. F. (2022). Apuntes sobre la ley de teletrabajo en clave feminista: Reflexiones en torno al rol de los sindicatos. *Revista de estudios regionales y mercado de trabajo, (15)*.
- Ulloa, D. (2016). *El tiempo de trabajo en España y Perú. Ideas sobre la regulación de un elemento esencial en vida de los trabajadores* (Doctoral dissertation, Universidad de Castilla-La Mancha).
- Villena, V. (2020). *Tutela del tiempo de trabajo y uso de las TIC: aproximaciones para la incorporación del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico peruano*. Laborem.