Reglamento de ley de teletrabajo: análisis comparativo con la ley

Lima, jueves 2 de marzo de 2023

Alerta Legal Laboral

INTRODUCCIÓN.-

Según la Ley de Teletrabajo, el Poder Ejecutivo debía emitir el Reglamento de la Ley a propuesta del Mintra, en coordinación con SERVIR y PCM, a través de la Secretaría Gobierno y Transformación Digital, en un plazo máximo de 90 días calendario contados desde su entrada en vigor. En el mismo plazo, el Poder Ejecutivo debe adecuar el Reglamento de la Ley General de Inspección.

La Ley fue publicada el 11.09.22, el plazo venció el 09.12.22 y recién el 26.02.23 se publicó su Reglamento. No menciona que fue fruto de las coordinaciones con SERVIR y PCM, omisión que podría generar una nulidad de origen del Reglamento.

A partir del día siguiente de publicado el Reglamento, las entidades públicas y privadas tienen hasta 60 días calendario para adecuarse a la Ley y el Reglamento. Este plazo vencerá el 27.04.23. Mientras tanto, el Reglamento dice que las entidades públicas están facultadas para continuar aplicando el trabajo remoto. No menciona a las entidades privadas, pero éstas también pueden continuar aplicándolo conforme el Comunicado que el Ministerio de Trabajo publicó el 30.12.22.

A continuación, analizaremos los principales aspectos del Reglamento de la Ley de Teletrabajo.

PRECISIONES A LAS MODALIDADES DE TELETRABAJO.-

El Reglamento precisa:

1. La diferencia entre teletrabajo total o parcial. El primero se realiza íntegramente de manera no presencial, salvo eventuales actividades o coordinaciones presenciales en la ocasión que el teletrabajador estime necesario o lo requiera el empleador. El segundo combina labores presenciales y no presenciales (híbrido) y, en el contrato de trabajo o acuerdo del cambio de modalidad de labores debe precisarse la distribución de la jornada de trabajo.

2. Se entiende que el teletrabajo es permanente, si no se pacta expresamente un plazo para que sea temporal.

3. El cambio de trabajo presencial a teletrabajo o viceversa debe ser acordado por las partes, al inicio de la relación laboral o después. El trabajador puede solicitar el cambio a teletrabajo y el empleador debe responderle en máximo 10 días útiles. Si la respuesta es negativa, el empleador debe sustentar las razones de su decisión. Si no responde se asume aprobada la solicitud. El empleador puede disponer la variación de trabajo presencial a teletrabajo o viceversa, en uso de su facultad directriz y por razones debidamente motivadas, comunicando al trabajador con una anticipación mínima de 10 días útiles. Para ambas situaciones deberán tenerse en consideración las funciones del trabajador según su puesto de trabajo, la capacidad de supervisión y el control del empleador sobre el trabajador, entre otros aspectos.

4. Las condiciones del teletrabajo en el extranjero deben ser acordadas entre las partes, pero no se dice nada respecto al régimen tributario aplicable sobre todo si el teletrabajador ya no es domiciliado tributario en el Perú. Solo se establece que el teletrabajador en el extranjero no está exento del cumplimiento de las normas migratorias, tributarias y laborales respectivas. El empleador debe requerir el registro de la dirección IP o mecanismo similar del trabajador para permitir una conexión accesible y segura.

CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO O ACUERDO DE CAMBIO A TELETRABAJO.-

Según la Ley, dicho contenido debe comprender:

1. Especificar si es teletrabajo total o parcial. Si lo segundo, se debe precisar el tiempo de trabajo presencial.

2. Especificar si es teletrabajo temporal o permanente.

3. El plazo mínimo de preaviso para que el teletrabajador asista al centro de trabajo, cuando se requiera su presencia física o para la asignación de comisión de servicios, salvo caso fortuito o fuerza mayor que impidan cumplir con tal anticipación.

4. La forma de distribución la jornada en teletrabajo. Cuando no sea continua la jornada diaria o ser menor a 8 horas, solo es posible laborar hasta 6 días a la semana y estableciendo el horario de desconexión digital diaria, considerando como mínimo 12 horas continuas en un lapso de 24.

5. Establecer el domicilio del teletrabajador solo como referencia del lugar del teletrabajo, salvo que las partes acuerden un lugar distinto.

6. Los mecanismos de comunicación, supervisión y control del teletrabajo.

7. Las plataformas y tecnologías digitales, tales como la provisión de equipos y el servicio de acceso a internet.

8. Los mecanismos de compensación económica por el uso de equipos del teletrabajador y los costos asumidos por los servicios de internet y electricidad.

9. Declaración jurada de prohibición de utilizar a terceros para realizar el teletrabajo.

El Reglamento añade lo siguiente:

1. Las obligaciones del empleador en el teletrabajo.

2. Los derechos y obligaciones del teletrabajador.

3. Las medidas de protección contra el hostigamiento sexual, las de seguridad y salud y las de seguridad y confianza digital en el teletrabajo.

4. En caso de provisión de equipos tecnológicos, de corresponder, el empleador detalla las medidas de seguridad y periodicidad de mantenimiento para asegurar su correcto funcionamiento.

5. En caso que el teletrabajador sea discapacitado, de corresponder, el empleador detalla la implementación de los ajustes razonables solicitados.

DERECHOS DEL TELETRABAJADOR.-

El Reglamento trae consigo las siguientes precisiones:

1. El teletrabajador tiene los mismos derechos individuales y colectivos que el trabajador presencial, salvo los que sean inherentes al trabajo presencial. Tal es el caso de la asignación por transporte, la alimentación subsidiada parcial o totalmente en el centro de trabajo o la movilidad u otras condiciones de trabajo (company car), salvo que el teletrabajo sea parcial, en cuyo caso estos beneficios o condiciones de trabajo se otorgarán condicionados a las labores fuera del lugar de teletrabajo.

2. El empleador no puede acceder a los documentos y comunicaciones originados con motivo del teletrabajo, sin previo aviso al teletrabajador.

3. El empleador no puede realizar captaciones y/o grabaciones de la imagen o voz del teletrabajador, sin consentimiento previo y expreso de éste, salvo que no sea necesario tal consentimiento por la naturaleza de sus funciones, como ocurre en los call centers o compañías de seguridad.

4. El empleador no puede implementar cualquier otro mecanismo de coordinación, control y/o supervisión que afecte la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, como podría ser ingresar a sus correos Gmail o Yahoo.

5. El empleador no puede ingresar al lugar donde se realiza el teletrabajo, sin previa autorización del trabajador. Esto no restringe la facultad del empleador de verificar, bajo cualquier medio presencial o digital, el cumplimiento de lo acordado para realizar el teletrabajo.

¿SE DEBE COMPENSAR EL USO DE LOS EQUIPOS DEL TELETRABAJADOR, ASÍ COMO PAGAR SU LUZ E INTERNET?-

En la Ley tenemos una contradicción:

1. Según el artículo 19.1, la regla es que el empleador proporcione al teletrabajador los equipos y el servicio a internet. Por excepción, las partes pueden acordar que el teletrabajador aporte sus equipos y el internet, en cuyo caso el empleador los compensa, salvo pacto en contrario. En cualquiera de los casos se compensa también el consumo de energía eléctrica, salvo pacto en contrario. Entonces cabe que se acuerde que el teletrabajador asume todos los costos del teletrabajo.

2. Pero conforme al artículo 20.2, los gastos de internet y energía eléctrica son asumidos por el empleador solo cuando el teletrabajo se realice en el domicilio del teletrabajador. Entonces, estos costos en tal situación necesariamente los asume el empleador, sin que sea posible pactar en contrario.

El Reglamento (art. 23) toma partido por la primera norma en el siguiente sentido:

1. Si el trabajador aporta sus equipos, el internet y la energía eléctrica, el empleador debe pagarle una compensación por ello, salvo pacto en contrario. Entonces el empleador puede evitar pagar compensación alguna.

2. Si el teletrabajador aporta sus equipos y se pacta el pago de una compensación por éstos, el empleador debe pagarla en función al valor de los equipos, para lo cual se puede tomar como referencia las características de éstos y su valor en el mercado.

3. Si el teletrabajador aporta el internet y se pacta el pago de una compensación por éste, el empleador debe pagarla en función a los valores referenciales necesarios para la prestación del servicio, considerando lo señalado en el Anexo 1, en tanto el teletrabajo se realice en el domicilio del trabajador.

4. Si el teletrabajador aporta la energía eléctrica y se pacta el pago de una compensación por ésta, el empleador debe pagarla en función a los valores referenciales del costo del servicio, considerando lo señalado en el Anexo 2, en tanto el teletrabajo se realice en el domicilio del trabajador.

Además, el Reglamento (art. 22) señala que el empleador realice el mantenimiento de todos los medios y herramientas para el teletrabajo cuando los provea.

El Anexo 1 establece los Valores para el cálculo del consumo de servicio de internet para el 2023 en base al departamento en que se realiza el teletrabajo, el operador del servicio de internet, el plan, la tecnología, la velocidad contratada y la tarifa con IGV. Pero no dice si esos son los valores mínimos que deben ser considerados en la compensación, o si ésta puede pactarse a prorrata en función al número de personas que usan tal servicio en el lugar de teletrabajo. Consideramos que así debe ser.

El Anexo 2 establece los Valores para el cálculo del consumo eléctrico para el 2023 considerando el tipo de equipo (PC o laptop) fuente de Router para internet y foco led por watts y kilowatts, 8 horas al día y 20 días laborables al mes. Se incluye en el cálculo la reposición y mantenimiento de conectividad, en un

análisis más personalizado que habrá que validar para cada localidad.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.-

Conforme a la Ley, el empleador identifica los peligros, evalúa los riesgos e implementa las medidas correctivas a los que está expuesto el teletrabajador, para lo cual éste brinda las facilidades de acceso al empleador en el lugar habitual de teletrabajo, que suele ser su domicilio. Pero, por acuerdo de partes puede implementarse un mecanismo de autoevaluación para la identificación de peligros y riesgos en base a un formulario, previa formación e instrucción por parte del empleador. El Reglamento aporta dicho formulario como Anexo 3. Debe evaluarse solo el espacio habilitado para el teletrabajo, no toda la vivienda, teniendo en cuenta los riesgos físicos, químicos, biológicos, locativos, eléctricos, ergonómicos y sicosociales, en base a la información contenida en el Anexo 4.

Ante un accidente de trabajo, dice el Reglamento, debe tenerse en cuenta que:

1. El teletrabajador debe conocer el mecanismo de actuación y comunicar al empleador lo señalado en el Anexo 4.

2. El teletrabajador debe demostrar que la lesión o daño se produjo en el lugar de trabajo, durante la jornada y con las herramientas de teletrabajo.

3. El empleador realiza la investigación del accidente con la participación del Comité y/o Supervisor de SST, para evaluar si dicho suceso es o no un accidente de trabajo.

INFRACCIONES LABORALES.-

Según la Ley, son infracciones los siguientes incumplimientos:

1. Leves: no comunicar al teletrabajador las condiciones de seguridad y salud; o, impedir la concurrencia del teletrabajador al centro de trabajo para realizar consultas relativas a su relación laboral, el manejo de los sistemas o programas específicos que le permitan realizar su labor, participar de las actividades de bienestar u otros.

El Reglamento añade como infracción leve no consignar los datos mínimos en el contrato de trabajo o convenio de cambio a teletrabajo.

2. Graves: cambiar de trabajo presencial a teletrabajo o viceversa sin consentimiento del teletrabajador, excepto los cambios que disponga el empleador en uso de su facultad directriz y por razones debidamente sustentadas (el Reglamento añade los casos de caso fortuito o fuerza mayor o cuando se declare el estado de emergencia y ello fuerce al teletrabajo); no cumplir con la provisión de equipos o el internet cuando corresponda o la capacitación del teletrabajador; no pagar oportunamente la compensación cuando corresponda.

El Reglamento agrega no proveer o mantener los equipos, el internet u otra condición de trabajo necesaria para el teletrabajo; no otorgar al teletrabajador los mismos beneficios y derechos del trabajador presencial, excepto aquellas obligaciones meramente formales o documentales tipificadas como infracción leve; afectar la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración u otros beneficios con el cambio de modalidad de trabajo; impedir que el teletrabajador decida el lugar del teletrabajo, salvo que éste no cuente con las condiciones digitales y de comunicación necesarias o que represente un riesgo para la seguridad y la salud del teletrabajador; y, no sustentar las razones que justifican la denegatoria a la solicitud del trabajador de cambio de modalidad del trabajo.

3. Muy grave: no respetar el derecho a la desconexión digital. El Reglamento añade no respetar la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, sin su consentimiento, con las excepciones legalmente previstas.

En principio podría considerarse que un Reglamento no puede crear nuevas infracciones por el principio

de legalidad en materia sancionatoria (sólo por ley se pueden tipificar infracciones). Pero, recordemos que la Ley General de Inspección contempla la posibilidad que su Reglamento determine las infracciones de acuerdo a su gravedad siguiendo las pautas generales que establece la Ley en cuanto a los tipos de infracciones y su graduación (art. 37). El Reglamento precisamente ha modificado el Reglamento de la Ley General de Inspección. Por tal motivo, las infracciones que contiene son válidas.