



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Ley de trabajo a distancia y teletrabajo: Ventajas y desventajas a dos años de su promulgación

Camila Fernanda Lucero Caro

Actividad formativa equivalente para optar al grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Guía:

Luis Lizama Portal

Santiago de Chile 2022

INDICE

INDICE	2
1 INTRODUCCIÓN	4
2 PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA	6
3 OBJETIVO GENERAL.....	6
4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
5 LA RELACIÓN LABORAL A DISTANCIA.....	7
5.1 NECESIDAD DE CONTAR CON UNA NORMA DE TRABAJO A DISTANCIA	7
5.2 SITUACIÓN DE CHILE ANTES DE LA LEY N° 21.220	8
5.2.1 CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931	10
5.2.2 DECRETO LEY N° 2.200 DE 1978	11
5.2.3 LEY N° 18.018 DE 1981	11
5.2.4 LEY 19.250 DE 1993.....	12
5.2.5 LEY N° 19.759 DE 2001	12
5.2.6 LEY N° 20.940 DE 2016	14
5.2.7 AVANCES DEL TTYTD EN LA SEGURIDAD LABORAL.....	15
5.3 PRIMEROS INTENTOS DE REGULACIÓN EXPRESAN DEL TDYTT	18
6 REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO.....	20
6.1 SITUACIÓN DE LATINOAMÉRICA	22
6.2 SITUACIÓN EUROPEA.....	23
6.2.1 ESPAÑA	24
6.2.2 SUECIA.....	26
6.2.3 FRANCIA	26
6.2.4 PAÍSES BAJOS.....	28
6.2.5 ALEMANIA.....	29
6.2.6 PORTUGAL	30
7 REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN CHILE DESPUÉS DE LA PANDEMIA	31
7.1 ANTECEDENTES Y CAUSAS QUE MOTIVARON LA REGULACIÓN DEL TDYTT EN CHILE.....	31

7.2	CONTENIDO, AVANCE, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA LEY N° 21.220 SOBRE “TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO”	36
7.2.1	LA VOLUNTARIEDAD COMO REQUISITO ESENCIAL PARA EL TDYTT.....	37
7.2.2	CAUSALES PARA LA PROCEDENCIA DEL TDYTT	39
7.2.3	EL DERECHO Y TIEMPO DE DESCONEXIÓN EN LA LEY N.º 21.220.....	42
7.2.4	UNA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	45
8	CONCLUSIONES	50
9	BIBLIOGRAFÍA	54
9.1	FUENTES DOCTRINALES	54
9.2	JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA	57
9.3	FUENTES LEGISLATIVAS	57

1 INTRODUCCIÓN

La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad ha traído consigo diversas ventajas a la hora de comunicarnos. Nos ha permitido estar presentes, aunque sea de forma remota, en diversos quehaceres de la vida cotidiana. En el ámbito del trabajo, estos avances tecnológicos han abierto una vía en que el trabajador ha podido acceder, de forma telemática, a dar cumplimiento a sus obligaciones laborales, en el marco de su contrato de trabajo. Esta nueva forma de trabajo ha facilitado la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, aspectos fundamentales para un desarrollo integral de las personas, más aún, de aquellos grupos de personas que, por sus especiales circunstancias, tradicionalmente se han visto impedidas o restringidas de acceder a un mercado laboral en el que, hasta la actualidad, ha predominado una modalidad de trabajo presencial.

Frente a este cambio cultural y social, ha surgido la necesidad de regular estas nuevas tecnologías entre los sujetos individuales y colectivos pertenecientes a esta nueva forma de entender la relación laboral, en la que, el cumplimiento de la jornada de trabajo, ya no se encuentra sujeta de forma exclusiva a una permanencia en las dependencias de la empresa, sino que por el contrario, en donde se plantea como viable dar cumplimiento a la jornada laboral, en un lugar acordado por las partes y bajo un control de jornada mediante un mecanismo digital proporcionado por el empleador.

Nuestro país, como es evidente, no estuvo ajeno a este cambio de paradigma en cuanto a la forma de concebir el cumplimiento de la jornada laboral. Muestra de ello, es que el día 08 de agosto del año 2018, el Presidente de la República de la época, don Sebastián Piñera Echeñique, a través de su Mensaje N° 071-366, envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, cuyo objetivo fue precisamente la modificación del Código del Trabajo con miras a incluir en él, una regulación expresa del trabajo a distancia. Hasta ese entonces, sólo contábamos en nuestro país con un número reducido de trabajadores bajo esta modalidad y, asimismo, con un marco normativo que se reducía a mencionar que los teletrabajadores quedaban excluidos

de la limitación de jornada. En efecto, en razón de la Ley N.º 19.759 se establecía que *“aquellos trabajadores y trabajadoras que preferentemente prestaban servicios fuera de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, quedaban excluidos de la limitación de jornada”*.

El proyecto de ley previamente señalado, recién en el año 2020, vino a ser discutido, promulgado y publicado, como una medida inmediata e improvisada producto del estado de excepción constitucional de emergencia, decretado ante la pandemia por COVID 19. Así, la celeridad con que se retomó y aprobó el proyecto de ley en cuestión, respondió a una necesidad de prevención y resguardo a la integridad de los trabajadores y trabajadoras de nuestro país, buscando evitar contagios masivos en los lugares de trabajo y, a la vez, mantener el avance de la productividad en el país. Por tanto, debido a los hechos anteriormente mencionados, y con el objetivo de brindar una mayor protección de los derechos laborales, es que se consagró el reconocimiento a una nueva modalidad de trabajo, a través de la dictación de la Ley N.º 21.220 que vino a regular, según se ha dicho, el trabajo a distancia y teletrabajo (TDyTT en adelante), vigente a partir del 01 de abril del año 2020, y cuyo contenido será objeto en la presente investigación.

El presente trabajo, entonces, abordará el alcance y las consecuencias que ha traído consigo la implementación de la Ley N.º 21.220 de TDyTT en nuestro país, a más de dos años de su entrada en vigor, pretendiendo dar cuenta de las ventajas y desventajas que se han podido constatar en su aplicación. En esta línea, se abordará con mayor énfasis el requisito de voluntariedad de las partes para acogerse a esta forma de trabajo y de las problemáticas que surgieron durante la pandemia, con el objetivo de determinar si efectivamente se dio cumplimiento a este requisito fundamental al momento de pactar, o si, por el contrario, esta nueva forma de TDyTT, se concibe como una imposición dejada al criterio del empleador.

Para efectos de dar cumplimiento a los objetivos generales previamente señalados, comenzaremos con las razones del surgimiento de esta nueva modalidad de trabajo en nuestro país, las discusiones que se llevaron a cabo en la comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados previa a la dictación de la ley, la experiencia y ejecución que ha tenido la implementación de esta modalidad en otras

legislaciones, las ventajas que conlleva su implementación en los trabajadores y las desventajas, otorgando un enfoque especial respecto a la voluntariedad como principal requisito ausente en los inicios de la implementación de la ley, como también de los avances que han surgido en el último tiempo entorno a esta modalidad.

Así, para los efectos de este trabajo, es necesario precisar de manera preliminar que, entenderemos por trabajo a distancia, según definición introducida por la Ley N° 21.220, a aquel en *“que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa”*. Por otra parte, se denominará teletrabajo, también bajo el concepto de la ley citada, a *“los servicios que son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”*.

2 PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

Ante el contexto de crisis sanitaria en que se consagró el trabajo remoto en Chile, resulta necesario analizar esta nueva forma de dar cumplimiento a la jornada laboral, identificando las causas que motivaron su consagración en nuestro país y la realidad de esta modalidad de trabajo en el derecho comparado. Todo ello, con el fin de identificar las ventajas y desventajas que se pueden desprender de su aplicación, después de dos años desde la entrada en vigencia de la ley que consagró por primera vez en Chile el trabajo remoto.

3 OBJETIVO GENERAL

Analizar antecedentes y aspectos relevantes en materia de trabajo remoto, tales como las causas que motivaron su implementación en Chile, la forma en que esta se consagró, los estándares con que esta modalidad ha sido tratada en el derecho comparado, con el objetivo de que, contando con tales parámetros, sea posible identificar las ventajas y desventajas de la ley que consagró el trabajo remoto en nuestro país.

4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Identificar las causas que justifican la implementación del trabajo remoto.
- 2.- Analizar los antecedentes normativos existentes en Chile acerca del trabajo remoto, antes de la entrada en vigor de la ley que lo consagró como modalidad de trabajo.
- 3.- Analizar la forma en que el trabajo remoto ha sido regulado en el derecho comparado.
- 4.- Analizar la manera en que el trabajo remoto se consagró en Chile e identificar las ventajas y desventajas de la manera en que se concretó esta consagración.
- 5.- Analizar los avances que han surgido posterior a la dictación de la Ley N° 21.220.

5 LA RELACIÓN LABORAL A DISTANCIA

5.1 Necesidad de contar con una norma de trabajo a distancia.

Antes y durante la irrupción de las nuevas tecnologías a nivel mundial, específicamente, en el mundo del trabajo, los trabajadores desempeñaban sus funciones y daban cumplimiento a su jornada laboral de manera presencial, es decir, asistían a los establecimientos de la empresa cumpliendo diariamente un horario de trabajo, con un descanso en la jornada , cuya duración dependía de la legislación interna del país o de los acuerdos colectivos que se hubieren alcanzado con el empleador. Esta modalidad, permitía que sólo cierto segmento de la población accediera a un trabajo formal, ya que la extensión de la jornada y la poca flexibilización horaria, constituía un impedimento para compatibilizar el trabajo con otras labores de cuidado, estudiantiles, etc. Reconociendo la realidad antes mencionada, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su revista de estadísticas laborales del año 2019¹, destacaba que, a nivel mundial, las tasas de

¹ OIT. 2019. Personas fuera de la Fuerza Laboral ¿Qué tan inactivos son en realidad? [en línea] <<https://ilostat ilo.org/es/persons-outside-the-labour-force-how-inactive-are-they-really>> [consulta:30 de agosto de 2022]

inactividad reflejaban un aumento a causa de factores tales como el envejecimiento de la población, patrones de género y, en general, por diversos motivos que impedían a las personas en edad laboral activa, para concurrir presencialmente a lugares de trabajo, conforme al paradigma de trabajo previamente señalado.

Esta realidad, sumada a la implementación de las nuevas tecnologías a nivel mundial, específicamente en el ámbito laboral, llevaron a replantearse la modalidad en que los trabajadores podían dar cumplimiento a sus jornadas de trabajo pues, en muchos casos, los objetivos o lineamientos trazados por el empleador, según se fue haciendo evidente, podían llegar a ser cumplidos a través de modalidades de trabajo a distancia o trabajo remoto.

A nivel mundial, y de forma previa a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, fue posible identificar que, en algunos países, esta nueva modalidad de trabajo a distancia o trabajo remoto comenzó paulatinamente a ser aceptada como un tipo de trabajo efectivo y, por ende, análogo a las formas de trabajo tradicionales. En este sentido, cabe destacar el caso de Suecia, en donde si bien a la fecha no han existido reformas legales importantes que avancen en la consagración del TDyTT, han sido los empleadores, sindicatos y trabajadores los que, de forma autónoma, han evidenciado las bondades de esta nueva modalidad de trabajo, plasmándolas tanto en contratos individuales como colectivos de trabajo. En Latinoamérica, a su vez, cabe destacar el caso de Colombia, en donde en el año 2008, a través de la Ley N°1.221 se implementaron las reformas legales tendientes a dar reconocimiento y regular esta nueva modalidad de TDyTT. En el capítulo 3 del presente trabajo, se hará una referencia más detallada acerca de la realidad del derecho comparado en la materia.

5.2 Situación de Chile antes de la Ley N° 21.220

En el caso de Chile, antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 21.220 que, como se ha señalado, se consagró sólo a propósito de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, no se contaba con una regulación sistemática del TDyTT. En este sentido, el Código del Trabajo sólo contemplaba un reconocimiento acotado de esta modalidad de trabajo a distancia, el que paulatinamente se fue incorporando a este

cuerpo normativo a través de algunas reformas legales que analizaremos más adelante.

Para efectos de mayor claridad en el análisis de la evolución normativa que se ha presentado en este ámbito, cabe notar la existencia de distintas modalidades de trabajo distinta a la presencial que se han ido mutando con el transcurso del tiempo. En esta línea, el profesor Luis Lizama destaca entre estas modalidades, el trabajo en el domicilio, el trabajo a domicilio y el trabajo desde el domicilio.

En lo que respecta al trabajo en el domicilio, el profesor Lizama lo conceptualiza como *“aquel que se efectúa discontinúa o esporádicamente en el domicilio del contratante y que según el inciso cuarto del artículo 8-4 del Código del Trabajo, no da origen al contrato de trabajo”*². Para ejemplificar de mejor manera este tipo de modalidad, se menciona las labores efectuadas por un plomero que realiza reparaciones en el hogar de quien lo contrata, o la de un jardinero que de manera esporádica mantiene el cuidado de un jardín.

Lo que se destaca de este tipo de trabajo en el domicilio es que no constituye una relación laboral, por ende, no se rige por las disposiciones del Código del Trabajo siempre y cuando den cumplimiento a dos requisitos copulativos, esto es, que los servicios encomendados tengan el carácter de discontinuos o esporádicos y, por otro lado, que sean efectuados en el hogar de la persona que contrata al prestador.

El trabajo a domicilio, por su parte, corresponde a lo que se conoce en la actualidad, como trabajo a distancia debido a que los servicios personales son efectuados en el domicilio del trabajador, otro lugar o lugares acordados por las partes y bajo la característica de que esos lugares deben ser distintos a las instalaciones o establecimientos pertenecientes al empleador.

Por último, el trabajo desde el domicilio es conocido, en la actualidad, como teletrabajo, el que se ha definido como *“aquellos servicios prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o que deben reportarse mediante esos medios”*.

² LIZAMA PORTAL, Luis; LIZAMA CASTRO, Diego, 2020. El Derecho del Trabajo en las nuevas tecnologías. Santiago. Ediciones DER. P.87

Las dos últimas clasificaciones mencionadas, y que constituyen el objeto del presente trabajo, han tenido una larga trayectoria para consagrarse en nuestra normativa de manera definitiva. Es por ello, que es relevante analizar cómo se fue posicionando esta nueva forma de trabajo en nuestra legislación nacional, tal como lo adelantamos anteriormente.

5.2.1 Código del Trabajo de 1931

Nuestro primer Código del Trabajo sólo consagró legalmente un concepto de trabajo a domicilio en su artículo número 52, precisando que las personas que ejecutan su trabajo desde sus domicilios lo podían efectuar por cuenta propio o ajena. No obstante, parecía extraño considerar sujeto de una relación laboral a aquellas personas enmarcadas dentro de una premisa “por cuenta propia”, por lo que no fue hasta el año 1946 que estas dudas se esclarecieron mediante el Decreto N° 273, emanado por el Ministerio del Trabajo, el que además de corregir tal definición, también concluyó que sólo debía tratarse de un trabajo manual por cuenta ajena ejecutado en su propio domicilio o en el de un tercero que no sea su patrón³.

Así, con esta legislación, se remarcaron las obligaciones que debía cumplir el empleador que optara por esta modalidad de trabajo, entre ellas destacaba, el deber de confección de un registro con la individualización de los trabajadores a domicilio, la indicación de su remuneración, la confección de una libreta al trabajador a domicilio que indicaba fecha de entrega del trabajo encomendado y las condiciones en que el mismo trabajador debía pagar los deterioros o pérdidas de las herramientas u objetos, en caso de que los hubiese, entre otros. Estos registros, siempre debían contar con el timbre de la Inspección del Trabajo, órgano que también debía llevar un registro o rol de los empleadores que tuviesen obreros en tal calidad.

Algunos autores, califican este tipo de modalidad como un verdadero contrato de arrendamiento por obra material, ya que los implementos y suministros eran

³ Ibid.89

otorgados por el empleador⁴. Si bien este tipo de contratos, aparentemente, se regirían por las disposiciones del Código Civil, el carácter de ser por cuenta ajena, permitía calificar como una relación contractual laboral.

5.2.2 Decreto Ley N° 2.200 de 1978

El Decreto Ley N° 2.200 en su artículo 140 consagró la definición de trabajo a domicilio como “El que en forma habitual se ejecuta en el propio hogar del trabajador o en lugar libremente elegido por él, sin vigilancia, ni dirección inmediata de la persona por cuenta de quien trabaja, ni de representante suyo”. Dentro de las cláusulas que se agregaron producto de la regulación de esta modalidad de trabajo, se consagraron: la libertad de las partes para convenir la remuneración sin estar sujetos al salario mínimo; que las cotizaciones previsionales serían de cargo del trabajador; la exclusión del límite máximo de la jornada laboral; que caso de término de la relación laboral, no estarían afectos a indemnización alguna. Lo anterior, constituye un importante reflejo de la desprotección en que se encontraban los trabajadores a domicilio, ya que, si bien se conservaron algunas disposiciones provenientes del cuerpo legal del año 1931 que, a todas luces, se miraba como un avance en cuanto a la reglamentación de esta modalidad de trabajo.

5.2.3 Ley N° 18.018 de 1981

Si bien, ya en el Decreto Ley 2.200 las condiciones laborales que estaban sujetos los trabajados a domicilios se vieron mermadas, la Ley N° 18.018 del año 1981 cambió completamente el escenario y terminó por derogar más de 45 años de regulación en nuestro Código del Trabajo de esta modalidad , además frente a estos categóricos cambios se sumó la modificación al DL 2.200 estableciendo que no dan origen a contrato de trabajo “los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, sin vigilancia ni dirección inmediata del que los contrata”⁵. En consecuencia,

⁴ Ibid. 90

⁵ HENRÍQUEZ, H; RIQUELME, V; GÁLVEZ, T; SELAMÉ, T; 1998.El trabajo a domicilio en Chile, un tema antiguo y actual: Resultado de una medición nacional. Organización Internacional Del Trabajo. Ginebra, [En línea]<

aquellos que reunían los requisitos descritos en la definición se regían por las disposiciones del Código Civil, ya que no contaban con los elementos propios de una relación laboral y por ende su cabida en este cuerpo legal era inexistente.

5.2.4 Ley 19.250 de 1993

Con la dictación de esta ley, se intentó nuevamente configurar el trabajo a domicilio como un vínculo de carácter laboral, aunque no expresamente, sino que entregándole al trabajador la posibilidad de probar ante instancias judiciales su existencia. Para ello, y en razón de una reforma introducida por tal ley al artículo 8 de la Ley N.º 19.259 se estableció “No hacen presumir la existencia de contrato de trabajo los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que lo realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, sin vigilancia, ni dirección inmediata del que los contrata”. Aun cuando la ley intentó regular este tipo de modalidad a través de una presunción simplemente legal, esto no fue suficiente, ya que la carga de prueba le pertenecía al trabajador.

5.2.5 Ley N° 19.759 de 2001

Si bien ya a principios del año 2000, existían personas efectuando labores fuera de los establecimientos de la empresa, reportando su jornada laboral a través de medios electrónicos, no es menos cierto que se requería que estos acuerdos fuesen regulados extensivamente, puesto que no podíamos avanzar en la implementación de las nuevas tecnologías o incentivar al aumento de trabajadores a domicilio sin antes contar con el reconocimiento de los derechos de los trabajadores que integraban esta modalidad, para así asegurar su protección y despejar dudas acerca si contaban o no con los mismos beneficios que aquellos que ejercían sus labores de manera presencial.

Ante la ausencia de una regulación en ese entonces, el 16 de noviembre del año 2000, mediante mensaje presidencial, cuyo objetivo final fue el de adaptar nuestro ordenamiento interno a los avances de las incipientes nuevas formas de trabajo, se

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_123593.pdf

[Consulta 11 de marzo 2022]

enviaron al Congreso Nacional diversas iniciativas que buscaban modificar el Código del Trabajo en materias de perfeccionamiento de normas sobre organizaciones de trabajadores y de protección contra las prácticas antisindicales, posibilitar relaciones laborales armónicas en un mundo globalizado, mejoramiento del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, perfeccionamiento al régimen de capacitación laboral y, por último, nuevas modalidades de contratación. Respecto de este último objetivo, el mensaje presidencial, en el punto 5 letra a ⁶, reconocía que, en el trabajo efectuado desde lugares distintos del recinto empresarial, a través de medios tecnológicos, resultaba imperativo que los organismos otorgaran cobertura a los teletrabajadores. Resultaba evidente, entonces, que el gobierno de turno, ya a principios del presente milenio, reconocía la existencia del teletrabajo, aunque sin darle urgencia a su regulación, ni tampoco a darle mayor profundidad en su definición, implicancias y obligaciones que se le podían imponer al empleador ante la existencia de TDyTT.

Con posterioridad, luego de diversas discusiones en la Comisión de Trabajo y de indicaciones efectuadas por parte del ejecutivo, se reconoció formalmente el teletrabajo a través de la dictación de la Ley N 19.759 del año 2001, que lo incorporó como un caso de excepción a la duración máxima de la jornada ordinaria de 45 horas semanales, consagrada en el artículo 22 inciso 1° del Código del Trabajo⁷. Esta reforma legal, que por primera vez en nuestro país vino a reconocer de forma expresa el teletrabajo, quedó consagrada de la siguiente forma, en el artículo recién citado: “Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

Como se puede apreciar, si bien existe un avance en cuanto al reconocimiento legal del teletrabajo, la reforma legislativa señalada presentaba más incertidumbres

⁶ Mensaje Presidencial con el que inicia un proyecto de ley que modifica el código del trabajo.2000. [En línea]<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6023>> [Consulta 11 de marzo 2022]

⁷ CAAMANO ROJO, E. 2010. El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2° Semestre. pp. 79-105

que certezas, al no incorporar consigo, según se señaló, una regulación más profunda o, al menos, una conceptualización de lo que se entendería por teletrabajo.

Conforme a estas incertezas, y sobre la base de la reforma legislativa previamente citada, el profesor Francisco Walker⁸ afirmaba en ese entonces que, existiendo subordinación, todos los trabajos que se efectuaran fuera del funcionamiento físico de la empresa, por medios tecnológicos de carácter informático o de telecomunicaciones, deberían ser considerados como contratos individuales de trabajo. En esta misma línea crítica, el profesor Eduardo Caamaño Rojo⁹ sostuvo que la regulación señalada precarizaba aún más la situación de los teletrabajadores, puesto que al no hacerles extensibles la limitación de la duración máxima de jornada de trabajo, se les terminaba excluyendo también del control de asistencia, y por ende, de la posibilidad de pactar jornada extraordinaria de trabajo.

5.2.6 Ley N° 20.940 de 2016

Además del avance que en la materia significó la Ley N° 19.759, no obstante, las falencias previamente descritas, la Ley N°20.940 del año 2016, vino a reformar nuevamente el Código del Trabajo, incorporando una nueva vía en que los trabajadores podrían acceder al trabajo remoto, a partir de los denominados pactos de adaptabilidad para trabajadores con responsabilidades familiares. Bajo esta modalidad, las partes podían acordar condiciones de flexibilidad laboral combinando el trabajo presencial y el desempeño de sus labores en otro lugar físico externo a la empresa. Si bien estos pactos, en gran medida, permitieron suplir los evidentes vacíos normativos en materia de teletrabajo, permitiendo que las partes pudiesen acordar las condiciones de trabajo flexibles, no es menos cierto que los múltiples y estrictos requisitos que se contemplaron para hacer operativo este pacto hicieron que se tratase de una modalidad de trabajo accesible sólo para un reducido grupo de trabajadores. En efecto, entre los requisitos para hacer operativo el pacto en comento encontrábamos los siguientes:

⁸ WALKER ERRÁZURIZ, F. 2003. Derecho de las relaciones laborales. Santiago. Editorial Universitaria, p. 278

⁹ CAAMAÑO ROJO, E. cit. (n.3), p. 106

i.- Que aquellos pactos se solicitasen a través de la negociación colectiva con las empresas que tengan un mínimo del 30 % de afiliación sindical. Cabe agregar en este requisito, que el legislador no hizo distinción entre los tipos de organizaciones sindicales que pueden optar a esta modalidad de trabajo e incluso permitió que las respectivas federaciones o confederaciones pudiesen negociar, en caso que existan empresas que no contaran con sindicato.

ii.- Que el pacto no tuviese una duración máxima de tres años.

Una vez que se concretaba la negociación de estos pactos por parte de las respectivas organizaciones sindicales, el trabajador o trabajadora debía solicitar, por escrito, con especial indicación del lugar o los lugares en que desempeñaría sus funciones, su intención de hacer uso de esta modalidad a su jefatura directa, o bien, al departamento de Recursos Humanos de la empresa, quienes eran, en definitiva, los encargados de evaluar la situación particular del trabajador y quienes, conforme a esta evaluación, debían decidir si aceptar o denegar su solicitud dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del requerimiento.

Sin perjuicio del estricto régimen legal contemplado para la procedencia de estos pactos, resulta importante destacar, como se señaló, que a través de ellos, se logró suplir, en parte, el vacío legal que permanecía a la entrada en vigencia Ley N° 19. 759. Esto, al otorgarle una mayor libertad a las partes para discutir las condiciones especiales de trabajo en modalidad remota, así como permitir la suspensión de esta modalidad por causales pactadas por las partes.

5.2.7 Avances del TTyTD en la seguridad laboral

La incipiente, paulatina y constante regulación del trabajo remoto, como es evidente, también tuvo que impactar en el ámbito de la seguridad laboral. En esta línea, las Mutualidades de Empleadores y el Instituto de Seguridad laboral , de forma expresa, se vieron en la necesidad de incluir a los teletrabajadores en las normas del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16. 744. Así, a modo ilustrativo, la Superintendencia de Seguridad

Social (SUSESO en adelante), mediante Circular N° 3370 del 10 de agosto del año 2018, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la materia, aclarando algunos aspectos en cuanto a la inclusión de los teletrabajadores en la normas relativas al seguro social. Sobre el particular, la Superintendencia citada concluía que, en los siguientes aspectos, se deberían entender contemplados los teletrabajadores:

i.- Cobertura del seguro de la Ley N° 16.744 en razón de los accidentes que se produzcan a causa o con ocasión de las labores que efectúe el teletrabajador / a como por las enfermedades que sean causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que estos realicen.

ii.- Cobertura en caso de accidente de trayecto, aclarando que se entenderán como tales, aquellos que se producen en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y lugar, distinto de su habitación, en el que realice sus labores.

iii.- También se considerará accidente de trayecto aquel siniestro entre la habitación del trabajador y las dependencias de la entidad empleadora, aun cuando su domicilio haya sido designado como lugar en que ejercerá sus funciones .

iv.- Además, considera que los accidentes domésticos en que pueda incurrir el trabajador a distancia o teletrabajador, serán calificados como siniestro de origen común y no gozan de la cobertura propia de la ley en estudio.¹⁰

La circular de la SUSESO, recién citada, permitió avanzar en materia de protección a los teletrabajadores ante los riesgos que están asociados al cumplimiento de las funciones encomendadas por el contrato de trabajo. Si bien, la existencia de esta modalidad permitía suponer que no había distinción entre trabajadores presenciales y aquellos que estaban teletrabajando, ante la carencia de normativa de TDyTT, existían dudas acerca de quién debía dar cobertura ante estos escenarios de riesgos por lo que, sin duda, la opinión del Organismo autónomo del Estado fue un verdadero avance para recalcar a los empleadores que

¹⁰ Superintendencia de Seguridad Social. Circular N° 3370 de fecha 10 de agosto de 2018.

no estaban eximidos de sus obligaciones. Es decir, en razón de mantener medidas de prevención ante accidentes que pueden incurrir los teletrabajadores y deber de informar de estos riesgos.

Si bien a través de la evolución legislativa, previamente citada y resumida, se pueden constatar los primeros pasos en la regulación del trabajo remoto, cuya importancia no se puede soslayar, tampoco se pueden dejar de notar las falencias o vacíos que estas regulaciones normativas trajeron consigo. En ese sentido, además de los avances que representaron este grupo de normas, la consideración de las problemáticas resulta aún más importante con el fin de evitar incurrir en los mismos vacíos o falencias al momento de dar aplicación e interpretación a la nueva legislación sobre el TDy TT.

En efecto, y como se señaló anteriormente, al amparo de las primeras reformas legales en materia de trabajo remoto, los trabajadores contratados que desempeñaban sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, se encontraban legalmente excluidos de la limitación general de jornada laboral, es decir, no existía la obligación de dar cumplimiento a las 45 horas semanales que correspondían a la jornada ordinaria de trabajo. Dado lo anterior, es que al no existir una norma expresa que indicara la forma de iniciar esta modalidad y las obligaciones que nacen de este vínculo contractual, contábamos con contratos de prestaciones de servicios regulados por las disposiciones del Código Civil o simplemente ante una ausencia de reconocimiento contractual, que trajo como consecuencia que en nuestro país aumentarían los índices de informalidad laboral, impidiendo el acceso a protección de los derechos individuales y colectivos consagrados en nuestra legislación.

De forma posterior y por la implementación de una ley que permitía a las organizaciones sindicales pactar acuerdos sobre conciliación de la vida familiar, avanzamos en un reconocimiento del TDyTT y una mayor protección en temas de higiene y seguridad en el trabajo. No obstante, estos acuerdos permitieron que un menor porcentaje de trabajadores accedieran a él, debido a la rigurosidad de sus requisitos, así como también por estar sujetos al arbitrio del empleador en aceptar

la propuesta bajo esta modalidad, gatillado por una falta de conocimiento acerca de los factores positivos en la productividad y reducción de costos que trae consigo adoptar esta nueva forma de trabajo.

5.3 Primeros intentos de regulación expresan del TDyTT

Como una vía de promover esta modalidad de trabajo, reforzar normativamente las obligaciones que nacen entorno a ella y asimismo, como una forma de ampliar las posibilidades de acceso al trabajo formal de un segmento de la población que, estando en edad para trabajar, tradicionalmente se encontraban excluidos por diversos factores para acceder al mundo laboral, el Presidente de la República de ese entonces, el día 08 de agosto del año 2018, a través de su mensaje N.º 071-366, envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, cuyo propósito y objetivo era el de modificar e incluir en el Código del Trabajo una modalidad de TDyTT.

Del extenso proceso de discusión del proyecto de ley señalado, previo a la declaración del estado de excepción constitucional debido al COVID-19 (año 2020), cabe destacar las opiniones emitidas en la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, del entonces Subsecretario del Trabajo, Sr. Fernando Arab Verdugo, quien, al exponer ante la Comisión señalada, expresó la urgencia de contar con una ley de TDyTT, basando su apreciación en los datos proporcionados por la Encuesta Nacional de Empleo del año 2018, cuyo contenido reflejó que tan sólo 50.969 personas ejercían trabajo remoto bajo la modalidad consagrada en el artículo 22 del Código del Trabajo, lo que equivalía en ese entonces, a tan sólo un 1,05 % de la fuerza laboral del país. Además de ello, se destacó que dentro del universo de personas que ejercían sus funciones bajo esta modalidad, el 51,21 % lo hacían de manera informal¹¹. Las estadísticas previamente señaladas, lógicamente, fueron motivo de preocupación, puesto que si bien existía un reconocimiento normativo escaso, y una ley que permitía abordar esta modalidad

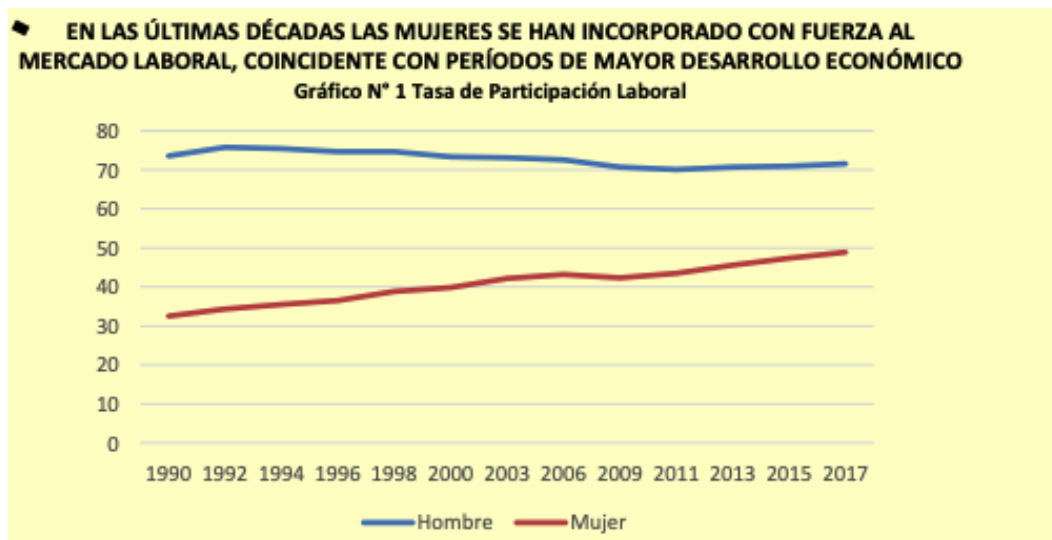
¹¹ Mensaje Presidencial con el que se inicia un proyecto de ley que modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia.2018[En línea]<<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7735/>>[Consulta 11 de marzo 2022]

mediante acuerdos colectivos, aún nos encontrábamos con un índice mayor de informalidad y de precarización laboral.

En otro ámbito de cosas, se destacaba también el hecho de que, un segmento importante de la población de nuestro país, tales como personas con discapacidad, mujeres, personas mayores o quienes efectuaban labores de cuidados de terceros, veían con mucha dificultad su inserción en el mundo laboral, el que tradicionalmente, concebía el cumplimiento de la jornada de trabajo en una modalidad presencial. De esta forma, al no contar con una flexibilidad que permitiera el cumplimiento de la jornada laboral de una manera distinta a la tradicional, y que a su vez les permitiera compatibilizar tanto las labores del hogar, como aquellas particularidades intrínsecas a su persona, que les hacía más difícil su desplazamiento, éstos grupos de personas lisa y llanamente desertaban en la búsqueda de un empleo, o bien desempeñaban alguna actividad lucrativa pero sin vínculo contractual, aumentando así la tasa de informalidad laboral en el país.

En el caso de las mujeres, como un segmento de la población obstaculizada por diversos factores para optar a un empleo formal, ejemplificaremos lo anteriormente señalado a través del siguiente gráfico que da cuenta de la tasa de participación por sexo entre los años 1990 hasta el 2017, estudio efectuado por el Centro de Estudios Públicos (CEP) bajo el título “Brecha salarial de género, elaborada a partir de los resultados de la encuesta CASEN”. Al respecto, se concluyó que la brecha entre hombres y mujeres se habría reducido desde un 35,2% el año 1990 a un nivel de 18,1% en 2017.¹² No obstante al crecimiento paulatino de las mujeres en este mercado, aún se reflejaba una importante brecha de 20 puntos en comparación a la tasa de participación masculina en el mercado laboral.

¹² LIBERTAD Y DESARROLLO, MUJERES EN CHILE Y EL MUNDO. 2020. El teletrabajo. [en línea] < <https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/03/tp-1438-mujer.pdf> > [consulta: 20 de junio de 2022]



Si bien existía un avance año a año en la participación femenina en el mundo laboral, se requería que el Estado interviniera a través de políticas públicas significativas para asegurar la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres a un empleo formal, por lo que la decisión del Gobierno de turno de legislar acerca del TDyTT, en ese entonces, se evidenciaba como una medida favorable para acortar las brechas de género como también de instaurar y perfeccionar la corresponsabilidad al interior del grupo familiar.

6 REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO

No cabe duda, según se ha señalado, que la irrupción de la pandemia por COVID 19 llevó a replantearse de manera más concreta nuevas formas de ejecución de la relación laboral, pudiendo constatarse que las nuevas tecnologías, en un mundo cada vez más inserto en la red virtual, podían ser un valioso aporte con miras al cumplimiento de las obligaciones laborales pactadas en un contrato de trabajo, las que, ante esa nueva realidad, podían ser ejecutadas diligentemente de manera remota. Estas nuevas modalidades de trabajo, en el contexto de emergencia en que nos hemos encontrado por casi dos años, demostró su eficacia práctica, permitiendo que muchas empresas mantuvieran su fuerza laboral y, a la vez, su productividad. Algunas de ellas, incluso de manera más eficiente en comparación a una modalidad

de trabajo tradicional. Así, las funciones no esenciales y de carácter administrativas o bien aquellas que podían desempeñarse por medios electrónicos, permitieron evitar el desplazamiento de los trabajadores hasta las dependencias de la empresa, demostrándose con ello, la eficacia del trabajo remoto. Esto último, a su vez, demostró la necesidad y urgencia de incorporar una regulación normativa del trabajo a distancia y teletrabajo en los distintos ordenamientos jurídicos.

Así las cosas, en el presente capítulo se expondrán las formas en que, en algunas legislaciones extranjeras, se comenzó a consagrar el TDyTT, con el fin de encontrar puntos de encuentro con la manera en que nuestro país se terminó de regular esta materia.

Para la elección de los países, cuya regulación normativa se abordará, se consideraron principalmente aquellos en que era posible verificar un mayor desarrollo en la materia, así como aquellos que, teniendo una regulación del TDyTT, forman parte de la región en que se encuentra inserto nuestro país.

En esta línea, cabe notar en primer lugar que, previo a la crisis sanitaria anteriormente descrita, ya existían países que habían adaptado su legislación en torno al teletrabajo y otras que, accedían a ella a través de los convenios colectivos o bien, por medio de políticas públicas ¹³. En el caso de Latinoamérica, Colombia, sin duda, fue el pionero en la creación de normativa entorno a esta materia, en razón de que, ya en el año 2008, se consolidaba su regulación a través de la promulgación de la Ley N.º 1.221, la que, en su contenido, consagró una definición, reguló las características y, además, contempló mecanismos de promoción para la adopción del TDyTT, mediante la creación de la “Red Nacional de Fomento al Teletrabajo”. Asimismo, los esfuerzos emanados por parte del Estado Colombiano, permitieron que la tasa de teletrabajadores aumentara significativamente, pasando de 31.553 en el 2012 a 122.278 al año 2018¹⁴.

¹³ALVAREZ, P. 2018. Teletrabajo en la experiencia extranjera: Los casos de Argentina, Brasil, Bélgica, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia y Portugal. [en línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25913/2/PA_Teletrabajo_2018.pdf [consulta: 29 de julio de 2022]

¹⁴ MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES DE COLOMBIA. 2018. [en línea] <<https://teletrabajo.gov.co/622/w3-article-75998.html>> [consulta: 13 de julio de 2022]

6.1 Situación de Latinoamérica

En el caso de Argentina, antes de la pandemia causada por el COVID19, no se contaba con una regulación orgánica y profunda sobre el TDyTT. Sólo se incorporaba en su legislación, un mínimo sistema de protección a través del reconocimiento de los contratos de teletrabajo¹⁵, regulados en el capítulo VI de la Ley N° 20.744 y asimismo, a través de la ratificación del Convenio 177 de la OIT sobre el Trabajo a Domicilio. Frente al actual escenario de pandemia, Argentina, al igual que Chile, se avocó al trabajo de proyectos de ley destinados a regular el TDyTT, lo que se terminó por consolidar con la promulgación de la *“Ley del Teletrabajo para el sector público y privado”*.

Por su parte en Uruguay, al igual que en el caso argentino, sólo ante las repercusiones que trajo consigo la pandemia, se acordó incluir la modalidad de TDyTT, en un principio, a los organismos pertenecientes al Estado, sin hacer referencia a los trabajadores del sector privado. Posteriormente, en agosto del año 2021, se les hizo extensiva a éstos últimos, la modalidad de TDyTT a través de la Ley N° 19.978.

En el caso de Perú se contaba con una normativa a través de la Ley N°. 30.036 de 15 de mayo de 2013, en que expresamente define qué se entiende por teletrabajo, quién debe otorgar las herramientas para que el teletrabajador cumpla con sus funciones como también destaca el carácter voluntario a la hora pactar la modalidad. Sin embargo, la legislación vigente no fue suficiente para incentivar a que las empresas optaran por esta nueva forma de trabajo, ni mucho menos permitió que fuese una vía para aminorar los efectos negativos laborales causados por la pandemia. Así, al no contar con una norma explícita y rigurosa en base al TDyTT, Perú decidió fomentar el teletrabajo a través de una política presidencial, consagrándose con ello, como uno de los primeros países latinoamericanos que otorgó obligatoriedad a la modalidad de teletrabajo en tiempos de pandemia ¹⁶. En la misma línea, para garantizar su eficaz implementación, se confeccionó la

¹⁵ Ley N°. 20.744 de la República de Argentina. Artículo 102 bis.

¹⁶ Resolución Ministerial N.º 055-2020 de 06 de marzo del 2020. Ministerio del Trabajo y promoción del Empleo de Perú.

denominada Guía para la prevención del Coronavirus en el ámbito laboral, mediante resolución ministerial N° 055-2020-TR de fecha 08 de marzo del año 2020, en cuyo contenido se reguló la modalidad , obligación de capacitación al teletrabajador en los medios informáticos o de telecomunicaciones como también quién es el responsable de proveer dichas herramientas (en caso que sea el trabajador, se debe especificar el monto de la compensación) y un especial pronunciamiento en cuanto a que el cambio de modalidad, bajo ningún caso, afectará a la naturaleza del vínculo laboral como tampoco la remuneración, entre otras condiciones laborales.

Si bien la medida presidencial señalada es transitoria, y se encontrará vigente sólo hasta el 31 de diciembre del 2022, Perú se alista para la publicación de su nueva Ley de Teletrabajo, en razón de que el pleno del Congreso de la República, el 10 de junio de 2022, aprobó con 97 a favor, 0 en contra, 3 abstenciones la nueva ley del teletrabajo, por lo que será remitida al poder Ejecutivo para su publicación u observación, sustituyendo así a la Ley N°. 30036.

6.2 Situación Europea

Los países europeos no quedaron exentos en determinar como medida de contención ante el COVID19 la inclusión del TDyTT. De forma previa a la pandemia, la regulación del trabajo estaba entregado a diversos mecanismos de acuerdos, pudiendo citar, entre los más relevantes, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, firmado por los interlocutores sociales europeos el día 16 de julio del año 2002. Este acuerdo, se creó a propósito de la invitación que se extendió a organizaciones sindicales y empresariales para modernizar la producción y las condiciones de trabajo. Esto, sirvió de base para otras iniciativas entorno al TDyTT a nivel sectorial. Específicamente, nos referimos a la “Declaración relativa al teletrabajo de los interlocutores sociales europeos del sector seguro”,¹⁷ la que permitió que tanto los acuerdos individuales como colectivos quedasen regidos por

¹⁷ DEPARTAMENTO DE EMPLEO, DIVERSIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL. 2020. El teletrabajo. [en línea] <https://intranet.tecniberia.es/wp-content/uploads/archivos_intranet/Documentación/TELETRABAJO%20DOC%20DPTO%20EMPLEO%20CEO%20VD.pdf?boxtype=pdf&g=false&s=false&s2=false&r=wide> p.11 [consulta: 1 de julio de 2022]

requisitos fundamentales e intransigibles de esta declaración. Entre ellos, los más relevantes, son los relativos a la voluntariedad que debe tener el TDyTT, de tal manera que *“las condiciones deben ser siempre acordadas entre los interlocutores sociales en el ámbito de la empresa”*¹⁸. Asimismo, como requisito, se contempla la obligación por parte del empleador de proporcionar todas aquellas herramientas necesarias para la ejecución del negocio o los negocios encomendados al trabajador, bajo la modalidad de trabajo remoto.

Cabe recalcar que, estos acuerdos adscritos por actores sociales (empleadores, trabajadores o sindicatos) no constituyen sinónimo de ratificación por parte de los países a los cuales pertenecen estos integrantes, ya que sólo obliga a al rubro o actividad económica firmante. Sin embargo, pese a que estos acuerdos carecen de obligatoriedad o de ser considerados vinculantes para los países pertinentes, frente a la crisis sanitaria, pasaron a constituirse como fuente indispensable para tomar decisiones relacionadas con la continuidad productiva del país, por lo que , al menos Europa, contaba con un bosquejo acerca de las directrices que se aplicarían a los trabajadores sujetos una modalidad de trabajo a distancia, evitando con ello, improvisaciones en su implementación. De esta manera, no hubo la necesidad de crear leyes express para intentar contener las repercusiones económicas y laborales que trajo consigo la pandemia por covid-19.

Como señalamos anteriormente, la ratificación de los actores sociales no es sinónimo de ratificación por parte de los países, por lo que es menester analizar diversas legislaciones europeas, a fin de determinar si aplican el TDyTT mediante acuerdos voluntarios o bien, si cuentan con legislación vigente:

6.2.1 España

En el caso de España la realidad no era muy distinta a la mayoría de los países latinoamericanos. Hasta el año 2020 no existía una regulación sistemática del TDyTT, sino que solo una escueta referencia a él, en el artículo 13 del Estatuto del Trabajador cuya modificación data del año 2012, el que dispone que *“los*

¹⁸ *Ibid*, p. 12

trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial". Además de lo anterior, cabe precisar que el mismo estatuto, tras su posterior modificación en el año 2015, sólo reguló estándares mínimos que deben respetar las partes que deseen acceder a esta modalidad de trabajo, tales como: condiciones de empleo, protección en materia de higiene y seguridad, derechos colectivos y la obligación de parte del empleador de establecer medios necesarios para la promoción y acceso a la formación profesional. Luego, ante el escenario predominante a nivel mundial producto de la pandemia, el Gobierno español dictó el Real Decreto Ley 8/2020 de Trabajo a Distancia, de fecha 22 de septiembre de 2020, que proporcionó una regulación suficiente, transversal e integrada respecto de estas nuevas formas de trabajo. Asimismo, el artículo 5º del cuerpo legal en comento, bajo el título "*Voluntariedad del trabajo a distancia y acuerdo de trabajo a distancia*", dispuso que esta modalidad de trabajo tiene el carácter de voluntario, por lo que se les otorga a las partes la posibilidad de pactarla al comienzo de la relación laboral, o en un momento posterior a la contratación, y recalando que bajo ningún caso podría llegar a ser impuesto por el empleador.

Si bien la dictación del Real Decreto Ley citado constituye una disposición transitoria emanada del gobierno español, y actualmente derogada, no es menos cierto que en gran medida fue una decisión acertada para destacar la importancia de que las relaciones laborales y el acceso a la modalidad de Trabajo a distancia y teletrabajo requieran de la voluntariedad de las partes y que en ningún caso será una decisión unilateral por parte del empleador, independiente de las circunstancias externas que puedan conllevar a imponer esta forma de trabajo. No obstante, a la exigibilidad del requisito de voluntariedad, la contingencia facultó al empleador a prescindir de él e imponer un trabajo a distancia amparado por la contingencia sanitaria.

Cabe destacar en este punto, que antes de la declaración del estado de alarma en España, el porcentaje de empresas que utilizaba el trabajo a distancia se situaba en un 14,8 %, mientras que quienes se encontraban bajo las condiciones del

teletrabajo, alcanzaban un 32,1 %. Posterior al estado de alarma, los porcentajes aumentaron a un 48.8 % en el caso del trabajo a distancia, y a 49.7 % en el caso del teletrabajo.¹⁹ En razón a estas estadísticas que demostraban que el TDyTT tendría un apogeo después de la pandemia y ante la ausencia de un marco legal suficiente que otorgue certezas jurídicas a las partes de una relación laboral, se dio paso a la dictación de la Ley N.º 10/2021 publicada el 10 de julio del año 2022.

6.2.2 Suecia

En el caso de Suecia, se presenta un escenario diferente a los previamente analizados, toda vez que, en este país, siempre y hasta la actualidad ha carecido de una regulación legal en materia del TDyTT sin perjuicio de la exigibilidad de aplicación marco europeo del teletrabajo del año 2002 previamente citado. En efecto, para poder ejercer esta modalidad, fuera de una regulación legal, se establecieron sus parámetros a través de la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores. De esta manera, el vacío legal sobre la materia no constituyó un obstáculo para que, a través de convenios colectivos, Suecia se erigiera como uno de los países con mayor porcentaje de teletrabajadores, alcanzando éstos a más del 30 % del mercado laboral incluso antes de la situación de crisis sanitaria²⁰. Suecia es una demostración que es posible mejorar las condiciones laborales o acceder a las nuevas formas de trabajo sin necesidad de una ley que los instruya, sino que basta con que las partes tengan capacidad de dialogar y conciliar en materias que conlleven al trabajo decente.

6.2.3 Francia

En esta materia, a través de la Ordenanza Gubernamental del 22 de septiembre del 2017, Francia formalizó el teletrabajo en los acuerdos colectivos²¹. De manera previa a la dictación de la Ordenanza señalada, en este país sólo se contemplaba

¹⁹ WALKER ERRÁZURIZ, F cit. (n.4), p. 196

²⁰ CÁCERES VILLEGAS, A. 2020. Estudio Comparado del Teletrabajo en España. [en línea] <http://www.derechohuelva.com/images/TFG_DEFINITIVO_ANA_ISABEL_CÁCERES_VILLEGAS.pdf> p. 40. [consulta: 25 de junio de 2022]

²¹ MACHIAVELLI, F. 2020. El teletrabajo en Europa. El caso de Francia: definiciones y desafíos. Cuadernos del INAP 46. p. 46

la modalidad de TDyTT en la medida que hubiese sido pactado en el contrato de trabajo individual de cada trabajador.

Con la promulgación de la Ordenanza Gubernamental señalada, el teletrabajo se vino a clasificar en dos distintas categorías. En primer lugar, se contempló el denominado teletrabajo regular, que se caracterizó por encontrarse plasmado en el contexto de un convenio colectivo, sujeto a los acuerdos arribados por las partes. En segundo lugar, se contempló el teletrabajo ocasional, en el que el acuerdo de esta modalidad de trabajo se podía establecer, de manera individual, entre el empleador y el empleado por cualquier medio, siempre que concurriera una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.²² En este sentido, el Código del Trabajo Francés, en su artículo 1222-11, disponía que *“en caso de circunstancias excepcionales, en particular la amenaza de una epidemia, o en caso de fuerza mayor, la implementación del teletrabajo puede considerarse como una adaptación de la estación de trabajo necesaria para permitir la continuidad de actividad de la empresa y garantizar la protección de los empleados”*.

Como se puede constatar, esta regulación especial que el Código del Trabajo Francés contempló sobre el TDyTT, a través de la Ordenanza Gubernamental citada, constituyó un valioso aporte en la materia, siendo de gran utilidad práctica, puesto que en él no sólo se contempló la posibilidad de que las partes convinieran voluntariamente, si se accedía a un trabajo presencial o bien remoto, sino que también, se contemplaron posibles escenarios de caso fortuito o fuerza mayor, permitiéndole al trabajador acceder al teletrabajo ocasional sin restricciones de forma. Esta regulación, le permitió al país francés enfrentar de buena forma los desafíos laborales que implicó la pandemia causada por el COVID19.

Lo anterior, nos demuestra la conveniencia de que los países, independiente si cuentan o no con convenios sobre TDyTT, adopten medidas legislativas preventivas que permitan una continuidad laboral, frente a eventuales escenarios catastróficos, facilitándose con ello la implementación de políticas públicas, el mantenimiento de la economía y una mayor estabilidad en el empleo al trabajador.

²² CÁCERES VILLEGAS, A. cit. (n.16), p. 41

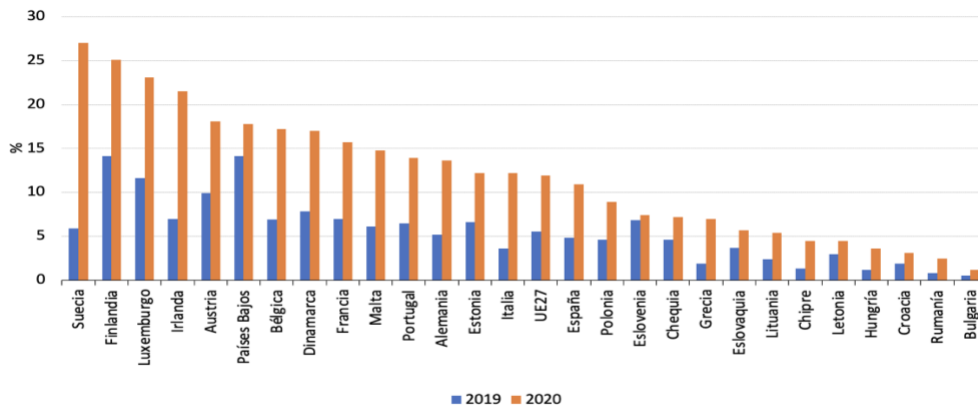
6.2.4 Países Bajos

En esta legislación, se concibe una regulación de la modalidad de teletrabajo como una de las categorías contenidas en la Ley de Trabajo Flexible (Wet flexibel werken¹⁶) que data del año 2016. Por otra parte, cabe recalcar la utilización del “Soft Law” al momento de aplicar el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Este mecanismo, consiste en un conjunto de directrices, opiniones y declaraciones para los países destinatarios, pero que su efecto no es vinculante y sólo se traduce en recomendaciones que deben considerar los países del continente.

En todo este marco normativo, cabe destacar que la Ley de Trabajo Flexible destaca como requisito para la adopción de una modalidad de trabajo a distancia, la voluntariedad de las partes de la relación laboral, debiéndose, por tanto, contar con el consentimiento tanto del empleador como del trabajador para optar por prescindir de un trabajo presencial. Adicional a ello, la misma legislación impone al empleador el deber de justificar su negativa ante la proposición del trabajador de iniciar una modalidad remota, lo que se puede destacar como una novedad normativa y poco usual en comparación al estudio de los otros países en esta materia.

Como se ha señalado con anterioridad, al tener una regulación en materia de trabajo flexible, los efectos en el mundo laboral y económico que trajo consigo la crisis sanitaria mundial, no se evidenciaron de manera negativa en los índices de inserción de trabajadores a la modalidad de trabajo a Distancia y teletrabajo. Como una forma de ilustrar lo anterior, en el siguiente gráfico se da cuenta del porcentaje de trabajadores bajo TDyTT en pre y post pandemia (2019- 2020) en los países Europeos. En el caso de los Países Bajos, durante el año 2019, la cifra de personas bajo modalidad de TDyTT alcanzó un 14, 5 % de la fuerza laboral, convirtiéndose así en uno de los países pioneros de la modalidad en el continente, por otra parte, este porcentaje aumentó al 18 % durante el inicio de la pandemia.

Gráfico 1. Personas empleadas entre 15-64 años que teletrabajan como porcentaje del empleo total. 2019 y 2020. Países UE27



Cabe destacar que, ante el impacto positivo que ha significado la modalidad de trabajo a distancia, Países Bajos ha comenzado a prescindir del soft law, con miras a regular normativamente, y con carácter vinculante el TDyTT. Esta regulación, redundaría en beneficio de los trabajadores que manifiesten al empleador su intención de optar por una modalidad de trabajo a distancia, sin que el empleador tenga posibilidad de rechazar tal requerimiento de manera arbitraria, como ha sucedido en la actualidad, en algunos casos, ante la falta de una norma vinculante en la materia.

6.2.5 Alemania

En Alemania no ha existido una ley específica que regule el teletrabajo, por lo que se ha verificado una obstaculización para que los trabajadores puedan acceder a ejercer sus funciones de manera remota, en ejercicio de sus contratos individuales de trabajo. No obstante, se ha permitido a través de acuerdos sectoriales y empresariales que los sujetos de la relación laboral puedan implementar una modalidad de trabajo a distancia en razón de las negociaciones colectivas, siendo ésta, la única vía para la regulación de las condiciones de trabajo a distancia, en lo que respecta a la duración del mismo y la forma de distribución horaria que se aplica. Un claro ejemplo de lo anterior radica en la importancia que tiene el denominado Consejo de Fábrica (Betriebsrat) en el sector privado, el que se encuentra integrado por representantes de los trabajadores, y cuya opinión es

necesaria ante diversas decisiones que tome el empleador en razón de materias relacionadas con “*la introducción de nuevas tecnologías, en particular aquellas de TIC (tecnologías de la información y la comunicación) que permiten un control de la eficiencia en el trabajo; la formación continua; los cambios en el horario de trabajo; la introducción de sistemas de incentivos a la retribución; la selección de trabajadores para el teletrabajo cuando haya cambios en el contrato de trabajo*”²³. Cabe recalcar, que a los teletrabajadores se les garantizan sus derechos sindicales de igual forma que aquellos que ejercen sus funciones presenciales.

6.2.6 Portugal

En el caso de Portugal y en razón de la investigación de su legislación interna, podemos mencionar que desde el año 2003, se cuenta con disposiciones que regulan el TDyTT, principalmente mediante la Ley N° 7/2015 que vino a reformar el Código del Trabajo portugués, incluyendo, en su artículo 165, una referencia expresa al teletrabajo, considerándolo “*como una prestación laboral realizada bajo subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa del empleador y mediante el uso de tecnologías de información y comunicación*”.

La misma legislación citada, dispone la forma en que se debe pactar esta modalidad de trabajo, la que se concreta a través de un contrato individual de trabajo, en el que, además de cumplir con los requisitos de individualización, se debe abordar la duración, determinada o indeterminada, de la relación laboral.

Además de lo anterior, cabe destacar que, en la legislación portuguesa, se contemplan algunos casos especiales, en los que el empleador necesariamente deberá acceder a que tal trabajador pueda cumplir su jornada laboral a través de teletrabajo. Estas situaciones especiales son las siguientes:

²³ CAL, L. 2013. Experiencia de Teletrabajo en Europa y el punto de vista de los actores. [en línea] <http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/articulo_cal_tt.pdf> p. 6. [consulta: 13 de julio de 2022]

1.- El trabajador con un hijo de hasta tres años, tiene derecho a realizar la actividad en régimen de teletrabajo, cuando esta sea compatible con la actividad realizada y el empleador disponga de los recursos y medios para tal fin ²⁴.

2.- El planteamiento del artículo 195 del Código Portugués en razón de violencia domestica que pueda sufrir el trabajador o trabajadora, permitiendo poder optar a desempeñar sus funciones (cuando proceda) mediante teletrabajo.

Así, y en resumen, se puede destacar que en Portugal, a diferencia de los países previamente descritos, se cuenta con una regulación normativa que mandata al empleador a acceder a esta modalidad de trabajo, en caso de sobrevenir circunstancias personales especiales al trabajador, que ameriten el cumplimiento de su jornada laboral a distancia, pudiendo pactarse esta modalidad, de manera individual por parte del trabajador que así lo requiera. En la mayoría de los países, según se ha podido analizar, la adopción del teletrabajo como modalidad de cumplimiento de la jornada laboral, ha quedado sometida a negociaciones colectivas, y consolidada sólo a través de instrumentos también de carácter colectivos o de normativa escasa.

7 REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN CHILE DESPUÉS DE LA PANDEMIA

7.1 Antecedentes y causas que motivaron la regulación del TDyTT en Chile.

Como se adelantó en el primer capítulo de este trabajo, con fecha 18 de marzo del año 2020, y ante un panorama mundial que registraba un crecimiento paulatino y exponencial de contagios por COVID19, así como ante un alarmante número de personas fallecidas a causa de este virus, el Gobierno de turno, junto

²⁴ CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA. 2021. En contexto: El teletrabajo, aproximaciones para su estudio y regulación. [en línea] México. https://docs64.congresoaxaca.gob.mx/centroestudios/CESOP/investigacion/EN_CONTEXTO_TELETRABAJO.pdf. p. 20 [consulta: 10 de junio de 2022]

con la adopción de una alerta sanitaria el 08 de febrero del mismo año, tomó la decisión, días después, de decretar el estado de excepción constitucional de catástrofe, con el fin de prevenir y hacer frente a las negativas consecuencias que la pandemia podría causar a la población chilena. En lo práctico, este estado de excepción constitucional se tradujo en la restricción de la libre circulación de la población, dando paso a un confinamiento progresivo.

Siendo esta la realidad de las cosas era posible constatar que tales medidas, de manera evidente e inevitable, iban a impactar, e impactaron de forma negativa en el área laboral, sobre todo considerando que, según se ha señalado, hasta esa fecha nuestro país carecía de una regulación orgánica que permitiese dar una continuidad laboral a través de una forma que no fuese la presencial. Para evaluar este impacto negativo en el mundo laboral, debemos tener a la vista las consecuencias que trajo consigo la dictación del estado de excepción constitucional señalado, pudiendo encontrar entre éstas, según se desprende del artículo 43 de la Constitución, las siguientes:

- Restricción de las libertades de locomoción y de reunión;
- Disponer requisiciones de bienes;
- Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; y,
- Adopción de todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

En lo particular, y en uso de las facultades anteriormente señaladas, se decretaron, entre otras medidas, un toque de queda a nivel nacional desde las 22 horas hasta las 05:00 horas, como también el establecimiento de cordones sanitarios y cuarentenas, más o menos flexibles, en diversas comunas del país dependiendo del aumento de los casos de contagios.

Todo esto, como es evidente, generó incertidumbre en el ámbito laboral en cuanto a si los trabajadores debían concurrir a las dependencias de las empresas donde desempeñaban habitualmente sus labores, y asimismo, en cuanto a las obligación de los empleadores frente a las medidas de restricción de

desplazamiento impuestas. Particularmente, se presentaban dudas en cuanto a la facultad de los empleadores de poner término al vínculo laboral con el trabajador que no asistiera a ejercer sus funciones, y, asimismo, en cuanto a su deber de continuar con el pago de las remuneraciones por los días no trabajados.

Estas, y otras incertidumbres que se generaron en el mundo laboral a causa de la pandemia y del estado de excepción constitucional, motivaron a que la Dirección del Trabajo emitiera un pronunciamiento tendiente a aclarar los temas oscuros que, por ausencia de una normativa expresa, se generaban tanto en empleadores como en trabajadores. De esta forma, a través del Dictamen 1283/006, de fecha 26 de marzo del año 2020, la Dirección del Trabajo nacional, vino a dar una interpretación, y establecer lineamientos frente a los escenarios que eventualmente se podrían presentar en la relación laboral, a propósito de los actos de autoridad que restringieran el libre desplazamiento. Particularmente, este dictamen pretendió resolver si ante un escenario que imposibilitara a un trabajador concurrir a su lugar de trabajo, tal ausencia debía ser considerada como día trabajado para los efectos del pago de su remuneración, o si bien, por el contrario, aquello constituía una suspensión de las obligaciones que emanaban de un contrato individual de trabajo, es decir, el cumplimiento de funciones por parte de los trabajadores y por otra, la del empleador de dar pago por esos servicios a través de una remuneración.

En un primer término, en el Dictamen señalado, se aclaró que respecto a los trabajadores que no contaban con la categoría de esenciales en razón de la función que desempeñaban, y que se encontraban impedidos de transportarse hasta las dependencias de su empresa por residir en una comuna ubicada dentro de algún cordón sanitario, o bien porque su comuna de residencia estaba en cuarentena obligatoria, las partes quedaban exoneradas de las obligaciones recíprocas que imponía el contrato de trabajo, al enmarcarse dichos acontecimientos dentro de la categoría de fuerza mayor o caso fortuito, consagrada en el artículo 45 del Código Civil, entendiéndose *como fuerza mayor o caso fortuito* al *“el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*.

Remarcando su función meramente interpretativa, el mismo dictamen precisó que los alcances abordados en él debían ser analizados caso a caso por los tribunales de justicia ordinaria, al no ser aquel, el órgano competente para dilucidar conflictos que se puedan presentar en la materia.

El mismo Dictamen en comento, en segundo término, destacó que la causal de fuerza mayor o caso fortuito, consagrada en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, en el contexto de estado de excepción constitucional, no constituía una causal susceptible de ser invocada válidamente para efectos de dar término a la relación laboral. Esto, en razón de que tal causal, en el contexto y forma en que podía ser invocada, se contraponía a los principios en que se sustenta el derecho laboral, esto es, estabilidad al empleo y continuidad de la relación laboral.

En este sentido, cabe preguntarse acerca de los motivos que tuvo la Dirección del Trabajo para referirse a esta causal en el contexto de pandemia, ya que hasta ese entonces su aplicación no era preponderante en comparación con otras causales consagradas en el cuerpo legal laboral. Su respuesta radica en los registros llevados por el mismo órgano fiscalizador, los que dan cuenta de la cantidad de cartas de aviso de término de contrato de trabajo que se reflejaron durante el comienzo de la pandemia, cuyo contenido es segregado por causal invocada, por año y mes.

Así, como es posible visualizar en el siguiente recuadro, en base a las causales de terminación de contrato, la causal de despido por fuerza mayor o caso fortuito, entre enero del año 2019 hasta marzo del año 2020, presentó una notable variación, ascendiendo su promedio entre esos intervalos. Principalmente, si consideramos sólo los meses de febrero y marzo del año 2020, podemos concluir que el aumento de la causal invocada de fuerza mayor o caso fortuito, ascendió un 4.737 %.

1. **CAUSALES DE TERMINACIÓN:** Cantidad de cartas de aviso de término de contrato registradas cada mes ante la Dirección del Trabajo, según causal legal de término.
Desde enero de 2019 al 31 de marzo de 2020

Causal	2019												Total		2020			Total
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	01 Ene 19 - 31 Dic 19	Enero	Febrero	Marzo	01 Ene 19 - 31 Mar 2020	
Art. 159 N° 1	4.307	3.853	4.321	3.877	3.166	3.387	3.400	3.451	2.565	3.419	3.663	4.447	43.856	5.409	4.609	4.912	58.786	
Art. 159 N° 2	15.366	14.424	13.779	12.997	9.975	9.911	10.436	9.429	7.509	9.771	8.874	10.449	132.920	13.738	12.524	13.046	172.228	
Art. 159 N° 3	377	402	199	377	279	272	133	148	145	123	190	182	2.827	181	53	211	3272	
Art. 159 N° 4	94.825	72.867	86.195	77.778	67.863	65.600	76.643	62.930	67.224	70.472	66.792	111.321	920.510	104.690	74.263	119.540	1.219.003	
Art. 159 N° 5	85.397	54.315	54.236	64.315	59.193	48.029	50.938	48.238	49.373	43.799	43.438	60.622	661.893	81.688	57.556	80.248	881.385	
Art. 159 N° 6	177	157	186	314	414	111	238	291	93	385	478	321	3.165	184	138	6.537	10024	
Art. 160 N° 1	720	900	1.279	747	764	589	710	762	599	733	703	856	9.362	732	695	786	11575	
Art. 160 N° 2	35	43	26	32	35	19	30	30	23	20	22	38	353	45	40	31	469	
Art. 160 N° 3	48.755	44.359	41.382	37.424	32.755	30.024	32.897	29.405	24.810	28.397	32.371	38.360	420.939	46.217	40.436	37.852	545.444	
Art. 160 N° 4	2.333	1.957	2.395	1.964	1.797	1.653	1.782	1.685	1.548	1.762	1.749	2.102	22.727	2.359	2.021	2.116	29.223	
Art. 160 N° 5	141	169	167	214	141	148	165	152	103	134	156	145	1.835	137	161	280	2413	
Art. 160 N° 6	35	53	26	28	23	24	19	20	23	27	34	23	335	28	22	22	407	
Art. 160 N° 7	1.985	1.555	1.742	1.821	1.664	1.434	1.774	1.727	1.446	1.419	1.411	1.654	19.632	1.883	1.545	1.443	24.503	
Art. 161 Inciso 1	47.260	33.770	42.898	42.840	38.877	39.851	41.281	40.202	35.835	37.629	62.049	101.827	564.319	132.551	66.893	73.612	837.375	
Art. 161 Inciso 2	779	503	675	716	607	561	748	721	605	555	769	1.084	8.323	794	477	836	10.430	
Art. 163 bis	144	84	102	25	26	50	11	42	58	0	15	253	810	287	540	107	1.744	
Total	302.636	229.411	249.608	245.469	217.579	201.663	221.205	199.233	191.959	198.645	222.714	333.684	2.813.806	390.923	261.973	341.579	3.808.281	

La realidad previamente señalada, en la que producto de la crisis sanitaria y las restricciones impuestas a consecuencia del estado de excepción constitucional, motivaron un preocupante aumento de despidos teniendo por causal la fuerza mayor o caso fortuito, lo que ante la incertidumbre del avance de la pandemia, y sobre todo, ante el evidente vacío legal en cuanto al cumplimiento de la jornada laboral en una modalidad distinta a la presencial, los empleadores optaron por dar término a la relación laboral en virtud de la causal señalada, lamentablemente en perjuicio del trabajador²⁵.

El dictamen en comento, además de pretender aclarar puntos oscuros acerca de la forma de trabajo frente al escenario mundial imperante en la época, también contempló una vía con miras a lograr una continuidad a la prestación de servicios por parte del trabajador, pretendiendo evitar con ello un término de relación laboral. En efecto, sobre el particular, el Dictamen en cuestión contemplaba que *“nada obsta a que el trabajador acuerde con su empleador la prestación de sus servicios de manera remota en la medida que sea posible”*

²⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2020. Registro de cartas de aviso de término de contrato y trabajadores involucrados con un único empleador. Informe Mensual marzo. [en línea] Santiago, Chile. <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-118517_archivo_01.pdf> p.3 [consulta: 10 de junio de 2022

Pues claro, se puede concluir por el contenido del Dictamen citado que la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, se encontró afectado por las decisiones emanadas del Poder Ejecutivo para hacer frente al estado de catástrofe, ya que en un inicio de la pandemia, simplemente existía una suspensión de las obligaciones para ambas partes, se impedía al trabajador recibir una remuneración, no existía obligación alguna por parte del empleador de dar pago a las cotizaciones previsionales. Además de ello, y lo que pareciera más grave, el trabajador debió afrontar derechamente la posibilidad de ser despedido por una causal que le impedía acceder a una retribución por todos los años de servicios en la empresa.

En otro sentido, se destaca en el Dictamen estudiado la posibilidad de que las partes acuerden dar continuidad a la relación laboral a través del trabajo remoto, en caso de que fuese posible. Lo anterior, fue una medida arriesgada si se considera que no existía ley que estableciera exigencias mínimas que garantizaran un adecuado cuidado de los derechos del trabajador.

7.2 Contenido, avance, ventajas y desventajas de la Ley N° 21.220 sobre “Trabajo a Distancia y Teletrabajo”

Una vez que hemos abordado, someramente, el contexto de los hechos que evidenciaron la necesidad de contar con una explícita regulación del TDyTT y, asimismo, una vez que se ha analizado la implementación de esta modalidad de trabajo en el derecho comparado más relevante, nos abocaremos, en el presente acápite, a analizar la manera en que la Ley N° 21.220 consagró el TDyTT en nuestro país. Para tales efectos, junto con abarcar los contenidos de la ley en cuestión, se procederán a destacar las ventajas y desventajas que se han podido observar en su aplicación, citando para tales efectos, la jurisprudencia pertinente de los tribunales superiores de justicia, con el objeto de ir evidenciando las problemáticas que se han ido constatando de la norma en cuestión.

Como se ha dicho con anterioridad, la Ley N° 21.220, publicada el 26 de marzo del año 2020, entró en vigencia principalmente en razón del contexto de pandemia ya descrito, en donde se hizo necesario, de forma urgente, contar con una normativa laboral que permitiese adoptar una modalidad de trabajo a distancia

desconocida hasta esa época. Esto último, a pesar de haber existido proyectos de ley presentados y en trámite de forma previa a la crisis sanitaria.

La ley Nº 21.220 incorporó al Código del Trabajo 10 artículos, que van desde el art. 152 quáter, letra g hasta el art. 152 quáter, letra o. El primero de estos artículos, y por primera vez en nuestra legislación, contempló una expresa definición del trabajo remoto, para lo cual, distingue dos tipos de esta modalidad de trabajo. En primer lugar, se contempla como modalidad, el trabajo a distancia, el que se definió legalmente como *“aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa”*. En segundo término, se contempla como modalidad laboral, el teletrabajo, siendo definido como aquel en que *“los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.*

A continuación, abordaremos algunos de los aspectos centrales de la consagración del TDyTT, introducidos por la ley citada y, al mismo tiempo, se evidenciarán algunas ventajas y desventajas que se han podido constatar en la regulación del mismo.

7.2.1 Ventaja : La voluntariedad como requisito esencial para el TDyTT

Según se señaló, el trabajo remoto se incorporó al Código del Trabajo como consecuencia de la reforma introducida por la Ley Nº 21.220. De esta manera las partes, de manera individual, podrían consentir esta modalidad o forma de dar cumplimiento a la jornada laboral, ya sea al momento de pactar el contrato individual de trabajo, o bien durante su desarrollo. En este contexto de libertad contractual en que se dejó a las partes de la relación laboral, la reforma introducida por la ley en comento se ocupó de destacar la voluntariedad como requisito esencial. Así, el art. 152 quáter, letra g, estableció que *“las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un*

menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración”. A mayor abundamiento, y como complemento de lo anterior, el artículo 152 quáter letra i, agregó que “en caso de que la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo se acuerde con posterioridad al inicio de la relación laboral, cualquiera de las partes podrá unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas en el contrato de trabajo, previo aviso por escrito a la otra con una anticipación mínima de treinta días. Si la relación laboral se inició conforme a las normas de este Capítulo, será siempre necesario el acuerdo de ambas partes para adoptar la modalidad de trabajo presencial”.

Cabe recalcar, que además de ser considerado como un requisito relevante para iniciar esta modalidad, la voluntariedad también es un principio imperante tanto en el trabajo a distancia como en el teletrabajo. Por ende, el empleador podrá proponer al trabajador que la relación laboral cambie de presencial a trabajo a distancia o teletrabajo, y en caso de negativa por parte del trabajador de acceder a esta modalidad de trabajo, ello no se podrá considerar como justa causa para el término de la relación laboral²⁶

Si bien la reforma legal señalada, pone énfasis en la voluntariedad como requisito esencial para pactar la modalidad de TDyTT, ha sido posible constatar en la práctica que, desde la entrada en vigencia de la ley en estudio, el cumplimiento del requisito recién señalado ha sido cuestionado, y no siempre cumplido, puesto que, en la mayoría de los contratos de trabajo pactados bajo TDyTT, esta modalidad se terminó verificando como una imposición por parte de empleadores a los trabajadores, en razón de las circunstancias de crisis sanitaria. Incluso, previo a la dictación de la ley en comento, algunas empresas, de manera unilateral, ya habían adoptado como medida de emergencia, que el cumplimiento de las funciones se desarrollara fuera de las dependencias de la empresa o bien mediante un medio electrónico, sin dar cuenta de dicho cambio de condiciones en el contrato individual de trabajo como tampoco en un anexo del mismo.

Sin perjuicio de esta falencia práctica que, esperamos se pueda ir superando una vez que se normalicen los sistemas de fiscalización laboral, nos parece una

²⁶ LIZAMA PORTAL, LUIS. Ob.cit. p. 100.

excelente medida que la ley otorgue a las partes la decisión de adoptar esta nueva modalidad de trabajo , ya sea al comienzo de la relación laboral como también en el desarrollo de ella, permitiendo volver a la presencialidad si es que se cumplen con los requisitos de acuerdo mutuo (cuando las partes iniciaron su relación laboral con TDyTT), o bien unilateralmente, dando el respectivo aviso a la contraparte con un mínimo de 30 días de anticipación (en caso que la modalidad de se haya pactado posterior al inicio de la relación laboral).

7.2.2 Desventaja : Causales para la procedencia del TDyTT

No obstante, el positivo avance que implica la regulación del TDyTT, bajo un esquema de voluntariedad, es posible visualizar, sin embargo, una desventaja emanada de los artículos 152 quater g y letra i previamente citados. En efecto, se puede visualizar en ellos, la falta de una mirada preventiva por parte del legislador, pues resulta contradictorio que el TDyTT se haya ideado y consagrado en un contexto de crisis sanitaria, y que, paradójicamente, no se considere como una causal para que las partes puedan optar a esta forma de trabajo, las situaciones de emergencia que se puedan suscitar, tal como lo hacen algunas legislaciones extranjeras según tuvimos la ocasión de analizar. En este punto, el legislador tuvo en sus manos igualar su legislación bajo la mirada de países como Francia, en donde, como vimos, se concede la posibilidad de TDyTT ocasional por cualquier medio de pacto, siempre que concorra la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, y mientras dure la situación de emergencia que le dio origen, o bien la de Portugal, en donde se obliga al empleador a conceder al trabajador la posibilidad de teletrabajar ante circunstancias extraordinaria y de emergencia que puedan sobrevenir.

En este sentido, para dar certezas a las partes en razón de un teletrabajo de emergencia o transitorio, hubiese sido positivo que nuestro Código haya enumerado taxativamente las causales o hechos que puedan dar paso a esta modalidad transitoria en la relación laboral, impidiendo caer en ambigüedades en su aplicación y duración. También, la misma ley no consideró en absoluto la

intervención de los sindicatos para los efectos de acordar condiciones laborales cuando acontecen circunstancias excepcionales de este tipo.

Ante este escenario y mirada con que el legislador consagró el TDyTT, los Tribunales de Justicia tuvieron la oportunidad de conocer diversas causas que demostraron la necesidad de contar con una regulación expresa de TDyTT de emergencia. En estas causas, de distinto tipo, conocidas por los Juzgados Laborales, los argumentos de los empleadores, usualmente giraban en torno a su falta de obligatoriedad en cuanto al cumplimiento del requisito de voluntariedad, puesto que, según afirmaban, las disposiciones consagradas en la ley N°. 21.220 eran extensibles y aplicables sólo en tiempos de normalidad, por lo que la decisión de optar por el trabajo remoto, constituía una vía alternativa, que podía ser impuesta unilateralmente, cuando se presentara un contexto de emergencia, o bien en virtud de medidas de restricción impuesta por actos de autoridad.

Así, a propósito de este tipo de casos, la Primera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Iquique, con fecha 01 de julio del 2021 acogió un recurso de nulidad deducido por la empresa reclamante Universidad Santo Tomás, en contra de la sentencia que rechazó la reclamación deducida en contra de la multa que le fue impuesta, por no haber pactado durante la vigencia de la relación laboral, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo respecto de sus trabajadores. Dentro de los argumentos señalados por la parte reclamante se destaca el siguiente:

“No es aplicable la Ley 21.220, ya que la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo no surge de un acuerdo entre las partes, sino de la imposición legal y del acto administrativo, por tanto, la voluntad del empleador quedó sujeta a esas circunstancias, y al no ser procedente su aplicación, tampoco puede aplicarse sus efectos, no divisando de esta manera una infracción al ius variandi, sostenido en el artículo 5 del mismo texto legal; sosteniendo además que, conforme al artículo 45 del Código Civil, no puede obligarse a su parte por concurrir todos los presupuestos del caso fortuito o fuerza mayor como causal eximente de obligaciones laborales, que deben conjugarse con el principio del ius variandi y con el principio pro trabajador”²⁷

²⁷ Sentencia de fecha 01 de julio del 2021 . Rol: 83-21. Itma Corte de Apelaciones de Iquique.

Por su parte, entre los argumentos de la Corte de Apelaciones citada, en orden a acoger el recurso de nulidad, radica la idea que la imposibilidad de dictar clases de manera presencial, se debía a disposiciones normativas emanadas de la autoridad pertinente por la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, por lo que no se le hace aplicable las disposiciones de la ley N° 21.220 a docentes como tampoco a los asistentes de la educación, cuyo origen de esta modalidad es estrictamente para dar cumplimiento del servicio que prestan los establecimientos educacionales y rigiéndose por la circular emanada de la Superintendencia de Educación, específicamente Oficio Circular 000001, de 30 de marzo de 2020.

En el mismo sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, con fecha 17 de mayo del año 2021, conoce y acoge el reclamo interpuesto por la Universidad Tecnológica de Chile INACAP en contra de la resolución de la Inspección del Trabajo Provincial el Loa. Este último decide cursar una multa por no contar la institución con los anexos de contrato respectivos, en razón del cambio de modalidad de trabajo de presencial a remoto a causa de la contingencia. Aquí, al igual que el fallo anterior, se cuestionaba la aplicación de las disposiciones de la ley de TDyTT para las instituciones educacionales, debido a que esta modalidad fue impuesta por la autoridad administrativa. En razón de ello, el Tribunal en su considerando sexto expresa :

“No es la voluntad del reclamante, y menos aún de los trabajadores que laboran para ella, la que debe entenderse como subyacente a un eventual pacto de teletrabajo como erradamente lo entiende la Inspección del Trabajo, a propósito de la implementación de la ley 21.220, porque esta ley, ya en su artículo 152 quater G, parte del supuesto de hecho que dicho pacto debe formularse en términos libres y voluntarios entre los pactantes, cuestión que lógicamente no puede entenderse que se produce en el caso de la reclamante, cuando la implementación de dicha fórmula virtual devienen de una instrucción de quien es el órgano administrativo contralor, como lo es la Superintendencia de Educación”²⁸

Frente a los fallos referidos, se puede concluir lo importante que era contar con una regulación por parte de la Ley N.º 21.220 acerca de establecer la modalidad

²⁸ Sentencia de fecha 17 de mayo de 2021. Rol:I- 4-2021. Juzgado de Letras del Trabajo de Calama

TDyTT de emergencia cuando existan casuales de caso fortuito o fuerza mayor que impidan la asistencia presencial de parte de los trabajadores al establecimiento de la empresa. Si esto se hubiese tomado en consideración a la hora de legislar, no existiría incertidumbre de la procedencia de los contratos bajo la normativa de TDyTT.

7.2.3 Desventaja: El derecho y tiempo de desconexión en la Ley N.º 21.220

Siguiendo con el análisis de la ley N.º 21.220, cabe precisar que la modalidad en estudio permite abarcar todo o parte de la jornada laboral, es decir, un TDyTT combinando tiempos de trabajo de forma presencial en la empresa o fuera de ella, y siempre respetando los límites máximos de la jornada diaria y semanal cuando corresponda. Así lo ha señalado en artículo 152 quater J del Código del Trabajo, el cual además permite que las partes acuerden que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de 45 horas semanales, pero con la obligación de parte del empleador de respetar su derecho y tiempo de desconexión. Ambos conceptos, derecho y tiempo de desconexión se distinguen entre sí, en razón de que el primero de ellos es considerado como el derecho de desconexión del trabajador durante el uso de su descanso semanal, permiso o feriado anual, mientras que el segundo concepto se refiere al tiempo de descanso entre jornadas diarias del trabajador que deberá ser, a lo menos, de 12 horas continuas en un periodo de 24 horas.

Sin duda, esta disposición es considerada como una verdadera ventaja para aquellos trabajadores que están excluidos del límite legal de jornada, debido a que le otorga protección, ya que el legislador consideró que el objetivo de la Ley N.º 21.220 no debe tener matices y garantizar tanto el derecho como el tiempo de desconexión sin exclusión, buscando resguardar el legítimo descanso de los trabajadores como también su tiempo de recreación.

Sin perjuicio de esta ventaja normativa, durante el escenario actual que Chile vive, no ha sido posible cuantificar aún en la práctica, cuáles han sido o son los beneficios del derecho a desconexión para trabajadores que cumplen con la jornada laboral regular como de aquellos que se encuentran excluidos de ella o si efectivamente se ha cumplido con esta disposición por parte del empleador. Lo

anterior, se debe a que la reforma legal, en este sentido, se concibió de manera absoluta durante la pandemia y con ello sumó barreras e inequidades entre las partes de una relación laboral. El sustento de la afirmación antes mencionada, encuentra su origen en los diversos estudios que se han confeccionado desde la instauración de la Ley N° 21.220, en particular del estudio *“Ley de Teletrabajo, y la Percepción de las y los Trabajados”* presentado por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y La Federación de Trabajadoras de Call-Center de Chile (FETRACALL) con patrocinio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Dentro del desarrollo de este estudio, se constató la opinión de diferentes trabajadores como también de la sistematización de información entorno a la modalidad, los que coincidieron que existía una vulneración del tiempo de desconexión para aquellos teletrabajadores del sector público como privado, ya que ellos esperaban el mismo horario laboral que en trabajo presencial pero no fue así y se terminó trabajando más allá de la jornada ordinaria e incluso los fines de semana. Una de las personas encuestadas señaló que *“las horas de trabajo se vulneran, no hay horario de trabajo, se trabajan más horas porque se te pasa la hora haciendo la actividad, nos mandan correos hasta muy tarde, aunque te digan que no los lees igual una sabe que están ahí y te envían correos muy tarde desde el nivel central, después del horario, entonces la jefa los traspasa, o mandan solicitudes de información pero 20 minutos antes de que termine la jornada y obviamente no alcanzamos y nos pasamos”*.²⁹

También durante estos dos años de vigencia de la ley en estudio, las dudas en torno a si se ajustaba o no a derecho la obligación impuesta a los trabajadores de remitir respuestas a correos electrónicos durante el tiempo de desconexión, se hizo más recurrente. Tomando estas consultas, la Dirección del Trabajo mediante el dictamen N°1162/24 de fecha 07 de julio del año 2022 señaló que *“no resulta ajustado a derecho que los trabajadores remitan correos durante el tiempo de desconexión con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones propias de la*

²⁹ CUT, FETRACALL Y OIT. 2021. Estudio: La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”. [en línea] Santiago, Chile. <https://interferencia.cl/sites/default/files/estudio.pdf> p. ¿? [consulta: 20 de mayo de 2022]

*prestación de servicios, considerando el carácter irrenunciable de este derecho*³⁰. La DT no vino más que aplicar lo establecido en el artículo 5 del Código del Trabajo en relación a la irrenunciabilidad de los derechos laborales en concordancia con el Decreto N°18 de 03.07.2020 del Ministerio del Trabajo, que aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M. Este último contempla los riesgos psicosociales derivados de la modalidad de TDyTT e incluye dentro de esta categoría en su artículo 5º la inobservancia de los tiempos de conexión o del derecho a desconexión.

Por otra parte, si bien podemos constatar la alineación de la legislación con la jurisprudencia administrativa, no es menos cierto que existe una desventaja en la instauración de la ley en estudio. Esta desventaja consiste en que si bien se consagra el derecho de desconexión para aquellos trabajadores excluidos de la limitación de jornada, subsisten un problema respecto del ejercicio de este derecho, relacionado con la forma y posibilidad de fiscalizar el respeto de este derecho. Si se parte de la base de que no existe obligación para el empleador de contar con un mecanismo de control de jornada, ya que estamos en presencia de un trabajador exento de ella y en caso de aplicarlo, inmediatamente cambiarían las condiciones inicialmente pactadas, ya que tal supervisión, en virtud del artículo 152 quater J, presume que el teletrabajador está afecto a una jornada ordinaria de trabajo.

La Dirección del Trabajo en Dictamen N° 258/003, respecto al derecho a desconexión, consagrado en el Código del Trabajo, ha interpretado que el empleador no puede implementar un mecanismo de control que indique el momento en que el teletrabajador de inicio o término al derecho de desconexión, pues ello implicaría una transgresión a un requisito esencial de este tipo de contratos eximidos de jornada, que es la no supervisión ni control de su jornada laboral. Bajo esta interpretación, concluimos que pese a estar considerada esta materia en nuestra legislación interna, lo cual constituye un avance, aún existe un vacío legal en cuanto a la manera en que el empleador pueda dar correcto cumplimiento al tiempo y derecho de desconexión. Así también, resulta preocupante que, en esta materia, el órgano fiscalizador, representado por la Dirección del Trabajo, no haya

³⁰ Dictamen N° 1162/24. Julio 2022. Dirección del Trabajo.

sido dotado de herramientas legales que le permitan verificar el cumplimiento de la legislación en ese ámbito.

7.2.4 Desventaja: Una ley de trabajo a distancia y teletrabajo con perspectiva de género

En la actualidad, el concepto de perspectiva de género no ha estado ausente en los diversos escenarios políticos y sociales en nuestro país, e incluso se han extendido sus fundamentos en el poder judicial, específicamente, en los tribunales de justicia al momento de conocer y juzgar casos que las partes han puesto en su conocimiento. Antes de explicar cómo se ha instaurado este concepto, en razón de las implicancias del trabajo a distancia y teletrabajo en tiempos de pandemia, es menester que señalemos qué se entiende por enfoque de género al momento de legislar :

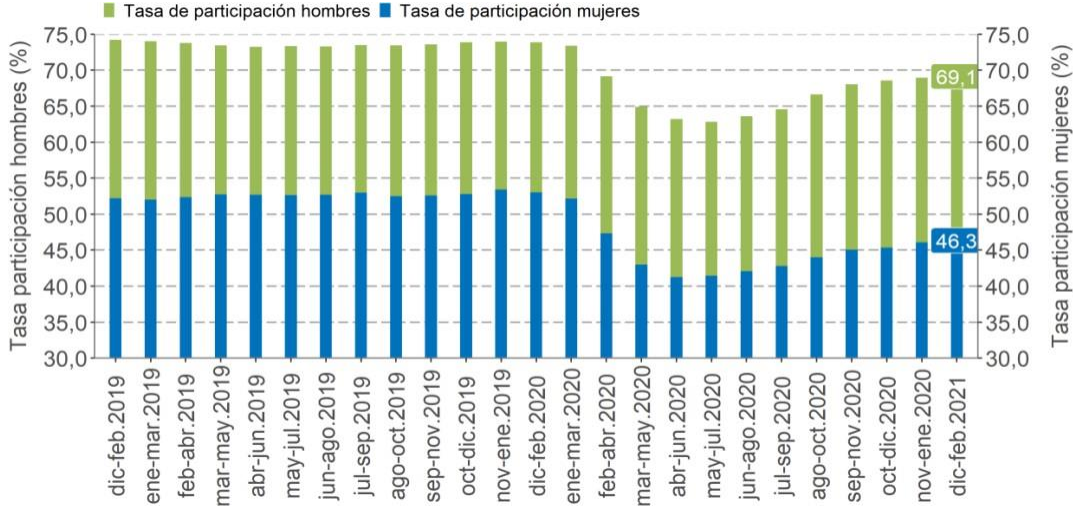
“Una legislación con enfoque de género es aquella que comprende las normas no escritas que la cultura impone al funcionamiento de la sociedad en tanto sistema normativo no formal y los roles que se asignan a cada uno de los sexos que la componen”³¹

Lo que busca, entonces, es una modificación de la realidad permitiendo una igualdad entre hombres y mujeres, siendo su objetivo principal otorgar una proporción en el acceso de los recursos, eliminando así las brechas y/ o barreras que, por tanto tiempo, han impedido el acceso al mundo laboral por parte de las mujeres.

En esta misma línea y a modo de ejemplo, para visualizar la realidad imperante antes y durante la pandemia, en el presente gráfico es posible verificar que a partir del año 2019 hasta febrero del año 2020 la participación femenina en el mundo laboral se venía posicionando favorablemente, no obstante, al comienzo de la pandemia y con la declaración del Estado de excepción Constitucional, es posible verificar que decae la participación de este segmento de la población, llegando a su nivel más bajo en el intervalo de los meses de abril a julio del año

³¹, CIFUENTES, P y GUERRA P. 2021. Transversalización del enfoque de género en la legislación. [en línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30359/1/BCN_Transversalizacio_n_de_ge_nero_en_la_legislacio_n_Final.pdf [consulta: 22 de agosto de 2022]

2020, situación que coincide con la realidad imperante a nivel mundial. Es decir, contábamos con términos de la relación laboral bajo la causal de caso fortuito o fuerza mayor, con establecimientos educacionales cerrados, al igual que las guarderías y establecimientos pre-escolares, además de una incertidumbre acerca de los avances de la pandemia y la imposibilidad de contar con trabajo presencial que diera continuidad a la productividad, ya que esta última modalidad era la única conocida socialmente.



Pues claro, el desconocimiento del trabajo remoto y la falta de adaptación de medidas por parte de los empleadores con la finalidad de dar continuidad a la relación laboral y la restricciones impuestas por la pandemia, fueron algunos de los factores que incidieron a una salida del mercado de trabajo por parte de mujeres y un freno para aquellas que tenían expectativas de insertarse en el mundo laboral.

En el caso de los hombres existió un descenso no tan pronunciado en la tasa de participación en el mundo laboral, llegando a su punto más bajo en los meses de mayo a julio del año 2020, en el que nuestro país registró insuficientes medidas para abatir los despidos masivos y tratar de mantener la relación laboral a través de la implementación de la ley de protección al empleo de fecha 06 de abril del año 2020, que en la actualidad ya no se encuentra vigente.

Pues claro, además debemos mencionar que la creación de la ley N.º 21.220 abordó las problemáticas de la tasa de participación en el mundo laboral con una perspectiva de género. Como expusimos anteriormente, el espíritu de la ley era permitir que mujeres, personas con discapacidad, personas mayores, entre otros, pudieran acceder a un trabajo formal vía remoto, el cual les permitía complementar las labores de cuidado y eliminar los tiempos de traslado hasta la empresa. Sin embargo, la ley fue pensada para tiempos de normalidad y no ante un estado de excepción constitucional, por lo que, si abarcamos la perspectiva de género en el TDyTT en tiempos de pandemia, es claro que la ley fue insuficiente y no fue capaz de resguardar los derechos de las mujeres frente a este escenario excepcional. La ley tampoco consideró que este grupo de la población tuvo que teletrabajar, efectuar labores de cuidado hacia sus hijos o un tercero, cumplir con el rol histórico que se le ha asignado de efectuar las tareas domésticas y ello sumado a la falta de capacitación en el uso de las nuevas tecnologías. Hubiese sido interesante, que el mismo legislador mandatará a las empresas a efectuar un catastro de información acerca de las necesidades de sus teletrabajadores/as divididas por género y buscar soluciones ante posibles riesgos (rol preventivo) como también que el Estado dictara políticas públicas en vías de aminorar las problemáticas que pueden suscitar. Así la Organización Internacional del Trabajo (OIT) instruyó a los países acerca de qué áreas el empleador debe enfocarse al momento de implementar esta modalidad, destacando las siguientes:

- i.- Recopilación de datos para comprender los factores que afecten a hombres y mujeres con la finalidad de incorporar una política de sensibilización hacia los directivos o empleadores, así conseguir que diseñen planes que tengan una respuesta para enfrentar los diversos escenarios en que se pueden encontrar.
- ii.- Ser empáticos en casos que existan trabajadores que, además de teletrabajar tengan obligaciones de asistencia, pues esto último conseguirá que la solución de parte de ellos no sea una reducción de jornada o derechamente renunciar a su empleo.

iii.- Que, además es necesario crear protocolos o arribar a métodos de alerta para otorgar apoyo y asistencia a las posibles víctimas de violencia doméstica, ya que para muchas supervivientes, el trabajo proporciona un alivio con respecto a la imprevisibilidad del abuso, y puede haber un peligro más inmediato dentro del hogar que fuera de él³²

Esta dimensión de género del teletrabajo durante la pandemia por COVID 19 y las recomendaciones de la OIT hubiesen sido fuente primordial para legislar acerca de esta modalidad, teniendo en cuenta el nivel de segregación y riesgos que sufren las mujeres en el mundo del trabajo.

Tomando en cuenta las falencias antes mencionadas, en noviembre del año 2021 y 2022 tuvieron lugar la publicación de dos leyes que vinieron a complementar las disposiciones entorno al TDyTT ya conocido. En parte, se hicieron cargo de las problemáticas indicadas de la siguiente manera:

1.- La Ley N° 21.391 del 24 de noviembre del año 2021 abordó la modalidad de TDyTT para el cuidado de niños o niñas y personas con discapacidad en los casos en que la autoridad declare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa. Conforme a ello, al empleador no se le concedió una facultad, sino una obligación de ofrecer al trabajador /a acceder a esta modalidad, en caso que se encuentre al cuidado personal de al menos un niño o niña en etapa preescolar. Además, ante el escenario que ambos padres detenten el cuidado personal, será la madre la encargada de determinar quién hará uso de este derecho.

Igual medida concurrió en caso del cierre de establecimientos educacionales de enseñanza básica debido a las situaciones descritas en el párrafo anterior, por lo que el trabajador /a también podrá acceder a esta modalidad si acredita mediante declaración jurada tener el cuidado personal de un niño o niña menor de 12 años,

³² OIT. 2020. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella [en línea] < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms_758007.pdf > [consulta:30 de agosto de 2022]

siempre y cuando el TDyTT sea compatible con las funciones que efectúa al interior de la empresa. Cabe destacar, que el ejercicio de esta modalidad no significará en ningún caso la disminución de la remuneración.

La ley en comento, también se hizo cargo de una de las mayores desventajas que trajo consigo la dictación de la Ley N°21.220 en tiempos de pandemia, y que afectaba directamente a trabajadores que además de cumplir con las cláusulas establecidas en su contrato de trabajo, debían ejercer labores de cuidado a personas con discapacidad. Para ello, y conforme a la ley señalada, en casos que la autoridad declare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, quienes se encuentren en dicha circunstancia podrán acceder a la modalidad de TDyTT, por lo que se requiere que el trabajador, sobre quien pesa la carga de prueba, acredite la circunstancia de encontrarse al cuidado de una persona con discapacidad.

2.- Otro avance en esta materia, ha sido la publicación de la Ley N° 21.498, de 2022, la que extiende la modalidad de TDyTT a las trabajadoras que se encuentren en períodos de embarazo, en el evento de la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria, con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, se encuentren en su periodo de embarazo. El empleador, en este caso, deberá ofrecer esta modalidad a las trabajadoras siempre que sea compatible con sus funciones y se extenderá por todo el tiempo que dure la circunstancia decretada por la autoridad. No obstante, puede ocurrir que la naturaleza de las funciones de la trabajadora no sea concordante para acceder a esta modalidad, en caso de ser así, el empleador deberá destinar a otras labores que no requieran contacto con el público o con terceros que no desempeñen funciones en el lugar de trabajo, siempre considerando la aceptación de estos términos por parte de la trabajadora.

Ambas leyes, vienen a concretar el espíritu de la Ley 21.220, es decir, permitir que el segmento más segregado de la población; mujeres, personas con discapacidad, trabajadores que se encuentren efectuando labores de cuidado a terceros puedan acceder a una modalidad de trabajo distinta de la presencial y así

permitir compatibilizar ambas actividades. Sin embargo, creemos que son insuficiente estas recientes modificaciones, ya que no extiende sus efectos a los trabajadores en general, sino que sólo limita a un grupo reducido de personas que reúnan las condiciones antes previstas. Dado lo anterior, es que cabe preguntarse ¿Qué ocurre con aquellos trabajadores que, ante un estado de excepción constitucional de catástrofe o calamidad pública, alerta sanitaria y cuyas funciones son compatibles con la modalidad de TDyTT, no le es posible acceder debido a la negativa de su empleador? En la actualidad, estarían obligadas a concurrir presencialmente a cumplir sus labores, por lo que sería un gran avance que el legislador considere estas observaciones para futuras modificaciones en nuestra legislación y así cumplir un rol preventivo ante posibles escenarios como el que ocasionó la pandemia por COVID-19 en el mundo del trabajo.

8 CONCLUSIONES

Según los antecedentes previamente analizados, es posible concluir que la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo tuvo una larga tarea y trayectoria para consagrarse de manera definitiva en nuestra legislación nacional. Pese a que nuestro Código del Trabajo, que data del año 1931, hacía referencia al trabajo a domicilio (en la actualidad, trabajo a distancia) como una forma en que trabajadores podrían desempeñar sus funciones de una forma distinta a la tradicional, las controversias prontamente se hicieron notar, puesto que el mismo cuerpo legal atribuía el carácter de laboral tanto al trabajo manual a domicilio por cuenta propia como también por cuenta ajena, lo cual para muchos significaba una similitud de condiciones que no coincidía con los elementos de un vínculo laboral. Ante las diversas dudas y aprehensiones, posteriormente la disyuntiva fue zanjada mediante el Decreto N° 273 del año 1946 en que sólo contempló la extensión de las disposiciones del Código del Trabajo a aquellos casos en que se efectuaba un trabajo a domicilio por cuenta ajena. Con el transcurso del tiempo y no conforme con la poca o nula protección que el cuerpo legal le otorgaba en ese entonces a los trabajadores a domicilios por cuenta ajena, estos no estaban sujetos al salario

mínimo, las cotizaciones previsionales eran exclusivamente de cargo del trabajador a distancia y además no contaban con ninguna forma de indemnización una vez terminada la relación laboral, por lo que fue difícil para la época instaurar esta modalidad, ya que tanto el legislador como la sociedad no reconocían de manera definitiva que se trataba de un vínculo laboral.

Tal como lo reiteramos constantemente al momento de desarrollar este tema, Chile y su regulación del TDyTT fue tardía en comparación con otros países, más bien se trató de una medida tardía y desesperada por frenar las consecuencias económicas que la pandemia y posterior Estado de Excepción constitucional trajo consigo. Dentro de una síntesis del derecho comparado, ya en Sudamérica contábamos con Colombia como uno de los países pioneros en esta materia, en razón de que su legislación ya había sido adaptada en base de esta forma no tradicional de trabajo hace más de 11 años (2008) cuando no era tan recurrente entre los trabajadores y empleadores hablar de una forma de producción distinta a la presencial. No conforme con plasmar estos avances también pensaron que era necesario una política pública destinada a promocionar la adopción del TDyTT mediante la creación de la “Red Nacional de Fomento Productivo”. Mantenemos que esta medida fue beneficiosa para Colombia debido a la combinación de dos factores relevantes a la hora de legislar y posicionar una nueva forma de trabajo, es decir, el componente jurídico acompañado de medidas por parte del Estado que permitan que los intervinientes en una relación laboral puedan conocer las ventajas y beneficios que trae consigo el cambio de modalidad, siempre sujeto a un acompañamiento durante el período de adaptabilidad. En Chile no han surgido políticas públicas pensadas en el TDyTT en tiempos de normalidad, como bien pudimos analizar, sólo se han generado modificaciones legislativas cuyo único objetivo es dar protección a ciertas personas sólo cuando se activen estas circunstancias excepcionales, tales como; declaración de alerta sanitaria, calamidad pública o Estado de excepción constitucional, lo cual restringe el acceso a sólo un determinado grupo de la población laboralmente activa. Creemos que es necesario que los siguientes avances en la materia, además de considerar medidas emanadas por el poder ejecutivo también se pueda pensar en un TDyTT de emergencia que,

ante situaciones como una pandemia por COVID-19 y frente a la compatibilidad de las funciones del trabajador, las partes estén obligadas a optar por un trabajo no presencial. En la misma línea y con la finalidad de dar cumplimiento al espíritu de la ley en comento, también se podría contemplar circunstancias personales que puede estar sobrellevando el trabajador /a que puedan dar paso a optar por el TDyTT como ocurre con Portugal, en quien frente a labores de cuidado hacia hijos menores de 3 años o en razón de la violencia doméstica que pueda suscitar, el empleador deberá necesariamente acceder a otorgar esta modalidad.

La voluntariedad, al ser un requisito y principio en el TDyTT, se evidenció que a dos años de su consagración en nuestra legislación, en su inicio se prescindió de ella, puesto que sólo se impuso como medida para salvaguardar los puestos de trabajo ante un escenario mundial complejo y mantener la economía del país, pero en la práctica en ningún caso existió un acuerdo entre las partes para determinar las condiciones laborales imperantes, por lo que el trabajador no tuvo mayor alternativa que acceder a ella, así se pudo apreciar tanto en la jurisprudencia judicial como administrativa que se analizó.

A más de dos años desde la promulgación de la Ley N° 21.220 , creemos que no se ha cumplido con el objetivo y espíritu que se tuvo en cuenta a la hora de legislar, es decir, la incorporación de un segmento de la población que por décadas había sido excluida del mundo laboral y el objetivo de compatibilizar tiempo de trabajo con vida familiar/personal. Sin embargo, nos parece prematuro dar una opinión tajante al respecto, ya que no es posible visualizar si esta modalidad es beneficiosa o impacta de forma negativa en los trabajadores, ya que fue pensado para tener resultados en un periodo de normalidad y no ante un escenario excepcional, por lo que tendríamos que esperar al término de la alerta sanitaria para saber con exactitud cuáles han sido el porcentaje de empresas que se han adaptado a la no presencialidad y cuáles son aquellas que derechamente prefieren la presencialidad o la dualidad como también las complicaciones que han tenido en su implementación.

Sin duda, creemos que para el Gobierno de turno se vienen desafíos claves en lo que respecta al TDyTT, comenzando por buscar métodos de fiscalización a la

ley en razón del respeto por parte de los empleadores al tiempo y derecho de desconexión; la inclusión de la perspectiva de género en las modificaciones sobrevinientes que permitan una real compatibilidad de tiempos para aquellas trabajadoras que, además de sustentar económicamente sus hogares deben ejercer simultáneamente labores de cuidado; la consagración de una modalidad de TDyTT de emergencia que permita que ante situaciones excepcionales que enfrente el país o la empresa en cuestión, podamos dar continuidad a la producción y al resguardo del vínculo laboral, la elaboración de políticas públicas de promoción y educación hacia las empresas entorno a este tema.

En el presente trabajo investigativo concluimos que sería interesante tener una visión más amplia de la puesta en acción del Trabajo a Distancia y Teletrabajo en nuestro país, por ello, sería de gran ayuda que una vez finalizada la alerta sanitaria las empresas accedieran a implementar esta modalidad combinado con trabajo presencial, para que sean estos quienes efectúen un catastro empírico de cuáles son las problemáticas y beneficios que adquieren sus trabajadores con esta modalidad, para que ante posibles cambios normativos también sean escuchadas sus experiencias mediante una mesa de diálogo social. No olvidar que en el término medio está la virtud y la dualidad de formas de trabajo, es un precedente necesario para cambios definitivos.

9 BIBLIOGRAFÍA

9.1 Fuentes doctrinales

- ALVAREZ, P. 2018. Teletrabajo en la experiencia extranjera: Los casos de Argentina, Brasil, Bélgica, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia y Portugal. [en línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25913/2/PA_Teletrabajo_2018.pdf [consulta: 29 de julio de 2022]
- CAAMAÑO ROJO, E. 2010. El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2° Semestre. pp. 79-105.
- CÁCERES VILLEGAS, A. 2020. Estudio Comparado del Teletrabajo en España. [en línea] <[http://www.derechohuelva.com/images/TFG_DEFINITIVO ANA_ISABEL_CÁCERES_VILLEGAS.pdf](http://www.derechohuelva.com/images/TFG_DEFINITIVO_ANA_ISABEL_CÁCERES_VILLEGAS.pdf)> p. 40. [consulta: 25 de junio de 2022]
- CAL, L. 2013. Experiencia de Teletrabajo en Europa y el punto de vista de los actores. [en línea] <http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/articulo_cal_tt.pdf> p. 6. [consulta: 13 de julio de 2022]
- CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA. 2021. En contexto: El teletrabajo, aproximaciones para su estudio y regulación. [en línea] México.

- https://docs64.congresoaxaca.gob.mx/centrosestudios/CESOP/investigacion/EN_CONTEXTO_TELETRABAJO.pdf. p. 20 [consulta: 10 de junio de 2022]
- CIFUENTES, P y GUERRA P. 2021. Transversalización del enfoque de género en la legislación. [en línea] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30359/1/B_CN_Transversalizacio_n_de_ge_nero_en_la_legislacio_n_Final.pdf [consulta: 22 de agosto de 2022]
 - CUT, FETRACALL Y OIT. 2021. Estudio: La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020". [en línea] Santiago, Chile. <https://interferencia.cl/sites/default/files/estudio.pdf> p. ¿? [consulta: 20 de mayo de 2022]
 - DEPARTAMENTO DE EMPLEO, DIVERSIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL. 2020. El teletrabajo. [en línea] <https://intranet.tecniberia.es/wp-content/uploads/archivos_intranet/Documentación/TELETRABAJO%20DOC%20DPTO%20EMPLEO%20CEOE%20VD.pdf?boxtype=pdf&g=false&s=false&s2=false&r=wide> p.11 [consulta: 1 de julio de 2022]
 - DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2020. Registro de cartas de aviso de término de contrato y trabajadores involucrados con un único empleador. Informe Mensual marzo. [en línea] Santiago, Chile. <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-118517_archivo_01.pdf> p.3 [consulta: 10 de junio de 2022.

- HENRÍQUEZ, H; RIQUELME, V; GÁLVEZ, T; SELAMÉ, T; 1998.El trabajo a domicilio en Chile, un tema antiguo y actual: Resultado de una medición nacional. Organización Internacional Del Trabajo. Ginebra, [En línea]< https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_123593.pdf > [Consulta 11 de marzo 2022]
- LIBERTAD Y DESARROLLO, MUJERES EN CHILE Y EL MUNDO. 2020. El teletrabajo. [en línea] < <https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/03/tp-1438-mujer.pdf>> [consulta: 20 de junio de 2022]
- LIZAMA PORTAL, Luis; LIZAMA CASTRO, Diego, 2020. El Derecho del Trabajo en las nuevas tecnologías. Santiago. Ediciones DER. P.89
- MACHIAVELLI, F. 2020. El teletrabajo en Europa. El caso de Francia: definiciones y desafíos. Cuadernos del INAP 46. p. 46
- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES DE COLOMBIA. 2018. [en línea] <<https://teletrabajo.gov.co/622/w3-article-75998.html>> [consulta: 13 de julio de 2022]
- OIT. 2019. Personas fuera de la Fuerza Laboral ¿Qué tan inactivos son en realidad? [en línea] <<https://ilostat.ilo.org/es/persons-outside-the-labour-force-how-inactive-are-they-really>> [consulta:30 de agosto de 2022]
- OIT. 2020. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella [en línea] < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms_758007.pdf > [consulta:30 de agosto de 2022]

- WALKER ERRÁZURIZ, F. 2003. Derecho de las relaciones laborales. Santiago. Editorial Universitaria, p. 278

9.2 Jurisprudencia judicial y administrativa

- Dictamen N° 1162/24. Julio 2022. Dirección del Trabajo.
- Sentencia de fecha 01 de julio del 2021 . Rol: 83-21. Itma Corte de Apelaciones de Iquique.
- Sentencia de fecha 17 de mayo de 2021. Rol:I- 4-2021. Juzgado de Letras del Trabajo de Calama
- Superintendencia de Seguridad Social. Circular N° 3370 de fecha 10 de agosto de 2018.

-

9.3 Fuentes Legislativas

- Código del Trabajo de Chile
- Ley N°. 20.744 de la República de Argentina
- Mensaje Presidencial con el que inicia un proyecto de ley que modifica el código del trabajo.2000. [En línea]< <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6023>> [Consulta 11 de marzo 2022]
- Mensaje Presidencial con el que se inicia un proyecto de ley que modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia.2018[En línea]<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7735/>>[Consulta 11 de marzo 2022]
- Resolución Ministerial N.º 055-2020 de 06 de marzo del 2020. Ministerio del Trabajo y promoción del Empleo de Perú.

