

Proyecto de ley de teletrabajo

(Comentarios sobre el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Senadores el 20 de octubre de 2020)

1.- Sobre el concepto de teletrabajo.

El artículo 1º del Proyecto aprobado por el Senado, introdujo 3 modificaciones al proyecto original presentado por la Senadora Carmen Sanguinetti, dos de las cuales permiten acotar o identificar mejor la figura y la restante, susceptible de generar algunas dudas sobre el alcance del concepto.

En forma acertada a nuestro juicio, el Proyecto aprobado por el Senado desiste de asimilar los conceptos de trabajo a distancia y de teletrabajo, limitándose a definir y regular el teletrabajo, que puede entenderse como un tipo específico o una especie dentro del género trabajo a distancia, en línea con las más recientes regulaciones en la materia. Asimismo y también acertadamente en nuestra opinión, la definición comprende las dos tipologías más comunes de teletrabajo como son las modalidades interactivas u “on line” y las no interactivas u “off line”, distinción que puede ser trascendente considerar a efectos de la regulación de la jornada de trabajo, como comentaremos más adelante.

Finalmente, en el Senado se incorporó al concepto de teletrabajo, el término “preponderante” para referir a la utilización de las tecnologías de a información y de la comunicación. El término es el mismo utilizado por el artículo 13 del Estatuto de los trabajadores español que define al trabajo a distancia como *“aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este...”*. Si la intención fue, como en el derecho español, establecer que la prestación de teletrabajo tiene que ser mayoritariamente realizado fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, ello ya estaba contemplado con los términos -total o parcial- tanto en el proyecto original como el que aprobó el Senado. Por ello, si se nos permite, la sugerencia sería directamente eliminar el término “preponderante” de manera que el concepto de teletrabajo quedara redactado de la siguiente manera: ***“A los efectos de la presente ley, entiéndese por “teletrabajo” la prestación del trabajo, utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación, total o parcialmente fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, ya sea de forma interactiva o no (on line – offline)”***

2.- Sobre el ámbito de aplicación.

El Proyecto limita la regulación a las relaciones laborales que se desempeñen en régimen de subordinación y dependencia en las que el empleador sea una persona privada o de derecho público no estatal.

El Proyecto excluye al sector público del ámbito de aplicación, cuando la realidad indica que no pocos funcionarios públicos, antes y durante la emergencia sanitaria, teletrabajan. No solo no existen razones técnicas que ameriten esta exclusión, sino que los denominados "Principios rectores" contenidos en el artículo 3 del Proyecto, sería importante que también rigieran para los funcionarios públicos, así como la mayoría de los temas que trata el Proyecto. Estimamos que se trata de un tema a considerar.

3.- Sobre los principios rectores.

El artículo 3 del Proyecto en línea con el Acuerdo Marco Europeo de 2002 y con el derecho comparado posterior inspirado en el mismo, contempla los principios de voluntariedad, reversibilidad, igualdad, no discriminación y fomento del empleo.

El contenido de los mencionados principios no merece reparos, salvo en lo que refiere al principio de reversibilidad. El fundamento de este principio estriba en que no todas las personas, aunque voluntariamente hayan optado por teletrabajar y debido a las más diversas circunstancias, están en condiciones de adaptarse al cambio en las condiciones de trabajo que supone el teletrabajo y entonces se les reconoce el derecho a retornar a una condición de trabajo presencial en la empresa.

El literal b) el artículo 3 del Proyecto, reconduce la reversibilidad a un "*consenso entre el trabajador y el empleador*", donde queda condicionado el ejercicio del derecho a la aprobación del empleador. Esta solución podría ser aceptable en los casos donde el teletrabajo haya sido la modalidad inicial u originaria del contrato de trabajo, pero no cuando ocurrió una transformación del trabajo presencial en teletrabajo.

A efectos de salvar este inconveniente, nos permitimos sugerir una redacción alternativa del literal b) del artículo 3: "***Si la modalidad de teletrabajo se acuerda luego de iniciado un vínculo presencial, el teletrabajador tendrá derecho a retornar a sus funciones presenciales dentro del plazo de 90 días de iniciado el teletrabajo, previo aviso por escrito al empleador, con una anticipación mínima de 15 días. Si el teletrabajo fue la modalidad originalmente adoptada***

por las partes, se requerirá el consentimiento de ambas para adoptar la modalidad de trabajo presencial.”

4.- Sobre el concepto de teletrabajador.

En línea con lo señalado respecto del concepto de teletrabajo y para que la definición de teletrabajador sea consistente con aquél, debería por un lado eliminarse también el término “preponderante” y por otro agregarse las características de “total o parcial” para que no existan divergencias entre ambos conceptos. De modo tal que la definición de teletrabajador quedara redactada de la siguiente manera: ***“A los efectos de la presente ley, entiéndase por teletrabajador a toda persona que presta trabajo fuera del ámbito físico otorgado por el empleador, en forma total o parcial, utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación.”***

5.- Sobre el contrato laboral (de teletrabajo)

El artículo 5º del Proyecto aprobado en el Senado, introdujo una modificación al proyecto original, consistente en cambiar el “*podrán pactar*” por “*deberán pactar*”. El carácter obligatorio del pacto y que además debe documentarse por escrito, parece intentar reforzar las garantías en orden al respeto del principio de voluntariedad para implementar el teletrabajo. Si bien ello puede ser útil y adecuado cuando desde el inicio se pacta una relación de teletrabajo, cuando el consentimiento del trabajador se requiere “*durante la vigencia de la relación laboral*” no necesariamente la firma de éste trasunta un consentimiento libre o genuino, por ello será siempre importante determinar, más allá del requisito del pacto escrito, si el consentimiento del trabajador presencial para transformarse en teletrabajador fue genuinamente libre.

6.- Sobre al cambio de la modalidad de trabajo.

El artículo 7 del Proyecto trata sobre la modificación “permanente” de la modalidad presencial a teletrabajo y viceversa. Las soluciones contenidas en esta disposición coliden con el principio de reversibilidad, con el

contenido y alcance que propusiéramos supra, al punto de tornarlo ineficaz. En efecto, permitir pactar una modalidad de teletrabajo en forma permanente, inhibiría luego el ejercicio del derecho a revertir la condición a trabajador interno de la empresa, mientras que requerir el consentimiento del empleador para volver a la modalidad presencial, terminaría condicionando el derecho del trabajador que no pudo adaptarse al teletrabajo a retornar a la empresa. Por esta razón, nos permitimos sugerir que quizás lo mejor sería la eliminación del artículo 7 del Proyecto y que el tema quede contemplado con la redacción propuesta para el principio de reversibilidad.

7.- Sobre la jornada laboral del teletrabajador.

Este es un tema central en la regulación del teletrabajo y al que debiera prestársele la máxima atención, no solo en orden a la protección de los derechos de los trabajadores, sino para la promoción de esta modalidad de trabajo, a través de reglas claras, específicas y que brinden una adecuada seguridad jurídica.

En el artículo 8 del Proyecto, el Senado introdujo una modificación trascendente, estableciendo el principio de que el teletrabajador está excluido del derecho a la limitación de la jornada diaria. Así formulada, la disposición podría ser contraria al artículo 54 de la Constitución que establece, entre otros, el derecho a la limitación de la jornada para todo obrero o empleado que se hallare en una relación de trabajo o servicio, más allá que se plantea un límite de horas semanal.

Pero independientemente del eventual reproche constitucional, la sola remisión a los límites de las horas semanales vigentes, no parece suficiente para dotar al teletrabajo de las herramientas necesarias que permitan aprovechar y administrar una de las ventajas que unánimemente se le reconoce a esta modalidad de empleo, como es la flexibilidad en el manejo y disposición del tiempo de trabajo.

Las soluciones en esta materia tampoco deberían confiarse enteramente a la autonomía individual, como establecía el proyecto original, sino que deberían buscarse alternativas que contemplen un marco dentro del cual las partes sí puedan establecer determinadas condiciones, pero observando siempre algunas garantías mínimas.

La regulación debería partir del principio de limitación del tiempo de trabajo y debería considerar tanto las peculiaridades del tiempo de trabajo en las modalidades interactivas, donde actualmente existen

variadas soluciones tecnológicas que permiten un control exhaustivo a distancia de las actividades del teletrabajador, como tener en cuenta las características del teletrabajo en las modalidades no interactivas o desconectadas.

En este sentido, nos permitimos sugerir una alternativa de redacción que, partiendo del principio de la limitación de la jornada, contemple una flexibilidad imprescindible para la administración el tiempo de trabajo en esta modalidad:

“El total del tiempo efectivamente trabajado, no superará el máximo legal de horas semanales de trabajo aplicable a la actividad a la que pertenece la empresa o institución o el límite semanal establecido contractualmente, en su caso.

El teletrabajador tendrá libertad para establecer la duración y ubicación de los descansos intermedios, así como la libertad de distribuir las horas de trabajo. Deberá existir un descanso mínimo de 12 horas continuas entre una jornada y la siguiente.

El exceso de trabajo diario, respecto de la jornada legal o contractual, no constituirá trabajo extraordinario y por lo tanto no dará lugar al pago de horas extras. Las horas efectivamente trabajadas que superen el límite legal o convencional diario, se compensarán con horas no trabajadas en otros días de la misma semana. Las horas que superen el máximo de horas semanales de trabajo aplicables a la actividad o las horas semanales convencionalmente pactadas, se abonarán con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles o podrán ser compensadas con horas no trabajadas en la semana inmediata siguiente, a elección del teletrabajador.

En la modalidad de teletrabajo interactivo u “on line”, el empleador deberá implementar a su costo un mecanismo fidedigno de control y registro del cumplimiento del tiempo efectivo de trabajo por parte del teletrabajador.

En la modalidad de teletrabajo no interactivo u “off line”, el teletrabajador deberá remitir semanalmente al empleador un reporte con un detalle de las horas trabajadas en la semana. En caso de incumplimiento, se presumirá que el trabajador no trabajó más del máximo semanal legal o convencionalmente previsto.

En las modalidades mixtas, se aplicarán en cada caso, los incisos anteriores.

En caso de alternancia del teletrabajo con trabajo presencial en la empresa, el tiempo que insuman las tareas presenciales se imputarán a las horas efectivamente trabajadas del día en cuestión.”

8.- Sobre el registro de asistencia.

El artículo 9 del Proyecto, establece que las partes “podrán” establecer el sistema de registro de asistencia que permita determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana. El problema que se plantea es qué sucede si las partes no establecen un registro de control de horario. Va de suyo que se aplicarán los criterios que la doctrina y la jurisprudencia tienen consolidados para probar el trabajo extraordinario: el trabajador tiene que probar que laboró más horas que su jornada habitual y el empleador debe aportar la prueba documental de la cantidad de horas extras laboradas, lo que hace que la solución del tema se mantenga como hasta el presente. De aceptarse la redacción que se viene de proponer para el control del tiempo de trabajo en el numeral anterior, el artículo 9 no tendría sentido mantenerlo pues la solución que propone se encuentra contemplada en el artículo anterior.

9.- Sobre las herramientas y equipos para el teletrabajo.

El artículo 12 del Proyecto aprobado por el Senado, introdujo cambios sustanciales en la redacción del artículo 9 del Proyecto original que preveía que las tecnologías de la información eran de cargo del empleador, para dejar librado al acuerdo de partes la forma de provisión de estas.

Es necesario tener presente que en el teletrabajo no solo están involucradas las tecnologías de la información, básicamente los computadores o hardware y los programas o software, sino las tecnologías de la comunicación, como puede ser la conexión a internet o a una VPN e implica también otros gastos para el teletrabajador como es la electricidad, determinado mobiliario, calefacción, etc.

Las regulaciones más modernas en materia de teletrabajo ponen de cargo del empleador el suministro de las tecnologías de la información, salvo que el teletrabajador prefiera utilizar su propio equipo y también los gastos que implican las tecnologías de la comunicación, a efectos que el

trabajador no incurra en gastos que de trabajar en forma presencial en la empresa no incurriría¹. En este punto la sugerencia sería que la regulación estableciera que los gastos que implican las tecnologías de la información y comunicación fueran de cargo del empleador.

10.- Sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La solución de establecer, sin más, la aplicación a los teletrabajadores de todas las disposiciones de la Ley 16.074, para otorgarles a los mismos el amparo contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puede resultar compleja y prestarse para que cualquier tipo de accidente ocurrido en el hogar o en otros lugares desde donde se pueda prestar el teletrabajo sea considerado como accidente de trabajo cuando el mismo incluso no haya sido consecuencia de la prestación laboral. Sin dudas que éste constituye uno de los temas más complejos a abordar por una regulación del teletrabajo para otorgar una protección adecuada a los teletrabajadores contra este tipo de contingencias.

En orden a sugerir una alternativa que permita acotar la aplicación de la ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, nos permitimos poner a consideración la siguiente redacción: ***“Se presumen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales amparados por la Ley No. 16.074, los accidentes acaecidos en el lugar y horario de trabajo, como consecuencia directa de la prestación efectiva del teletrabajo y las enfermedades profesionales originadas por éste.”***

11.- Sobre el derecho a la desconexión.

La hiperconectividad producto de las nuevas tecnologías ha provocado que muchas veces los límites de las jornadas de trabajo y los propios días de descanso se vulneren con llamados y mensajería de variado tipo donde el trabajador a veces se ve obligado o conminado a responder cuando en realidad tendría el derecho a no hacerlo en ejercicio de sus derechos a la limitación de la jornada y de los descansos diarios y semanales. Ello ha llevado a nivel del derecho comparado a consagrar un derecho específico

¹ Por ejemplo, la legislación chilena de este año establece que “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador.”

a desconectarse o el derecho a no ser sancionado por no responder mensajes fuera del horario de trabajo, de manera de reafirmar de algún modo el derecho al debido descanso. Las regulaciones del teletrabajo que este año se han aprobado en países como Argentina, Chile y España, han contemplado expresamente este derecho a la desconexión.

En el caso del artículo 14 el Proyecto, corresponde señalar que al establecer el derecho a desconectarse a "*Todo trabajador..*", y no a todo teletrabajador, el alcance del mismo va más allá del teletrabajo y puede ser susceptible de aplicarse a todo tipo de trabajador. Ello no supone necesariamente una crítica, ya que es un derecho del que deberían gozar todos los trabajadores que utilizan dispositivos digitales para su trabajo, pero conviene apuntarlo para calibrar debidamente el alcance que tendrá la futura norma.