



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

—
EL TELETRABAJO, SU NATURALEZA JURÍDICA,
PRINCIPIOS Y REGULACIÓN.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

JORGE ERNESTO ROJAS ESPINOZA.

Profesor Guía: SR. RICARDO JURI SABAG

—
SANTIAGO, CHILE

ABRIL DE 2019

A Grace a pesar de todo;

A mi hijo Jorge, para que nunca se rinda.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.	-----5.
RESUMEN.	-----14.
CAPITULO 1. Delimitación de conceptos fundamentales.	----21.
1. El concepto de naturaleza jurídica.	-----23.
1.1. Los conceptos de esencia y naturaleza.	-----23.
1.2. El concepto de institución como base para delimitar el concepto de naturaleza jurídica.	-----36.
2. El concepto de principio.	-----41.
3. Los principios generales del Derecho.	-----45.
4. Los principios del Derecho del Trabajo.	-----52.
5. La actual revalorización de los principios generales del Derecho.	-----54.
CAPITULO 2. Evolución de la relación de subordinación en el trabajo.	-----58.
1.- Desarrollo histórico.	-----58.
2.- Conceptualización actual.	-----73.
CAPÍTULO 3: El Teletrabajo.	-----77.
1. -Concepto y Definición.	-----77.

1.1.-Teletrabajo y trabajo a domicilio.	81.
1.2.-Las Tic como elemento esencial del teletrabajo.	88.
2. -Conexión trabajador/ empleador.	90.
2.1.- Subordinación y teledependencia.	92.
2.2.-Herramientas de trabajo y su propiedad como factor de subordinación.	93.
3. -Modalidades de teletrabajo.	99.
3.1.-Teletrabajo on line.	101.
3.2.-Teletrabajo oneway line.	103.
3.3.- Teletrabajo off line.	104.

CAPÍTULO 4. Los derechos laborales fundamentales y su protección en el Teletrabajo.-----108.

1. La huelga.	111.
2. El derecho de sindicalización.	114.
3. El trabajo infantil.	122.
4. Discriminación laboral.	123.
5. Eliminación del trabajo forzoso.	126.

CAPÍTULO 5. Los principios del Derecho del Trabajo aplicados al teletrabajo-----129.

1. Principios propios del Derecho Laboral.-----	131.
1.1.- Principio de protección o protectorio.-----	131.
1.2.- La norma más favorable al trabajador.-----	133.
1.3.- Principio de la condición más beneficiosa.-----	134.
1.4.- Irrenunciabilidad de los derechos laborales.-----	135.
2. Principios generales adaptados al Derecho del Trabajo.	
139.	
2.1.-Igualdad de trato y prohibición de discriminación.	139.
2.2.- Primacía de la realidad.-----	141.
2.3.- El Principio de la Buena Fe.-----	143.
2.4.-Equidad.-----	143.
CAPÍTULO 6: Protección de derechos laborales y derechos	
privados en el Teletrabajo.-----	148.
1. Jornada laboral.-----	148.
2. Uso de medios electrónicos.-----	150.
3. Seguridad e higiene.-----	151.
4. Riesgos de trabajo.-----	151.
5. Manejo de información confidencial.-----	152.
6. La propiedad intelectual.-----	152.

CAPÍTULO 7. Conceptualización del Teletrabajo en el derecho comparado.	-----156.
1. Europa.	-----156.
2. España.	-----159.
3. Perú.	-----159.
4. Argentina.	-----160.
CONCLUSIÓN.	-----163.

INTRODUCCIÓN

La ampliación de los mercados, la consolidación, la complejidad y especialización de esa forma de ser humana que llamamos ciencia; y la extensión y aceleración de la comunicación derivada del desarrollo de los medios tecnológicos nacidos de la aplicación práctica de teorías científicas, apuntan a hacer del mundo humano una sola aldea, un nuevo escenario histórico mundial facilitado por la aplicación de las telecomunicaciones a nivel global. El desarrollo, la posibilidad de multiplicar hasta lo infinito los actos comunicacionales consolidaron una nueva consciencia colectiva, que opera en un mundo cibernético. *Un mundo virtual, pero cuyos efectos se perciben en el mundo real.*

La posibilidad cierta y cotidiana de vivir en comunicación con otros sujetos, en cualquier momento cualquiera sea el lugar en que se encuentren, ha hecho que las fronteras espaciales no tengan sentido. Las relaciones intersubjetivas, que siempre son actos de comunicación, -lo son todos los hechos sociales- que antaño tenían los

límites espacio temporales clásicos y absolutos, han sido relativizados y tienden a difuminarse; y en el ámbito de las acciones comunicacionales ejecutadas en el planeta, casi son inexistentes.

Si concebimos a la sociedad como un sistema cuyos elementos son actos de comunicación, con clausura operativa, que se autoproduce a sí misma, generando sus propios *output* (sistema *autopoiético*)¹, y cuyas operaciones realizan cambios en su estructura interna, estructura que, a la vez, condiciona los tipos de operaciones del sistema, operaciones que consisten en actos reflexivos, de diferenciación sistema/entorno, y no perdemos de vista que las operaciones del sistema-los hechos sociales- consisten solo en actos de comunicación, y, además, visualizamos al Derecho (el ordenamiento jurídico) como un subsistema

¹Los conceptos de *autopoiésis*, y la concepción de la Sociedad como un sistema cerrado-con clausura operativa- compuesto sólo por comunicaciones, están tomados de la teoría social de Niklas Luhmann expuesta en *Soziale Systeme* (1984) y *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), la que conocí en las clases de la asignatura *Teoría Social* dictadas por el profesor Aldo Mascareño en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile en 2004. El término y concepto de *autopoiésis* Luhmann lo adoptó para su teoría social de sistemas, del concepto acuñado por Humberto Maturana y Francisco Varela en los trabajos de investigación acerca de los sistemas biológicos en *Autopoiesis: the realization of the living* (1980). La teoría de sistemas con clausura operativa no concibe al Derecho como un sistema compuesto de normas jurídicas. El sistema Derecho es un sistema social cuya estructura la componen comunicaciones. La norma jurídica sólo importa como acto de comunicación. Demandas, querellas, procesos judiciales, sentencias, etc., sólo adquieren actualidad en la comunicación. El Derecho Laboral aplicable será uno propio de este sistema social. También lo será el Derecho Penal, Civil, Administrativo, Económico, etc.

social, cuya estructura es un plexo de actos comunicacionales de significación jurídica, sistema que tiene por entorno al infinito conjunto de hechos sociales-actos de comunicación- de significación no jurídica. Este mismo subsistema observa en su interior la diferenciación de otros subsistemas, compuestos por los actos comunicacionales cuya significación es la de sistemas parciales al interior del sistema más amplio que llamamos Derecho. Entre estos identificamos un subsistema cuya estructura son las relaciones laborales.

Las relaciones laborales son siempre actos de comunicación con significación jurídica específica. Bajo esta premisa no hay relación laboral no jurídica.

El estadio histórico en el que se concretizan las relaciones laborales, como las conocemos, es aquel en el cual se desarrolla y madura el modo de producción económico industrial. La industria utiliza la mano de obra asalariada bajo una forma de relación social que colocaba al obrero asalariado bajo un régimen de dependencia y subordinación respecto de su patrón industrial. La característica principal de este esencial rasgo de la relación laboral, era la presencia del trabajador en el centro de

producción, junto a los demás obreros bajo dependencia directa del empleador, o quiénes le representaran, en las dependencias de la empresa en que la actividad productiva se desarrollaba. El fuerte desarrollo de la tecnología de las comunicaciones, y otros factores convergentes, llevaron a la aparición de una nueva forma de relación laboral que prescinde de la presencia del trabajador en los centros de trabajo, pudiendo efectuar sus tareas desde su hogar o cualquiera otra parte alejada de estos. Esta nueva forma de relación laboral ha sido denominada teletrabajo, entre varias otras denominaciones análogas.

En la gestación del teletrabajo como figura laboral peculiar inciden factores históricos como la complejización de la sociedad, la tendencia globalizadora de la actividad económica, la necesidad de flexibilización de esta actividad estimulada por los ciclos económicos depresivos, y el refinado desarrollo de las tecnologías comunicacionales e informáticas.

Las relaciones sociales que denominamos laborales son el fundamento del sistema económico. La sociedad es un sistema esencialmente histórico y sus relaciones lo son. El Derecho del trabajo, así como aún lo conocemos, todavía, es

un producto de una determinada fase histórica de la economía: la producción industrial, con todos los propios elementos estructurales y conceptuales: empleador industrial, trabajador dependiente y subordinado. Es posible que el teletrabajo sea la incipiente manifestación de una forma de producción económica diferente y post industrial, que reclame una parcela diferente o especial del Derecho laboral, regulada por un conjunto de normas jurídicas que se basen en, u originen, principios nuevos. "Estamos viviendo en la denominada sociedad de la información. Lo que hace algunos años no era más que un proyecto, se ha transformado hoy en una realidad que influye en todas las áreas de las Ciencias Sociales. Para el Derecho, esto se transforma en un desafío, porque en la actualidad se debe aplicar y evaluar un ordenamiento jurídico concebido y desarrollado en un contexto histórico y social totalmente diferente."²

Si adoptamos como opción teórica el concepto de sociedad como sistema estructurado por un complejo plexo de acciones comunicativas, resulta lógico resaltar la dinamización multiplicadora de las operaciones internas del

²Juri, Ricardo,(2006), *El teletrabajo. La nueva forma de trabajo*, LexisNexis, p.5

sistema social impulsada por las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones). A través de la web las relaciones sociales clásicas, presenciales, han sido duplicadas en relaciones sociales virtuales- no presenciales.

Las TIC son factor fundamental en la duplicación del sistema social. Se hablaba, hace unos años, con frecuencia, en términos no sistémicos, de la "brecha digital", y se hacía hincapié a una relación de desigualdad al interior de la sociedad, ya que una parte de ésta en desventaja económica, social y cultural queda al margen del acceso a las nuevas tecnologías de la comunicación. La preocupación, muy legítima, apuntaba a que una parte de la población por su falta de alfabetización digital, podría quedar desplazada del sistema social, por sus desventajas de formación, es decir una separación entre "aquellas personas que están alfabetizados (sic) digitalmente y que...han podido comprender y utilizar las nuevas tecnologías

de la información y comunicación y aquellas personas que no están alfabetizados..."³

Esta duplicación no es otra cosa que la mutación surgida, dentro de la complejísima trama de acciones comunicacionales que componen la estructura del *sistema sociedad*, de un nuevo tejido estructural compuesto por unidades operativas comunicacionales, que obvian la ubicación espacial de los comunicantes. Se habla de mundo digital o virtual. Al ser parte este entramado del *sistema social global*, contiene en su interior el conjunto de operaciones o actos de comunicación que componen o estructuran a los *subsistemas sociales* contenidos en el sistema global. Pero se estructura como sistema social *autopoiético*. Al estructurarse la específica forma de sociedad humana que se concretiza a través de la web, su diferenciación *sistema/entorno* adviene como diferenciación *virtual/no virtual*. Lo *no virtual* es el entorno de este sistema. El *sistema virtual* opera en un espacio y un tiempo propios. De aquí que toda acción comunicativa que opere al interior de este sistema contiene una semántica propia de

³ Labra, Marcela, & González, Mauro, (2007), *Teletrabajo en Chile, una oportunidad para el bicentenario*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile. P.61

éste. Al ser una duplicación del *sistema social real* este sistema contiene los subsistemas del sistema *real*. Relaciones propias, como acciones comunicacionales virtuales, del sistema *globalreal* se dan, duplicadas, al interior del *sistemavirtual*: acciones comunicacionales económicas, laborales, jurídicas, etc. La relación laboral operada dentro de este sistema deberá estar regulada por normas apropiadas a la semántica del sistema. No olvidamos que, a fin de cuentas, lo que las normas regulan son conductas humanas. Y no debe olvidarse que las conductas humanas (de las personas), son actos sociales, y los actos sociales son actos de comunicación. Las normas jurídicas aplicables a las relaciones entre personas establecidas a través de los TICs, serán normas que deban ajustarse a los actos comunicacionales del sistema virtual.

Desde el prisma solo de la economía, el Teletrabajo es una consecuencia de los periódicos ciclos económicos, la necesidad de reducir costos, que alentaron la idea de flexibilización en la relación laboral respecto de la duración de la jornada laboral, y la combinación de dos factores contemporáneos: el desarrollo acelerado y extenso de la simbiosis entre la informática y las

telecomunicaciones, y el campo tecnológico especial, consecuencia del mismo, denominado telemática.

Dentro de la concepción neoliberal el trabajo se concibe como una labor cuya eficiencia baja los costos y debe generar la máxima productividad. Para ello debe existir flexibilidad laboral en términos de turnos, salarios, contrataciones, y despidos.

Hay quien ve con pesimismo este tipo de fenómeno social, y ve en la flexibilidad laboral sólo un pretexto para reducir los derechos de los trabajadores, los que ante la imposibilidad de emplearse en mejores condiciones, aceptan agradecidos esta tendencia, lo que ha enfatizado la precarización del empleo, incrementando el ingreso en la economía informal de trabajadores que ya no caben en las nuevas condiciones laborales. Miran con temor el desplazamiento de los trabajadores humanos que son reemplazados por la tecnología y vienen en vaticinar, con algo de pavor, "el fin del trabajo"⁴

⁴ Sánchez Martínez, Rebeca, *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, en Retos II (4): 2012. Publicada por Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador, p.144. recuperada de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajoComoTendenciaDelMercadoLaboral-5966986.pdf>

RESUMEN

Este trabajo pretende indagar la nueva forma de relación laboral que se da en el teletrabajo planteando la tesis que esta nueva modalidad laboral, propia de la era de la informática, requiere de una normativa especial para ser mantenida bajo la protección de la legislación del trabajo, ya que su naturaleza jurídica la inclina a quedar en una zona intermedia entre la prestación de servicios independiente y el trabajo subordinado.

Esta modalidad surgió en la década de los 70 del siglo XX en los EEUU como una forma de aminorar costos y mantener o aumentar la producción en época de desaceleración económica. Se habló así de un nuevo concepto acuñado especialmente para esto: flexibilidad. Aunque en un principio se creyó que esta modalidad se extendería con rapidez, porque está directamente asociada al progreso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en la realidad no ha tenido el impacto esperado. Sin embargo

obsta lo dicho que, posiblemente, sí tenga gran incidencia en la organización económica y productiva en el futuro.

Esta memoria sostiene y trata de demostrar, la tesis de que esta modalidad de trabajo supera los márgenes conceptuales que el derecho del trabajo clásico mantiene. Porque así como en su tiempo se pudo identificar una nueva clase de derechos colectivos dentro del derecho del trabajo, cuyas normas se dieron en reconocer intermedias entre el orden público y el orden privado, el teletrabajo es una forma de prestación laboral que opera a través del mundo virtual de la web, donde se producen relaciones sociales muy diferentes a las del *mundo real-presencial*. En este sentido el potencial desarrollo del teletrabajo como modalidad de trabajo, dará origen a relaciones de producción económica que quedarán reguladas por normas informadas por principios diferentes de los que actualmente reconocemos en el derecho laboral.

Al ser el derecho del trabajo un sistema surgido y formado de las relaciones de producción propias de la Era Industrial que surgen en el siglo XVIII y se consolidan en el siglo XIX, las nociones de dependencia, subordinación, principio de protección son elementos propios de la forma

de producción industrial. El advenimiento de la Informática origina otra forma de relaciones sociales entre las personas que vaporizan las relaciones presenciales y las reemplazan por relaciones en un "mundo virtual". En este mundo se replican las relaciones humanas de amistad, comerciales, jurídicas, etc. Sostenemos que el teletrabajo al ser potencialmente una relación no presencial, debilita o, mejor, desvirtúa la relación de dependencia y subordinación entre empleador y trabajador. El teletrabajo así, queda en una zona de suburbios del sistema normativo laboral, manteniéndose dentro por expresa aplicación del *principio de protección* que se hace extensivo a esta nueva forma de trabajo. Indagaremos la naturaleza jurídica de este nuevo instituto, y cómo incidirían en él los principios del Derecho del Trabajo.

En el capítulo 1 hago un relato expositivo del origen de la noción de naturaleza jurídica. Su derivación para la doctrina del Derecho desde los conceptos de esencia y naturaleza incubados en el pensamiento griego, el modo en que fue entendido por la escolástica tomista, concluyendo que para los sistemas jurídicos naturaleza es la *ratio essendi*, entendida esta como razón de ser de una

institución, como movimiento con finalidad determinada. *Naturaleza* abriga la idea de entidad originaria, no reducible a otra, y lleva en sí una funcionalidad esencialmente propia.

Se analiza el concepto de principio comentando su origen en la lógica filosófica, su uso conceptual en las ciencias como axioma o verdad evidente e intuitiva, caracterizándolo como proposición normativa que da forma y orientación teleológica a un conjunto de normas, como norma *precedente*; y también como proposición normativa *procedente* de un conjunto de normas, y que se deduce a partir de la funcionalidad de éstas. Se sigue con una exposición acerca de los principios generales del Derecho. El numeral 4 del capítulo hago una revisión conceptual acerca de los principios del Derecho del Trabajo.

En el capítulo 2 trata la conexión entre el empleador y el trabajador y se centra en la revisión y análisis del concepto de subordinación. Se remarca que el concepto es propio de las relaciones laborales de la producción industrial, que fue precedido por formas de relación laborales basadas en la esclavitud (en que predomina una relación de sujeción entre persona y cosa). Los primeros

estertores de la relación, posiblemente estén en las relaciones entre maestro y compañero u oficial de los gremios medievales. Hago una descripción breve de la posible desaparición de esta característica de la relación laboral moderna.

El capítulo 3 analiza el concepto de Teletrabajo, describe las formas de teletrabajo escogiendo principalmente tres formas funcionales a la intención de la tesis de este trabajo, en el sentido de mostrar el debilitamiento y, en algunas modalidades de teletrabajo, la desaparición de la subordinación y dependencia en esta forma de trabajo.

El capítulo 4 visualiza teóricamente el papel de algunos derechos fundamentales propios del derecho laboral en esta nueva modalidad de trabajo. Expone cuatro categorías de estos derechos: a) La libertad de asociación y la libertad sindical; b) Eliminación definitiva de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio; c) Abolición efectiva del trabajo infantil; y d) Eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación. Como nota importante se analiza el derecho de huelga que eventualmente podría ejercer el teletrabajador. Trata el

derecho de sindicalización, sus orígenes, su desarrollo, caracterizándolo como un derecho colectivo, social. Que se define a través de los Convenios de la OIT sobre sindicalización y negociación colectiva. Las dificultades para concretarlo y erigirlo como una herramienta eficaz para igualar contractualmente a trabajadores y empleadores y en ese marco el lugar que posiblemente ocuparía el teletrabajador como un factor productivo en sus diferentes facetas de trabajador independiente a subordinado. Analiza la definición de trabajo infantil y su adecuación a la posibilidad de algunas actividades asalariadas de un menor como teletrabajador. Las formas que podría tomar la discriminación laboral en el teletrabajo. Una exposición acerca de las características del trabajo forzoso y su relación posible con el teletrabajo.

En el capítulo 5 se expone una definición de algunos principios del derecho del trabajo clásicos y su aplicabilidad a una actividad como el teletrabajo en el sentido de informar las normas que pudieren regular esta actividad.

El capítulo 6 muestra la relevancia que la privacidad del teletrabajador adquiere en su modalidad de trabajo. El

cómo se incrementa la vulnerabilidad a su vida privada en esta actividad y la protección conjunta tanto a ésta como a los derechos laborales fundamentales.

Finalmente el capítulo 7 hace una revisión sucinta de la conceptualización que el teletrabajo ha adquirido como actividad laboral en países europeos como: Polonia, Hungría, República Checa, Portugal; Francia, Bélgica y Luxemburgo; Alemania, Dinamarca, España e Italia. Con directrices, orientaciones comunes o directrices, con un cierto papel jugado por los actores sociales: Reino Unido, Países Bajos, Suecia, Finlandia. Se agrega los conceptos que sobre esta modalidad de trabajo se han forjado en España, Perú y Argentina.

CAPÍTULO 1.

Delimitación de conceptos fundamentales

Si vamos a preguntarnos cuál es la naturaleza jurídica del teletrabajo y qué principios darían fundamento y forma a las normas que lo regularán como institución, pensamos que es necesario clarificar, o al menos acercarnos a explicar, los conceptos de naturaleza jurídica y de los principios del derecho.

Al referirnos a un acto de una o más personas, o a un instituto, o institución, atribuyéndole la característica de jurídico, estamos ciertos que estamos mencionando una entidad que pertenece al mundo del Derecho. Pero si nos aprestamos a describir la Naturaleza jurídica de tal entidad, ¿a qué nos estamos refiriendo? ¿Qué queremos decir cuando queremos definir, dentro del mundo del Derecho, la naturaleza de algo? Me propongo hacer un breve acercamiento a la dilucidación de este concepto.

De igual modo con frecuencia, en los estudios de Derecho se nos aparece el concepto de "principio", y se nos

dice que "informan" a las normas jurídicas o a determinadas parcelas del ordenamiento jurídico.

Todos los fenómenos sociales están regulados. Muchas de las reglas sociales, tal vez la mayoría, revisten naturaleza jurídica-en contraposición a las reglas o normas morales y éticas- y terminan siendo positivadas. Cuando un nuevo comportamiento social, excede el ámbito de lo normado por reglas éticas, morales o simplemente sociales, y aparece de tal importancia para la convivencia de la comunidad entera, que urge su regulación positiva por reglas de Derecho, en el debate legislativo se impone la necesidad de definir este comportamiento, tanto en su naturaleza como los principios, que cual axiomas-ya lo veremos-, han de serles aplicados.

Las raíces de los conceptos que utilizamos en occidente en general, provienen del pensamiento griego, y del uso que de ellos hizo la escolástica del medioevo. Rastrearemos en ellos el origen y fundamento del significado que los conceptos que han pasado a ser uso de la doctrina del Derecho. Intentaré demostrar más adelante, que tanto la naturaleza jurídica de la relación laboral que tratamos , el teletrabajo, como los principios que

fundamentan y conforman las normas laborales, se desdibujan y tienden a difuminarse conformando un tipo contractual que se aleja paulatinamente de las normas jurídicas del trabajo, configurando una institución que reclama de normas especiales.

1.-El Concepto de Naturaleza Jurídica.

1.1.- Los conceptos de esencia y naturaleza. Para los griegos antiguos, fue primordial la investigación por el "ser" de las cosas. El por qué las cosas "son". El Filósofo eleático Parménides, sostuvo que el Ser era Uno, eterno e inmóvil. Era inmóvil necesariamente, puesto que la movilidad del Ser presentaría la paradoja que Ser y No-Ser se confundirían en Uno, pues la movilidad implica la secuencia de que *lo que esdeje de ser* para dar paso a *otro es*, y así, sucesivamente.

¿Cómo explicaban, entonces, el ser de las cosas del mundo que manifiestan movimiento, que advienen a ser, se deterioran, corrompen y dejan de ser?

Platón explicó esta paradoja con su doctrina de las Ideas Eternas. Platón sostenía que las cosas del mundo, entre ellas el ser humano, son meras apariencias, y no tienen , en verdad, un ser; sino que cada cosa de este mundo era el reflejo imperfecto de un modelo único para cada cosa, que residía en un mundo trascendente-el mundo de las ideas-, modelo que era eterno, inmóvil, e incorruptible.

Al no ser eternas, la temporalidad afecta a todas las cosas del mundo, materiales e inmateriales, corpóreas e incorpóreas. También a las instituciones, como: familia, Estado, Etc.

Aristóteles rechazó tanto la doctrina del Ser Uno, Eterno e Inmóvil, como la del Ser compuesto de Ideas Eternas. Afirmó que el Ser era Uno y plural a la vez, y que se manifestaba como tal en las cosas concretas. Para Aristóteles, el mundo y las cosas que están en él, son las reales. Las cosas que percibimos y experimentamos son las que tienen ser.

Según el filósofo de Estágira, en las *cosas reales*, temporales y perecederas, es que se debe reconocer, determinar e identificarlo que poseen de inmóvil y eterno.

Aristóteles distinguió tres elementos en las entidades reales: *la substancia, la esencia y el accidente*.

La *substancia* en sentido estricto "es la unidad, que soporta todos los demás caracteres de la cosa."⁵ Es el *sujeto* considerado como *objeto* que soporta todo lo que se dice de él; *todo lo que se predica* de él; *aquello* de lo que se predica todo lo que hay que predicar, es el *substante*.

Ahora bien, la suma de todos los predicados que se pueden referir a un sujeto, es la *esencia*; y esta suma de predicados que es la *esencia*, podemos dividirla en dos grupos:

a) aquellos que no pueden faltar al *sujeto* sin perder su *substancia* o dejar de ser lo que es, y

b) aquellos predicados que convienen también a la *substancia*; pero su carencia no le impiden seguir siendo lo que es.

La *esencia* propiamente hablando es la que corresponde al grupo a) de predicados. El grupo b) de predicados corresponde a aquellos que Aristóteles llamó *accidentes*.

El *Ser*, también, se manifiesta en cada cosa como *Materia* y como *Forma*. La *materia* es aquello de que la cosa

⁵ García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de Filosofía*, editores unidos, México, 1987, pp.86-87

está hecha; la *forma* lo que la hace *ser lo que es*. Aunque a primera vista pareciera haber identidad entre forma y esencia, no necesariamente se identifican. La forma lleva implícito un sentido teleológico, la finalidad de cada cosa como ser existente, *lo que debe llegar a ser*. En el Ser como *materia* está la *esencia* de cada cosa posible, pero en *potencia*. Cuando adviene a la existencia como *acto*, lo hace en la forma que le conviene como cosa posible. El que el Ser pueda manifestarse también como *Potencia y Acto* lo hace causa de la pluralidad de las cosas. La *potencia* es la posibilidad real de ser *acto*; de llegar a existir, que es la perfectibilidad final de cada cosa. La cosa en *potencia* tiene *esencia*, y es perfecta cuando se vuelve *acto* y adquiere *existencia*.

Ahora bien, la *pluralidad del Ser* es el fundamento del movimiento y lo que nos permite hablar de *naturaleza*.

Por *naturaleza* se entiende aquello donde radica el principio del movimiento y el reposo. En la naturaleza se distinguen las cosas que son *naturales* de aquellas *artificiales*, y separa conceptualmente los entes que pertenecen a la *phisei* de aquellos que son *apotecnés*.

Están en la naturaleza: las plantas, los animales y sus partes u órganos; las cosas simples como el agua, el fuego, la tierra. Son en cambio artificiales: una cama, una mesa, etc. Sólo los entes naturales tienen *naturaleza*.

Por otra parte, toda entidad *real* perteneciente a la *realidad*, natural o artificial, en movimiento o reposo, debe su estado a cuatro causas: *causa material*, *causa formal*, *causa eficiente* y *causa final*.

La *causa material* es aquello de que la cosa está hecha; la *causa formal* aquello que la cosa va a ser; la *causa eficiente* es aquello con que la cosa está hecha; y la *causa final* es el objetivo, el propósito, el *por qué* está hecha la cosa: el *telos*.

De acuerdo con Aristóteles, la sociedad pertenece a las cosas que son de la naturaleza. La naturaleza se manifiesta en el hombre en que es un ente social. Un animal que habla; y el lenguaje es el soporte de las relaciones sociales. Por lo tanto el lenguaje tiene también un sustrato natural, no artificial. Está en la naturaleza del hombre estar o existir en sociedad porque está dotado de lenguaje.

De manera que así como en el hombre se manifiestan las cuatro causas, también lo hacen en las instituciones sociales como: la familia, una aldea, o el Estado. El Estado es la forma suprema y autárquica de sociedad para Aristóteles. Tiene su forma y su *telos*.

Estas nociones acuñadas por Aristóteles son acogidas en el pensamiento escolástico. La voz *esencia* es usada y asimilada indistintamente por Tomás de Aquino a *naturaleza*, cuando es referida a la finalidad o al *qué es* de algo.

El profesor español José Lois Estévez sostiene que "una gran parte de los autores que han reflexionado algo sobre la cuestión de la naturaleza jurídica, parecen apadrinar la creencia de que los términos 'esencia' y 'naturaleza' son enteramente sinónimos."⁶

"El término 'naturaleza' es, ..., de uso constante en la Filosofía aristotélico-escolástica y en Teología. Resulta, pues, de franca verosímil que los filósofos la hayan exportado al campo de los estudios jurídicos".⁷

6Lois Estévez, José, 1956, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, Anuario de Filosofía del Derecho, España, pp.161-165, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20(1).pdf)

⁷Ibidem. P.161

Para los escolásticos la esencia era aquello que hace que la cosa sea lo que es, el constituyente primordial de una cosa. Decir lo que una cosa es, es apuntar igualmente a aquello que no es; lo que la diferencia de las otras; aquello por lo que es radicalmente distinta a cualquiera otra cosa.

Cuando las cosas existentes se nos ofrecen, el pensamiento humano que es abstractivo, para hacerlas aprehensibles, comienza a tomar caracteres de ellas asimilándolas a un género o especie. Así Santo Tomás decía: "La esencia es lo que constituye la cosa desde el punto de vista de su género propio o su especie y lo que designamos mediante definición de esta cosa, respondiendo a la interrogante: ¿Qué es esto?"

La esencia tiene un doble significado para nosotros: la esencia *abstracta*, el tipo *genérico* o *específico* y la esencia *concreta*, el *individuo* o la *persona*.

El ser está hecho para obrar, por ello no está fuera de lugar que se consideren las esencias desde el punto de vista de la acción que están destinadas a efectuar. Aristóteles como vimos, definía la acción como propio de los seres que tenían naturaleza.

Siguiendo a Tomás "la cosa se llama *esencia* considerada aparte de la *existencia*". El ser se denomina *existencial* o actual, considerado como existente;" a la *esencia* se le llama "real abstracción hecha de la *existencia*..." "La *esencia* o el *ser real*, es en relación a la *existencia* o el *ser actual* lo que *id quo* es con relación a *id quod*"-el *qué* del *esto*, por decirlo de alguna manera más coloquial. Continúa Lois Estevez: "...el sujeto indeterminado, incompleto, imperfecto, con relación al acto que lo determina, lo colma le procura su última perfección."

En nuestro Derecho, se considera *esencia* a las notas que distingue y diferencian a un acto jurídico de otro. Por ejemplo el Artículo 1444 del Código Civil, al definir el contrato-en verdad define al acto jurídico-: y dice que en todo contrato se distinguen las "cosas que son de su *esencia*, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales." Es de la *esencia*, por ejemplo, el precio en la compraventa, sin el cual no es compraventa sino donación. Y es de la *naturaleza* de un acto aquellas que le están atribuidas por la ley, pero que las partes pueden acordar no hacerlas valer. El concepto de naturaleza que

recoge nuestro código civil coincide con los elementos legales pero prescindibles voluntariamente en los actos jurídicos, y no se identifica con el concepto de naturaleza jurídica que deseamos desentrañar.

Sobre el origen del concepto de naturaleza, Heidegger nos aclaró lo siguiente: "...entre los griegos,...al ente se le llamó *physis*. Esta fundamental palabra griega, que designa al ente, se suele traducir con el vocablo 'naturaleza'. Se emplea la traducción latina '*natura*' que, en sentido propio, significa 'ser nacido', 'nacimiento'. Pero ya con esta traducción latina se extorsionó el contenido originario de la palabra griega ***physis*** y se destruyó la fuerza nominal, propiamente filosófica, de dicho término...La traducción latina fue decisiva para el Cristianismo y la Edad Media cristiana, que la transmitió a la filosofía moderna, la cual se movió dentro del mundo conceptual de la Edad Media, creando luego aquellas ideas y definiciones corrientes, que aún hoy hacen inteligibles el comienzo de la filosofía occidental...Ahora, bien ¿qué dice la palabra *physis*? Significa lo que sale o brota de sí mismo...; el desplegarse que se manifiesta, lo que en tal despliegue se

hace manifiesto y se detiene y permanece en esa manifestación;..."⁸

Identificada con la esencia y definida con rigor, la expresión "*naturaleza jurídica*" debiera quedar totalmente perfilada, mostrando claramente su contenido; pero no es así. Las palabras *naturaleza*, al igual que *esencia* y *substancia*, están resentidas de vaguedad. *Naturaleza* significa siempre esencia, peculiaridad, normalidad. Estamos siempre en el ámbito de los mismos conceptos.

Ahora, si en lugar de los casos en que la Ley toma la naturaleza como lo que "existe materialmente o como lo que es concebido de hecho en la valoración social, cuando se trata de institutos jurídicos, es la propia ley la que construye para cada uno una peculiar estructura, la cual se reproduce y perfila en la doctrina bajo el concepto de naturaleza de la institución. Por otra parte, y solo refiriendo a institutos jurídicos, un autor ha dicho que: "...haciendo referencia a instituciones jurídicas singulares. Del mismo modo que hay una *natura hominis, animalis, rei*, etc. así hay también una naturaleza jurídica de cada una de las instituciones.

⁸Ibid. p. 163, Citando a Mercier, *Ontología*, I, 1935, pp. 35 ss, quién a su vez cita a Heidegger, Martín, *Introducción a la Metafísica*, 1959, pp.49

Sin embargo, la estructura del instituto se apoya, sobre todo, en los elementos que la realidad le suministra,-aunque sea siempre el derecho quien reconozca tal realidad- por cuya razón es posible hablar de naturaleza de un instituto en el sentido de estructura del mismo; es decir, modo como es configurado por el derecho.”⁹ La debilidad de esta posición, es que la estructura de cualquier institución jurídica, habrá de venir determinada por el conjunto de normas jurídicas que la regulan. Repetir estas normas con el objeto de exteriorizar su *esencia* o *naturaleza*, no tendría sentido. Y resumirlas resultaría redundante una vez que la definición haya sido emitida.

También es posible que con la noción de naturaleza jurídica se quiera buscar el *géneropróximo* de una institución u otros más bien en el *género supremo*.

Con las definiciones que anteceden, el concepto de naturaleza jurídica no abandona patrones escolásticos, y acudiendo a la naturaleza racional del ser humano, nos mantenemos en términos de fundamentar la naturaleza en soportes metafísicos, porque en última instancia apoya la

⁹Ibíd., p.165

racionalidad en cimientos ontológicos; aun cuando la intención positivista quiera renegar de la metafísica.

Llevemos nuestra indagación a un terreno conceptual más reciente y enfoquemos nuestra atención en el concepto de institución.

Resumiendo y parafraseando a un autor: "Una primera corriente de pensamiento *identifica la naturaleza jurídica con la esencia*, y se pregunta qué cosa es esto que tiene delante. Así podemos decir que la cosa misma se vuelve fuente de sentido. La esencia de una cosa, como sabemos, se expresa a través de su definición, la cual de verá necesariamente el género próximo y la diferencia específica."¹⁰ Si aplicamos este concepto de naturaleza al teletrabajo diremos evidentemente se trata de una modalidad de relación laboral.

Una segunda corriente de pensamiento va más allá. La naturaleza hace referencia a un instituto jurídico preciso, el cual ciertamente posee una esencia, pero esta es mediada por la ley, la cual considera lo que existe, lo que es

¹⁰Astigueta, D. G. (2016). *Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica del proceso más breve* [en línea]. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 22. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/reflexiones-naturaleza-juridica-proceso-breve.pdf>

objeto de una estima social y le da una estructura precisa. La ley no puede construir tal instituto de la nada, sino que debe recoger los elementos presentes en la realidad, organizarlos para constituir una cosa nueva,..." Así, "naturaleza y *configuración jurídica* resultan sinónimos pero no pueden agotar lo que nosotros consideramos como naturaleza jurídica, porque el derecho en la Iglesia va más allá de lo que aparece en la realidad social propia y debe tener en cuenta necesariamente de su fin trascendente en la búsqueda de una verdad y de una justicia del todo peculiar."¹¹

"Una tercera opinión, más cercana a la primera, encuentra la naturaleza jurídica en el género, tipo o categoría en la cual colocar una realidad jurídica." Cuando un procesalista se pregunta sobre la naturaleza jurídica del proceso o de la acción, trata de encasillar uno u otro instituto, verbigracia, el proceso como situación jurídica, relación especial, cuasicontrato; la acción como derecho subjetivo, potestativo, etc. Sin embargo este modo de entender la naturaleza jurídica tampoco nos ayuda.

¹¹ibidem

1.2. El concepto de institución como base para delimitar el concepto de naturaleza jurídica. El punto de partida es el concepto de institución. Esta entendida como sistema normativo que tipifica y regula un determinado tipo de relaciones interpersonales reconocibles. El jurista frente a un problema se pregunta primero qué es la realidad que tiene delante, cuál es la esencia del instituto presente. Segundo tratará de ver esa esencia a la luz de un complejo normativo que pueda ofrecer la perspectiva hermenéutica para la resolución del caso.

La institución además para poder entenderla, nos lleva a la pregunta de la causa que la ha generado, es decir, si ha surgido de un capricho del legislador o como consecuencia de otras instituciones llenando una *laguna iuris*, o si responde a una necesidad social concreta.

En tercer lugar podemos preguntar si la institución del caso, es inevitable o contingente. Algunas instituciones, desaparecida su forma normativa, quedan en pie como realidad, como la persona. Otras sin la norma no existirían.

Teniendo en cuenta lo dicho, se podría decir que la pregunta por la naturaleza jurídica de un instituto es la búsqueda de su *ratio essendi*, el por qué trascendente que nos clarifica un instituto; las formas puras de valor desde donde proviene el instituto y al valor que se reduce.

"De este modo podemos afirmar que la naturaleza jurídica de un sistema " de relaciones interpersonales, es decir, el instituto, y el vínculo que lo pone en relación con otras estructuras jurídicas, que comprende el motivo de su existencia (necesidad concreta e histórica, aquí y ahora, de la sociedad en que surge) y su razón de ser (el valor que el instituto encarna y que contiene en sí el sentido de su existir), con características propias (el modo concreto de la búsqueda de la verdad). Así esencia vínculo, *ratio essendi* y características propias, son los elementos que juntos, nos dan la respuesta sobre la naturaleza jurídica de un instituto."¹²

La *razón de ser* de un instituto, su naturaleza jurídica, conlleva la idea de movimiento dirigido desarrollarse propiamente en lo que es su *ser originario*, no

¹²ibidem

derivable ni reducible a otro instituto. Aseméjase a la noción de esencia y finalidad.

En conclusión, el derecho regula comportamientos y relaciones entre los seres humanos que son de tal impacto social, que no pueden quedar en el campo de la regulación propios de la moral o la ética. Para regularlos debe indagar el origen, qué configuración adoptan, los motivos sociales que lo hacen necesario en las relaciones sociales y la finalidad que llevan implícitas tales relaciones. Una vez definidos si son comportamientos individuales o relaciones que configuran un instituto y se subsumen bajo normas jurídicas de una parcela reconocida del Derecho. Puede que sea una figura reducible a otras ya existentes y reguladas por una parcela especializada del ordenamiento jurídico: civil, penal, laboral, procesal, etc. Puede que sea una relación completamente novedosa y propia, en su advenimiento a la existencia social y por ende al mundo jurídico, de un determinado momento histórico, por lo que su regulación escape por completo a las formas conocidas y precise una nueva normativización. Creo que es el caso del teletrabajo.

Sistema social y sistema jurídico son fenómenos simultáneos. Un sistema social, es un entramado de relaciones intersubjetivas. Pero son relaciones de comunicación. Un sistema jurídico está compuesto por una serie de proposiciones, articuladas unas a otras. Es un organismo unitario, en donde cada proposición aislada no puede tener un sentido completo, sino que depende de todo el conjunto. Independiente de esta correlación internormativa general, ciertas proposiciones del sistema forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo a un centro gravitatorio común. Son partes dotadas de individualidad propia, diferenciadas de las restantes en su consistencia, función y finalidad. Forman un plexo normativo que tipifica y disciplina una determinada clase de relaciones interhumanas reconocibles. "Pues bien, a ese plexo normativo..., es a lo que denominamos institución jurídica."¹³

Son instituciones jurídicas: el matrimonio, la posesión, el embargo, la prescripción, etc. Cada especie de relaciones humanas tipificada bajo un nombre jurídico, se conceptúa, en general, como una institución jurídica.

¹³Lois Estévez, op.cit. p. 170

En la resolución de los litigios, lo primero es efectuar una calificación jurídica de los hechos relevantes. El jurisconsulto -y el juez-hará uso de los conceptos jurídicos que posee, conceptos que expresarán en síntesis la esencia de las instituciones, por muy que la verdadera definición de una institución jurídica sea la totalidad de su regulación positiva; definición que desborda las posibilidades humanas.

El contrato de teletrabajo tiende a poner en cuestión las notas clásicas que caracterizan al contrato de trabajo: la ajenidad, en utilidad patrimonial y en riesgos; y, la subordinación. El delimitar la naturaleza jurídica del contrato de teletrabajo-ya sea visto como instituto o relación contractual- obliga a una revisión, y tal vez una reinvencción, de los indicios de ajenidad y dependencia, con el fin de encasillar esta actividad dentro de normas laborales o civiles. La subordinación o dependencia queda relajada cuando el trabajador no está en la empresa, sino en un local ajeno o en su propio domicilio, por lo que es necesario atender a la especificación del trabajo mediante

instrucciones o a la utilización de un control tecnológico para verificar la naturaleza laboral de la prestación.¹⁴ Intentaré desarrollar esta idea en el capítulo 3.

2. El concepto de principio.

En la experiencia, la realidad se nos presenta compuesta por infinidad de fenómenos de las más variadas índoles; la vida y todas sus manifestaciones; nuestras emociones; el firmamento; el clima; la sociedad; etc. En la sociedad humana, ella misma como fenómeno, son consustanciales a ésta fenómenos tales como la comunicación y las normas de conducta. Las ciencias son disciplinas que singularizando un fenómeno de la experiencia, o un grupo de ellos los define como objeto de estudio. La forma de estudiarlos es la creación de un modelo explicativo que represente al objeto: la teoría.

La teoría es un sistema de conceptos y proposiciones que componen una unidad funcional. La herramienta de la

¹⁴LaheraForteza, Jesús, s.f., *EL IMPACTO DEL TELETRABAJO EN EL DERECHO DEL TRABAJO A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACIÓN ESPAÑOLA*, descargado de revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/938/643

ciencia es la razón y el método es la investigación empírica. Las normas sociales que singularizamos como normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia jurídica.

Todo saber, toda ciencia, ha de tener su fundamento en una verdad básica puesta en forma de una proposición, es lo que aceptamos como un principio; y éste debe ser una proposición que, parezca tan evidente que no necesite fundamentarse en una anterior. Pongamos el ejemplo de la geometría para explicarlo. En geometría estas "verdades" evidentes son llamadas axiomas. Un ejemplo de axioma en geometría euclidiana: "Por un punto perteneciente a una recta, pasa sólo una recta paralela a la anterior." O en la física lo que conocemos como "principio de inercia".

En las ciencias sociales no pueden formularse proposiciones con las características de un axioma geométrico.

Es de notar que ninguna de las ciencias particulares tienen un fundamento indubitable, decía Husserl, a principios del siglo XX, que "aunque las ciencias se hayan engrandecido, a pesar de estas deficiencias, y nos hayan conducido a un señorío sobre la naturaleza, jamás antes

sospechado, no pueden satisfacernos teoréticamente.”¹⁵ Más adelante agrega: “Para alcanzar este fin teorético es menester en primer término,..., una clase de investigaciones¹⁶, que pertenecen a la esfera de la metafísica”. El Derecho Natural, en la Ciencia Jurídica, al parecer cumplió esta función en una etapa pre-positivista.

El término principio sugiere, lo mismo en lenguaje filosófico que en el ordinario, la idea de inicio, origen o causa de algo.”La definición más rigurosa que se ha dado del término es la de Aristóteles: ‘principio es aquello de lo cual algo procede en el orden del ser, del hacerse o del conocer’...el origen de algo.”¹⁷

Podemos abordar la noción de principio comparando dos acepciones de esta: a) Como procedencia; y b) Como precedencia.

¹⁵ Husserl, Edmund, *Investigaciones lógicas, 1*, Alianza Editorial, Madrid, España, 2006, p. 40

¹⁶ *Ibid.*, p. 40, Respecto de estas investigaciones dice Husserl: “La misión de ésta es fijar y contrastar los supuestos de índole metafísica, no contrastados y ni siquiera advertidos las más de las veces y, sin embargo, tan importantes, que constituyen la base por lo menos de todas las ciencias referentes al mundo real. Tales supuestos son, por ejemplo, la existencia de un mundo exterior, que se extiende en el espacio y en el tiempo, teniendo el espacio el carácter de una multiplicidad euclidiana tridimensional y el tiempo el de una multiplicidad unidimensional ortoidea; la sumisión de todo advenimiento al principio de causalidad, etc.”

¹⁷ Lalanne, Julio E., (Julio, 2015), *Los principios del Derecho del Trabajo*, en Revista de Derecho, año 10(11), pp.135-179, recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/727/717/>,

- a) Como procedencia implica la idea de origen, punto de partida, que a su vez remiten a la idea de base, fundamento y fuente.
- b) Como precedencia que está antes de una cosa. Todo principio presupone que le siga algo y que nada le preceda.¹⁸ El principio connota la idea de prioridad, de anterioridad no sólo cronológica sino ontológica...” el principio tiene la supremacía desde la perspectiva de su importancia o valor, lo cual remite a la idea de principalidad por oposición a lo que es secundario o accesorio.”¹⁹ Hay una relación de prioridad entre el principio y lo que es posterior a él.²⁰

De esta forma *principio* conlleva tanto una noción de axioma *a priori* o verdad fundamental evidente que precede una secuencia de normas como la noción de que esta verdad axiomática otorgará determinada forma direccional al sistema de normas. Por lo segundo es que muchos principios pueden deducirse de normas que ya se encuentran vigentes, dando la imagen de tener existencia normativa *a posteriori*.

¹⁸ Ibidem, p. 139.

¹⁹ Ibidem. P. 140

²⁰ Ibidem.,p. 140

3.- Los principios generales del Derecho.

En Derecho, frecuentemente, el principio es más bien definido como final o consecuencia. Esto es porque en derecho los principios son deducidos a posteriores tanto por: la labor del legislador quien define los principios como normas tácitas inducibles, por un proceso de abstracción y generalización, de las normas del ordenamiento y es propio del legislador el definir su papel como fuente del derecho; la labor del juez, quien la establece a través de una interpretación analógica de las leyes o los descubre a partir de la naturaleza de las cosas y del derecho natural; la doctrina que las elucida en sus construcciones teóricas de elaboración y sistematización de los sistemas jurídicos; se hacen derivar de la costumbre, o el hecho reiterado de su invocación y aplicación como norma jurídica; las aspiraciones morales y convicciones de la sociedad. Este es el rasgo consecuencialista.

También en derecho la regulación de una actividad social específica necesitada de regulación jurídica o todo un campo de actividades interpersonales necesitada de ello

parte que de una proposición dada, que si bien no constituye un axioma, es de *carácter axiomático*, por funcionar como una "verdad básica". Tal es el caso, por dar un ejemplo, del principio *pacta sunt servanda*, que hace la función de cimiento jurídico del Derecho Internacional.

Estas proposiciones de carácter axiomático son en el derecho los *principios*, en la acepción de origen. Sin embargo, como ya apuntamos, su deducción no es a priori sino a posteriori. Se deducen de las normas porque estas llevan implícitas el programa de su principio.

El orden jurídico está constituido por una multiplicidad de normas, que tienen el carácter de enunciados prácticos y que conforman un conjunto ordenado. Enunciados práctico normativos, entendiendo por tales los enunciados que tienen por función regular la praxis o conducta humana.²¹ Estos enunciados práctico-normativos pueden, a su vez, ser clasificados en dos especies de normas: principios y normas propiamente tales²²-norma significando precepto o regla jurídica. El sistema jurídico es concebido como cerrado por autores como Kelsen, Hart, o Bobbio. Otros lo conciben como un orden, o a lo más, como

²¹ibidem, p. 140

²²ibidem. P. 143

un sistema abierto y flexible, como Francisco Gentile o el mismo Lalanne.²³ Todos sin embargo concuerdan en graficarlo como una pirámide jerárquica invertida compuesta de una sucesión de enunciados normativos que van de mayor a menor generalidad, según se encuentren más o menos alejadas de la realidad concreta.²⁴ "Cada uno de estos enunciados normativos es fundamento de validez del que se deduce de él por medio de una operación intelectual de inferencia lógica...puesto que las normas particulares y de menor extensión se siguen y dependen de las más generales, ubicadas en niveles superiores dentro del orden lógico-normativo."²⁵ Así, en el sentido de aquello de donde procede, las normas superiores son principio del cual deriva la validez-y hasta el contenido- de las normas inferiores.

Para otro autor los principios generales del derecho "tienen, per se, un determinado valor normativo, en cuanto conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita y, por ende, podemos afirmar que ellos son

²³ Ibidem. P.141

²⁴ Ibidem, como una suerte de *Árbol de Porfirio*, cuadro en el cual se representa la relación de subordinación lógica de la substancia considerada como género supremo a los géneros y especies inferiores hasta llegar al individuo. Tratado por *Porfirio* en su obra *Isagoge*. Citado por Lalanne, p. 141

²⁵ Ibidem, p. 142

Derecho.”²⁶Por otra parte se trata de “verdaderos ‘*principios*’ en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no de meras máximas o reglas heurísticas;...”²⁷

Es de notar que si hacemos un paralelo significativo con la dupla aristotélica materia/forma, los principios cumplen la función de informar- “dar forma”- a las normas jurídicas a las que sirven de fundamento.

Como dice don Jesús Leguina Villa: “...nadie cuestiona hoy seriamente la idea de que el ordenamiento jurídico está formado tanto por normas específicas como por principios, por más que continúe abierta y viva la polémica científica acerca del origen, el alcance, la estructura y la función o funciones que estos últimos desempeñan dentro del ordenamiento.”²⁸Sabemos que una cosa es el derecho como fenómeno social, como “algo” que ocurre en la realidad, al parecer, siempre que existe una comunidad humana, como elemento estructural de ésta, y otra es el derecho como disciplina científica, es decir, de un sistema que está

²⁶ Alcalde Rodríguez, Enrique, (2003), *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, p.53

²⁷ *Ibidem*. P. 54

²⁸ Leguina Villa, Jesús, (1987), *Principios generales del Derecho y Constitución*, p.8, recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PrincipiosGeneralesDelDerechoYConstitucion-16951.pdf

compuesto de elementos identificados con métodos racionales que tienen una determinada operatividad, y que son la representación teórica de ese fenómeno de la realidad que llamamos el derecho. Una de las manifestaciones principales del derecho es el ordenamiento jurídico. Tan principal que los positivistas reducen el derecho al ordenamiento jurídico.

El principio-como entidad procedente o precedente- es en el ordenamiento de cualquier disciplina, sea un sistema filosófico o científico, lo que es un *axioma* en un teorema de geometría. El *axioma* ($\alpha\chi\iota\omega\mu\alpha$, "lo que parece justo"), es una proposición que resulta evidente por sí misma, como: "El todo es mayor que la parte" en lógica. Puede tener el significado de una verdad evidente. Pero es más ajustado a la raíz del término griego del cual deriva, $\alpha\chi\iota\omicron\sigma\epsilon\iota\nu$, esto es "valorar", de $\alpha\chi\iota\omicron\varsigma$, "valioso", "digno". Aun cuando quepa una distinción entre los "principios científicos" propios de la ciencia jurídica y los principios jurídicos como constituyentes de la propia realidad jurídica que son objeto de estudio de la anterior, no debe ser pasado por

alto el contenido tanto axiomático como informador de los principios respecto de las normas.²⁹

El tránsito que va de la noción de principio en ciencia jurídica, como máxima superior deducida de soluciones casuísticas, a asentarla como fundamento básico de todo un sistema doctrinario es patente en Jean Domat, por ejemplo. En su obra *Tratado de las Leyes* ya nos indica: *"2.Lo más necesario en las ciencias es poseerlos primeros principios;...a fin de que sirvan de basa a todas las consecuencias que de ellos deberán deducirse. Conviene pues saber cuáles sean los de las leyes (sic), para poder distinguir la naturaleza y valor de estas en cuanto dependen de aquellos."*³⁰ Más adelante agrega que los principios de las leyes tienen "tal carácter de verdad" pues al contrario de otras disciplinas, que requieren una predisposición intelectual singular, los principios de las leyes involucran "no sólo al entendimiento" sino que aún "su voluntad". En la voluntad está involucrada la capacidad

²⁹Ferrajoli, Luigi, (2001), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, pp. 91 ss, llama directamente axiomas a los principios informadores del Derecho Penal como *Nulla poena sine crimine, Nulla crime sine lege, etc.*

³⁰Domat, Jean, (1861), *Las leyes civiles en su orden natural, Tomo I, Tratado de las Leyes, Capítulo I, De los principios de todas las leyes*, Barcelona. España. P. 8

de amar, de tener sentimientos y querer. Por ello toda persona está en condición de conocerlos.

Es sintomático que al surgir dentro de una rama del derecho ya establecida, un conjunto nuevo de relaciones sociales que requieren normas jurídicas nuevas, lo hagan haciendo aparecer un principio nuevo también, que resulta ser básico al nuevo derecho. De allí que el pensar en un principio que está en la base de cualquier conjunto de reglas o normas se lo vea como el elemento que les da forma. Y la acepción de "forma" siempre lleva el sello aristotélico de estructura diseñada con un fin determinado. Sin embargo no se debe pensar en un principio jurídico como un axioma, en el sentido de "verdad evidente", sino que de una proposición que parece de "validez fundamental", Más que de axioma, al referirnos a un principio jurídico, decimos que es axiomático. Está allí como un axioma porque nos parece de validez incuestionable como directriz del conjunto de reglas y normas que son informadas por el principio señalado.

4.-Los principios del Derecho del Trabajo.

El primer principio que da forma axiológica, en el sentido que el valor que debe proyectarse en las prescripciones que componen el sistema jurídico del trabajo, es el *principio de protección*.

Ya esbozamos más arriba que el derecho como tal, es un producto social cuya fuente material, en general, son las relaciones sociales, y en particular, aquellas que de una u otra manera son de una importancia tal, que de ellas y su funcionamiento armónico dependen, no sólo la paz social, sino que si su desperfección se agudiza, atentan contra la propia existencia de la sociedad. La relaciones laborales surgidas de la Revolución Industrial, en el marco de una sociedad que descubre y defiende, contra todo evento, la libertad de las personas y, la autonomía privada, apoyados estos principios en la creencia férrea en la igualdad contractual de todos los individuos, en la realidad muestran abiertamente que en los hechos se manifiestan enormes desigualdades en las posiciones sociales de las personas, que desembocan en situaciones de abusos que

colocan a la sociedad en estados de crisis sociales. El Estado ya no puede seguir en la contemplación de la ficción de la igualdad contractual. La realidad manifiesta claramente que la igualdad contractual es una ficción. El Estado al constatar la indefensión de una de las partes contratantes debe intervenir. La realidad deja de ver que en las relaciones laborales una parte se erige en fuerte y la otra en débil, y resulta evidente que para hacer permanente, o al menos, pertinente un trato justo en la contratación laboral, el Estado debe regular protegiendo al más débil y restaurando el equilibrio de igualdad jurídica que el valor justicia requiere. El principio de protección requiere una nueva concepción del contrato en las relaciones laborales. Este principio lo encontramos dando forma y sentido a varias disposiciones de nuestro Código del Trabajo. El Título II sin ir más lejos, se titula "De la protección a los trabajadores" y la norma con que comienza, el Artículo 184, impone al empleador tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores. En el libro I Título I del mismo código se halla un capítulo denominado "de la protección de las remuneraciones" y sus normas persiguen

que el trabajador reciba en dinero, y lo más íntegramente posible su remuneración, estableciendo por lo demás, el carácter de inembargabilidad de estas remuneraciones y un privilegio, que además figura en el Código Civil, para su cobro, en el caso de concurrir el trabajador con otros acreedores. Señala el código en el Artículo 4° inciso 1° quienes son los representantes del empleador , estableciendo una presunción de derecho en tal sentido, lo que facilita al trabajador la suscripción válida de su contrato, negociar colectivamente, entablar reclamos administrativos e impetrara acciones judiciales contra el empleador.

5.- La actual revalorización de los principios generales del Derecho.

No es desconocido que los fallos del foro son cualquier cosa menos arbitrarios. Los defensores y creyentes incondicionales del positivismo, con frecuencia, se hallarán frente a la paradoja que las normas positivas "obligan" a una "búsqueda" de solución a un "conflicto real", más bien que a una aplicación directa. La

hermenéutica diversa aplicada a normas positivas por las partes litigantes, motiva al juez a indagar por la norma "real" que subyace en las normas del derecho positivo aplicable. A lo largo del siglo XX y lo que va del siglo XXI, es posible advertir que la teoría del Derecho se ha ido desplazando desde una concepción positivista, formalista y estatalista del orden jurídico, a una orientada por principios y tópicos. La teoría de los principios domina avasalladoramente el actual momento de la teoría jurídica, concomitante a la crisis del positivismo y a la constatación de que lo legal no agota todo el Derecho.³¹

Ante este panorama, se da por asumido por algunas corrientes doctrinarias-autodenominadas neo iusnaturalismo principialístico-, que los principios generales del Derecho ostentan una jerarquía que está por sobre la regla o norma estatal.³² Esta postura, sin embargo, ha erigido escenarios forenses, que para nuestro derecho laboral pueden derivar en presentaciones peligrosas.

³¹Lalanne, Op.cit. pp.137-138

³²Botero Bernal, Andrés, (2005), *La jerarquía entre principios generales del Derecho: La historicidad y la culturalidad del principio de justicia*. Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaJerarquiaEntrePrincipiosGeneralesDelDerecho-2347331.pdf>, p. 31

La Cuarta Sala de la Corte Suprema, verbigracia, ha aplicado la doctrina de los "actos propios", a propósito de falsos contratos de arrendamiento de servicios inmateriales, en fallos que veladamente estén extendiendo una invitación a la "huida del Derecho del Trabajo".

En una serie de fallos a propósito de controversias que se originan al término de un aparente contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, en que el presunto trabajador autónomo requiere que se califique el trabajo prestado como subordinado y que, en consecuencia que se reconozcan los derechos que la legislación laboral y de seguridad social establecen, el máximo tribunal, sin circunscribirse al análisis netamente jurídico laboral, termina desvirtuando el juicio sobre la existencia o no de subordinación con la aplicación de la teoría de los actos propios, desconociendo el carácter consensual del contrato de trabajo, la presunción de laboralidad del Artículo 8 inciso 1º del Código del Trabajo, el principio de primacía de la realidad, y sobre todo la irrenunciabilidad de los derechos laborales, consagrados en el mismo código, el carácter imperativo y la especialidad de las normas jurídicas del trabajo, todo lo cual termina sucumbiendo

inexorablemente ante principios generales del Derecho Civil, como la autonomía de la voluntad y la buena fe.³³

³³Caamaño Rojo, Eduardo,(2009),*Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, Valparaíso, Chile, 1° semestre 2009, pp. 261-280, recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100007

CAPÍTULO 2.

Evolución de la relación de subordinación en el trabajo.

1.- Desarrollo histórico.

El Derecho del Trabajo es la rama de las ciencias jurídicas que estudia las normas y principios que regulan el fenómeno social del trabajo subordinado, en el marco de un sistema económico-que es el capitalismo- que le sirve de fundamento y justificación, cuyos protagonistas básicos son un trabajador y un empleador-la relación de trabajo-, y el sindicato o asociación sindical-la relación colectiva del trabajo.³⁴

Lo anterior nos dice que el concepto de subordinación y su presencia en el tipo de relación mencionada es de una importancia tal, que sin él, el Derecho del Trabajo,

³⁴ Balbín, Adolfo, (2015), *El concepto de Derecho del Trabajo*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50671/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

carecería de objeto factual concreto sobre el que aplicar sus normas, o bien sería de una naturaleza distinta.

Nos dice una autora que: "El Derecho Laboral se ha constituido como un derecho tutelar de orden público no por mero capricho, sino por las posiciones desiguales de las partes que conforman la relación laboral. Sin subordinación no existe relación laboral, y sin relación de poder no se mantiene vigente la subordinación."³⁵

De acuerdo a la convergencia de los datos históricos con que contamos para visualizar las formas en las que se ha concretado la relación de trabajo, podemos sugerir que ésta ha transitado por tres estadios histórico-sociales: subyugación o sujeción; obligación contractual privada; y subordinación dentro de un marco de normas jurídicas de carácter público. Es éste, al menos, el proceso evolutivo que ha transitado esta institución en occidente.

La historia de las relaciones de trabajo comienza con la esclavitud. Conceptos como subordinación, o centro de

³⁵Planet Sepúlveda, Lucía, (2010), *Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile*, en Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V.1 N° 1, 2010, pp. 93-122.

trabajo, o empresa, no son aplicables a las formas de producción de la antigüedad. La propia relación de trabajo carecía de la complejidad, si la examinamos con los conceptos y términos de los tiempos modernos. Era desde esta perspectiva una relación simple.

Durante el Medievo nos encontramos ya con dos tipos de relación laboral: el trabajo forzoso, realizado por los siervos; y el trabajo voluntario, que tenía lugar en el ámbito de los gremios. Sólo en el segundo se perfilaban formas jurídicas privadas y contractuales. Como es ampliamente sabido y extensamente analizado, el descubrimiento del Nuevo Mundo trajo por consecuencia el surgimiento del capitalismo y con éste un revolucionario cambio social, pues se alteraron profundamente: el sistema de organización política, y los procedimientos y formas de producción económica, mutando las relaciones de trabajo. Los cambios sociales significaron cambios en la trama de las relaciones de trabajo, en el campo y en las ciudades, y trajo como consecuencia la paulatina desaparición de la organización corporativa de los gremios de talleres artesanales, estableciendo una original: la relación entre un empleador industrial capitalista y el obrero industrial.

El empleo del obrero industrial dejó gradualmente de lado la utilización de esclavos por los productores. Surgen figuras jurídicas propias de la actividad industrial, como el contrato de trabajo y el salario. Ulteriormente emergerían figuras jurídicas colectivas, como el sindicato o las huelgas. La realización del trabajo en este sistema fabril se concentraba en un lugar determinado. La concentración de los obreros en un espacio o lugar determinado, agudizó la tendencia a la sobreexigencia y explotación de los obreros, entre los que se contaban mujeres y niños. El modo de producción industrial descrito, inevitablemente vino acompañado de conflictos provocados por la reacción de las familias obreras pidiendo acortamiento de la jornada laboral, aumento de los salarios, y de organizaciones exigiendo límites de edad en la contratación de niños para el trabajo industrial.

La revolución industrial trajo consigo un ser humano con un nuevo tipo de consciencia,³⁶ un incremento en la complejidad de las relaciones sociales y el surgimiento de

³⁶ El nuevo tipo de consciencia nacido en el siglo XIX a raíz de la Revolución industrial, sería gravitante durante todo el siglo XX. Van ligados el nacimiento de los movimientos socialistas y anarquistas y el impulso de los gobiernos europeos y EEUU en proceso de industrialización para regular las relaciones de trabajo. Un breve resumen en Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo, Capítulo 2, El nacimiento del Derecho del Trabajo*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/5.pdf>

nuevas figuras e instituciones jurídicas. Una de ellas fue, primero, la adecuación del contrato civil dentro del marco brindado por la codificación para dar soporte jurídico a las relaciones laborales, y más tarde la aparición de una rama especializada dentro del orden jurídico: el Derecho del Trabajo. Con fundamento en principios propios y normas específicas para regular las relaciones laborales.

La primigenia forma de esta relación fue la esclavitud. En esta forma de trabajo había una verdadera relación de sujeción y dependencia por parte del prestador de servicios respecto del beneficiario de estos, ya que quién tenía el estatus de persona era éste último. El beneficiario de la prestación lo hacía en condición de propietario del prestador el que en cambio tenía la misma condición jurídica que una cosa. El trabajo por cuenta ajena y voluntario debe haber tenido lugar en determinadas sociedades, pero es en Roma en donde encontramos los primeros estertores de formas contractuales de una relación de trabajo. Entre los siglos VI y V AC un cambio en los sistemas de producción y el crecimiento de la población de Roma, tornó insuficiente la utilización de mano de obra

esclava en las labores productivas. La encrucijada económica arrastró a hombres libres de precaria condición económica, que se prestaron a servir en diversas labores a cambio de una retribución. También en esta situación se hallaron aquellos que habían salido de su condición de esclavitud por diversas causas. Aparece entonces un vínculo de naturaleza obligacional, entre dos personas, no una relación de propiedad. El uso de los servicios útiles que una herramienta puede dar a su propietario, se transforma en una clase de arrendamiento de los servicios útiles de una persona por otra. El esclavo no cumple una función obligatoria: es *utilizado*. En cambio, el contratante prestador de servicios está *obligado*, en un vínculo libremente asumido por él, en semejanza con la noción jurídica moderna de *obligación*. Surge así, un tratamiento jurídico propio al servicio prestado por hombres libres, un concepto diferente de la utilización de mano de obra esclava.

Uno de los tipos de contratos que fueron creación de la jurisprudencia clásica romana es el de *locatioconductiooperarum*. El *locatioconductio* es el prototipo teórico de una pluralidad de contratos de

arrendamiento, "consistente en entregar o 'colocar' (*locare*) un "arrendador" (*locator*) cierta cosa en manos de un 'arrendatario' (*conductor*), quien la 'lleva' (*conducere*), para hacer algo con ella; aparte lo 'colocado', siempre debe intervenir un precio o 'merced' (*merces*); pero en algunos casos es pagada por el *conductor* y en otros por el *locator*, según quien sea el que obtenga la ventaja en la cosa."³⁷El arrendamiento es un contrato consensual de buena fe, que genera obligaciones recíprocas entre el *conductor* y el *locator*. Son tres, de acuerdo al profesor Guzmán Brito, los tipos de arrendamiento en Roma. El primero corresponde al arrendamiento (locación) de cosas, llamada "*locatioconductio rei*". En este contrato la obligación consiste en entregar el *locator* una cosa al *conductor* para su aprovechamiento, sin consumir la cosa, quien queda obligado a pagar al primero una *merces pretium*. El segundo tipo de contrato de arrendamiento es el de obra, llamada *locatioconductio operis*. En esta forma contractual el *conductor* se obliga a efectuar cierta transformación en una cosa que es proporcionada por el *locator*, el que se obliga, por su parte, a pagarle un

³⁷ Guzmán Brito, Alejandro, (2012), *DERECHO PRIVADO ROMANO, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo. , Chile, p. 154.

precio en dinero por ello. El tercer tipo es el arrendamiento de servicios, denominado *locatioconductiooperarum* que el *locator* se obliga a prestar su trabajo al conductor quién, a su vez, se obliga a remunerarlo. En realidad el *locatioconductiooperarum* es un derivado del *locatioconductio rei*, pues inicialmente quién necesitaba los servicios para un trabajo determinado y no contaba con mano de obra para ello tomaba en arriendo un esclavo. El *locator* es el amo propietario del esclavo que es entregado, en su calidad jurídica de cosa, al *conductor* (arrendatario) para su utilización, quién a cambio del uso del esclavo paga un precio al *locator*. Sin embargo, es de notar la aparición en este momento histórico ya, de dos elementos que caracterizan a la relación laboral como es entendida en el derecho laboral moderno: La *ajenidad* de los resultados producto del servicio prestado y la correspondiente retribución (*remuneración*).³⁸ Algunos autores, como el profesor mexicano Carlos Reynoso, atribuyen la inspiración de la idea del contrato de trabajo

³⁸Bozá Pro, Guillermo, (2014), *Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo*, THEMIS, Revista de Derecho 65, Sevilla, España pp.13-26. Recuperado de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SurgimientoEvolucionYConsolidacionDelDerechoDelTra-5078193%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SurgimientoEvolucionYConsolidacionDelDerechoDelTra-5078193%20(1).pdf)

moderno en la *locatioconductio rei* en la *locatioconductio operis*.³⁹

En el sistema de producción económica propio de la organización política feudal, que se desarrolla aproximadamente en Europa desde el siglo IX hasta el siglo XIX en que es abolido el sistema de servidumbre en la Rusia zarista, la relación laboral, al menos entre la de los denominados siervos de la gleba, y el señor feudal, tiene particulares características. Siendo el señor feudal el propietario de las tierras agrícolas no lo era así mismo de los campesinos que las habitaban y trabajaban. Sin embargo los campesinos estaban sujetos a las tierras del señor feudal, estando obligadas a trabajarlas para éste, tomando lo necesario para subsistir, de acuerdo a arreglos con el señor, cuya única obligación en la práctica, era brindarles protección, entregando todo el resto del producto del trabajo agrícola. El siervo de la gleba, aun cuando tenía un estatus jurídico de hombre libre, debía una sumisión absoluta al señor feudal. La complejidad de las obligaciones que el siervo tenía con el señor dificulta, en

³⁹ Reynoso Castillo, Carlos, (2011), *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México,, p. 23.

el caso de analizar sus relaciones desde el punto de vista laboral, diferenciarlas del trabajo esclavo.

Contemporáneo al sistema feudal se desarrolló una forma de trabajo corporativo que sustentaban los talleres artesanales que tenía su asiento en las ciudades. La organización en estos talleres era de estructura jerárquica. Eran los talleres los proveedores de mercancías manufacturadas. La cabeza visible del taller era el Maestro. Era él el encargado de organizar y velar por la calidad de la producción del taller, pues era quién además cerraba las relaciones contractuales con los clientes compradores de los productos de los artesanos. Segundo en la jerarquía estaba el Oficial o Compañero. El perfeccionamiento del trabajo de los oficiales era de cargo del maestro. En último lugar en la escala jerárquica estaba el Aprendiz. Los aprendices eran jóvenes que se formaban para ejercer una profesión y su aprendizaje era de cargo de los oficiales. Quién estaba a cargo de la labor ejercida por los oficiales era el maestro, quien era el titular del taller quien recibía los pagos e ingresos percibidos por éste. Los oficiales recibían una contribución en metálico cuando el intercambio por este medio de pago adquirió

importancia. Para Bozá, esta es una forma pionera de trabajo asalariado.⁴⁰ También esta forma de organización productiva muestra los gérmenes de lo que se conceptualizaría como relación de subordinación laboral. Las relaciones estatutarias dentro de los gremios y en los talleres artesanales eran más bien las de sujeción de los que estaban en grados inferiores, oficiales y aprendices. Al no existir una concepción de Estado centralizado u omnipotente, sino que la atomización y pluralidad de sistemas jurídicos, cada parcela de poder social, grande o pequeña, era autárquica en sus dominios.

El derrumbe del régimen feudal que acompaña la caída de las monarquías absolutas, da paso a la forma de producción económica liberal. El poder político lo asumen la burguesía ayudada por el poderío económico que ahora ostentaba. Las ideas políticas se fundamentan en una nueva concepción de la sociedad y de los hombres. Las ideas de libertad y de igualdad eran apropiadas al estatus político de las personas no al de su estatus económico. Las personas sólo eran libres para contratar voluntariamente, en esto se reflejaba su igualdad con los demás fueran ricos o pobres.

⁴⁰Bozá Pro, ob.cit. p.16

La diferenciación de las personas siguió yendo a parejas con su riqueza o pobreza, lo que se tradujo en una noción de igualdad en que los ricos eran iguales a los ricos y los pobres iguales a los pobres. Así aún en plena Revolución Francesa surge el sufragio censitario, consistente en que el ejercicio del derecho a sufragio sólo lo ejercían quienes podía probar ser capaces de tributar determinadas cantidades mínimas.

El modo de organización económica basada en el industrialismo que se desarrolla durante los siglos XVIII y XIX engendra una nueva clase trabajadores de las ciudades: el obrero industrial. En esta forma de relación laboral aparece el contrato de trabajo, cimentado en la idea de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre los contratantes. Algunos autores ponen en duda que este tipo de contratos sea derivado del arrendamiento de servicios de los romanos.⁴¹

Para la apariencia jurídica el obrero industrial de los siglos XVIII y XIX, contrataba en igualdad de condiciones con el patrón industrial, en los hechos el obrero al dar su consentimiento en un contrato laboral,

⁴¹ibidem., pp. 16 y 17

caía más bien, en una condición semejante a la *manusiniectio* romana. Esta situación de evidente subyugación fáctica propició la reacción organizada de los asalariados que colectivamente demandaron el acortamiento de la jornada laboral, el aumento de los salarios y el mejoramiento de las condiciones higiénicas. La relación laboral deja de ser netamente privada obligando a la intervención del Estado que opta por imponer limitaciones en la autonomía de voluntad. Esta intervención delimita históricamente dos etapas en el desarrollo de concebir el derecho relativo al trabajo: Una etapa anterior en que la noción de *derecho social* que representa el acceso al trabajo era sólo una intuición, y una etapa ulterior marcada por el momento en que el poder estatal interviene en la relación laboral mutando sus condiciones contractuales, acogiendo implícitamente la idea de que el trabajo es un *derecho social*, que debe ser protegido por las normas de carácter público del ordenamiento jurídico. Una formación social que ya no admite zonas de autonomía jurídica estatutarias, como en la familia romana o en los gremios medievales, y que determina un ordenamiento de Derecho como un sistema de reglas destinadas a regir las

conductas y relaciones entre individuos conceptualizados como iguales, no caben ya las relaciones de sujeción de unos respecto de otros. Aun cuando se pudiere argumentar que autonomía de voluntad implica la capacidad de consentir el quedar sujeto a la voluntad de otro por un pacto o un contrato. La *sujeción* se corresponde con un tipo de relación incompatible con las ideas de libertad del liberalismo. En cambio, la *subordinación* corresponde a una concepción funcional aplicable a sujetos que se organizan para actuar en combinación colectiva en la ejecución de un objetivo conocido, militar, administrativo, etc., -en este caso la producción de determinados servicios o mercancías-, y que tiene carácter temporal y acotado sólo a la parte de la jornada acordada para la dicha actividad. En este contexto va implícita la aprehensión de la actividad industrial como una función al servicio de la sociedad en condiciones permitidas y diseñadas por el Estado que es el que ejerce el poder al que están sujetos tanto patrones como trabajadores. Es por ello que ya el trabajador no puede prestar su fuerza de trabajo sujeto a la voluntad del patrón, sino que su posición es la de un subordinado que obedece las directrices dictadas por un jefe en un

determinado contexto que es el de una actividad económica dada de producción.

La concepción teórica de derecho privado acerca de la autonomía de la voluntad, que se actualiza como libertad contractual, y concretiza en la idea y forma del consensualismo, permite el advenimiento del concepto de subordinación en la relación laboral, desplazando el de sujeción del trabajador respecto del empleador. En la práctica la relación laboral transita de una relación de poder hacia una relación de derecho.⁴² Podríamos afirmar que el concepto de subordinación laboral es propio de la relación laboral en la economía industrial de la época moderna, y que nace en el momento en que el Estado interviene para regular dicha relación (a despecho de los atisbos que en otros momentos histórico haya tenido, como en la relación entre maestros y oficiales en los talleres artesanales del medioevo).

Otro elemento clave es el del *consensualismo* en el ejercicio del derecho libre de contratar. Siendo el contrato de trabajo un acto jurídico desprovisto desde un

⁴²Bodenheimer, Edgar (1940), *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, traducción de Vicente Herrero. Una sugestiva comparación entre lo que significa una relación de poder y una relación de derecho es expuesta en la Primera Parte de esta obra.

comienzo de toda solemnidad representaba un acto en que la manifestación de voluntad emergía como una acción de libertad plena de las dos partes contratantes. Es siempre cuestionable hasta donde es libre de contratar una persona que no lo hace motivada por una necesidad suntuaria o meramente prescindible, sino que se encuentra impelida a contratar con el objeto de sobrevivir.

2.- Conceptualización actual.

Se reconoce al trabajo como el principal medio de integración social. Hoy más que nunca se asignan tutelas a un determinado grupo de personas atendiendo a su participación en un mercado singular que es el laboral. Esto no ha sido el resultado de la arbitrariedad de las legislaciones, sino que es producto de la constatación en la realidad social, de las desiguales proporciones de fuerza que exhiben las partes de una relación de trabajo.⁴³ Esta función socializadora de la legislación laboral pareciera estarse revirtiendo hoy en día. No son pocos los

⁴³Revilla Estevé, Eugenia, (2004), *La relación de trabajo subordinado bajo el prisma que ofrece la figura del trabajador en el escenario europeo y comunitario*, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, p. 60, recuperada de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15044-1-40973-1-10-20110727.pdf

ejemplos de individualización y precarización de la relación de trabajo, así como el desfase en la relación norma/realidad.⁴⁴

La relación trabajo/trabajador responde a múltiples situaciones: sociales unas y normativas las otras. No siempre coincidentes. Algunos usos de los términos se pierden en el tiempo y sobrevienen otros más recientes, e íntimamente ligados a un sistema determinado de organización social.⁴⁵

En Europa, de cuyas doctrinas jurídicas somos depositarios, la noción de contrato de trabajo combina dos corrientes históricas que convergen. Una es la tradición romanista, que es la recogida por los ordenamientos europeos en el siglo XIX, conceptúa a la relación de trabajo como un contrato entre iguales, en la órbita del Derecho de obligaciones, en sintonía con el pensamiento económico liberal que emerge en el siglo XVII, y que crea la idea de mercado de libre intercambio entre individuos formalmente iguales. La otra corriente proviene de la tradición jurídica germánica que sitúa a la relación de

⁴⁴ Ibid. p. 60

⁴⁵ Ibid. p. 61

trabajo en relación de dependencia personal a una comunidad, en la órbita de un estatus personal. A diferencia de la tradición romana que hace prevalecer, en la relación de trabajo, la relación del hombre con las cosas, el derecho germánico hace prevalecer las relaciones entre personas. La noción de trabajo en abstracto, desligada de cualquiera referencia a una profesión u oficios determinados, y circunscrita sólo a la etapa histórica industrial, y luego de un proceso de sistematización jurídica desemboca en el contrato de trabajo. Dos visiones divergentes del contrato de trabajo, una sistemática y la otra casuística nos conducen a diferentes consideraciones en la definición de relación de trabajo. La sistemática supone una definición uniforme del contrato de trabajo, y por ende de trabajador, que determina formas concretas de organización del trabajo; la casuística, propia de países en que el convenio colectivo ha desempeñado un papel importante, como Gran Bretaña, Irlanda o Dinamarca el contrato de trabajo adquiere caracteres más difusos.⁴⁶

⁴⁶ Ibid., p. 63

En la visión sistemática la relación de subordinación laboral adquiere contornos de más evidentes; obliga al establecimiento de una definición legal o jurisprudencial única del contrato de trabajo, al ser éste el elemento que sirve para circunscribir el campo de aplicación del Derecho del Trabajo. Una visión casuística conduce a que los contornos firmes del contrato de trabajo tiendan a desaparecer favoreciendo los de libre y directa negociación; lo que tiende a hacer innecesaria una definición del contrato de trabajo que tenga alcance general, puesto que basta que se concrete caso por caso cuando sea necesario. Mientras una visión sistemática aglutina a todos los trabajadores alrededor de un solo estatuto, la visión casuística refleja el interés sobre la diversidad de estatutos aplicables a los trabajadores.⁴⁷

⁴⁷ Ibid., p. 63

CAPÍTULO 3.

EL TELETRABAJO.

1.- Concepto y Definición.

El impacto sobre la organización en las actividades económicas causado por el desarrollo de la tecnología y las telecomunicaciones, ha inducido la aparición de formas de relación laboral y reorganización del trabajo, compatibles con estos cambios. Una de estas formas alternativas es el Teletrabajo, que está adquiriendo creciente importancia, ya que se está enmarcado dentro del concepto de flexibilización y se caracteriza por el uso de las tecnologías de la comunicación e información.

La sola definición de la figura que nos ocupa recurriendo a su etimología nos dirá muy poco. Si buscamos aprehender el concepto circunscribiéndolo a lo que el prefijo "tele" (del griego antiguo *τῆλε*, (*têle*, "lejos") nos señala, nos encontraremos con una pobre e insuficiente

acepción del término, que nos diría apenas que se trata de trabajo hecho a distancia.

Asociados a la idea de teletrabajo nos aparecen otros conceptos, como *telecommuting* (teledesplazamiento), *networking* (trabajo en la red), *remoteworking* (trabajo a distancia), *flexible working* (trabajo flexible), y trabajo a domicilio⁴⁸.

El Teletrabajo ha sido entendido como "una forma flexible de organización del trabajo; que consiste en el desempeño de éste fuera del espacio habitual de trabajo, durante una parte importante de su horario laboral, pudiendo realizarse a tiempo parcial o completo. Engloba una amplia gama de actividades y requiere el uso frecuente de TIC's para el contacto entre el trabajador y la institución. Además, el teletrabajo puede ser realizado por cualquier persona, independiente de su género, edad y condición física".⁴⁹

⁴⁸Ruiz Godoy, Rodrigo, (2015), *El teletrabajo: Hacia una nueva forma de trabajo en Chile*, Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Santiago de Chile., p. 3, Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajo-5867147.pdf

⁴⁹*Evaluación Sistema de Teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial. Informe de resultados.* Publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, Gobierno de Chile. Febrero de 2018. Recuperado de http://www.dipres.gob.cl/598/articles-171733_doc_pdf.pdf

Esta forma de trabajo trae consigo diversos beneficios, ya que tiende a conciliar el desarrollo profesional con la vida personal y familiar.⁵⁰

Respecto de la misma forma de organización de la actividad laboral conlleva dos cambios fundamentales: "la separación del trabajador del centro del trabajo, como lugar normal de desarrollo de la prestación y la crisis del horario de trabajo, como elemento que defina la prestación laboral debida."⁵¹

También la de inclusión de grupos vulnerables, la igualdad de oportunidades el cuidado del medio ambiente.⁵²

Diversos autores al definir el teletrabajo están acordes en definirlo como un trabajo a distancia, pero al mencionar la herramienta de trabajo se mencionan tanto las telecomunicaciones, como las nuevas tecnologías; o incurren en inexactitudes como: "...toda actividad que se realice fuera de los locales de trabajo de la empresa a través del

⁵⁰Culqui Fernández, Ángela, González Torres, Adela, (2016), *El Teletrabajo: Una innovadora forma de Organización del Trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su Regulación Jurídica en el Perú*, Revista Derecho & Sociedad, N° 46, pp. 95-109, recuperado derevistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/18823/19043

⁵¹Juri, p.3

⁵²*Manual de buenas prácticas en teletrabajo*. (2011), 1ra ed. Buenos Aires, Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, p.8., recuperado de http://www.trabajo.gob.ar/downloads/teletrabajo/manual_buenas_practicas_2011.pdf

uso generalizado de aparatos informáticos y de las telecomunicaciones.”

El término informática se refiere al procesamiento de información por medio de dispositivos computacionales y electrónicos.

Por otra parte el significado de telecomunicación cubre una gama de formas de comunicación a distancia que van desde el uso simple de la telefonía, hasta las actuales aplicaciones como WhasApp.

Un trabajador con capacitaciones en el uso de programas computacionales podía hasta hace pocos años atrás, procesar trabajo por encargo en su domicilio, o en alguna dependencia alejada de las instalaciones centrales de la empresa empleadora y esta modalidad encajaba perfectamente dentro del antiguo concepto de trabajo a domicilio. Lo que diferencia al Teletrabajo, lo que le da su particularidad, y le coloca en un sitio de ambigua clasificación jurídica, es que se ejecuta a través de los TIC's. El teletrabajo está adquiriendo esta naturaleza por el uso exclusivo y cada vez más reiterado de prestar servicios a una o más empresa a través de la web por parte

del trabajador. Su herramienta principal es la combinación de la telecomunicación y la informática juntas. Algunos autores intentando ser más específicos se refieren acentuadamente a *telemática*.⁵³

Que el teletrabajo no tiene nada que ver con el vetusto trabajo a domicilio, será el objetivo de los párrafos que siguen. Aproximaremos una distinción conceptual entre el teletrabajo y el trabajo a domicilio.

1.1.- Teletrabajo y trabajo a domicilio.

Una revisión histórica nos permite visualizar el momento en que se materializa y conforma el teletrabajo como figura laboral y su esencial diferencia con el trabajo a domicilio.

El trabajo a domicilio se enmarca en la actividad laboral ejecutada, principalmente por cierto tipo de personas de escasa calificación, que trabaja en su casa

⁵³ Saco Barrios, Raúl, (2016), *El teletrabajo, Ponencia en el XIV Congreso Mundial de Relaciones de trabajo, "Nuevas tecnologías, Organización del Trabajo y Actores sociales en el Siglo XXI"*, Lima, Perú. Recuperada de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2954/2857, Cita varios autores e instituciones cuyas definiciones de teletrabajo aluden indistintamente a la informática, las telecomunicaciones y la telemática.

produciendo para un centro industrial, a cambio de una remuneración fija o a trato. En el Derecho español ha sido definido como "el realizado por una persona en su morada u otro lugar libremente elegido por ella, sin la vigilancia por cuenta de la cual trabaja ni de representante suyo, y de la que recibe retribución".⁵⁴ Se caracteriza al trabajo a domicilio por "la gran independencia jurídica de organización y de vida de aquellos que la realizan, frente a una gran dependencia de carácter económico".⁵⁵

En el mundo antiguo no encontramos situaciones laborales que pudieren llevarnos a hablar, en sentido propio, de trabajo a domicilio; concretándonos naturalmente al trabajo a domicilio por cuenta ajena, único que puede calificarse de esta forma. En Roma el artesanado, que trabaja en su domicilio, se caracteriza por la independencia del trabajo. La aparición del trabajo a domicilio como fenómeno generalizado, está vinculada a la transformación de las condiciones económicas operantes en el tránsito del artesanado al salariado, facilitada y acelerada por el desenvolvimiento de la vida comercial del siglo XV. Al aumentar los encargos, algunos artesanos se

⁵⁴ De la Villa, Luis, (1966), *El trabajo a domicilio*, Editorial Arazandi, , Pamplona, España. P.33

⁵⁵ *Ibidem*. P.34

convirtieron en *artisans-marchands*, respecto de los cuales los artesanos más pobres, juegan el papel de trabajadores a domicilio.⁵⁶

Con el advenimiento del industrialismo el trabajo a domicilio no desaparece, pero padece de precarización constante, y encubre los abusos que al momento-mediados del siglo XIX- intentaban mitigar las nuevas normas jurídicas que anunciaban la formación de un derecho laboral. La actividad lleva una fuerte nota de inferioridad social, con intentos por hacerla desaparecer prohibiéndola, a veces, o de hacer extensiva a ella la protección del derecho del trabajo.⁵⁷ El estereotipo nos indica que se trata, generalmente de una actividad realizada por mujeres, que realiza tareas productivas en su hogar, y entrega las piezas o productos terminados a la gran industria, percibiendo una remuneración baja.⁵⁸

⁵⁶ *Ibidem*. El proceso suscitó reacciones de los gremios y las autoridades en países como España. Pero no se desarrolla por no ser materia de este trabajo.

⁵⁷ *Ibidem*. Primera parte. El trabajo a domicilio como hecho social. En la Conferencia de La Habana de 1935 se llegaba a la siguiente conclusión: "...el trabajo industrial a domicilio por cuenta ajena debe abolirse como forma de producción en los países de América por ser contrario al interés de los trabajadores y de la economía nacional". En cambio la Conferencia de Bolivia de 1948, la "Carta Internacional Americana de garantías sociales", señaló la necesidad de proteger el trabajo a domicilio. Pp.36-37.

⁵⁸ Martínez Sánchez, Rebeca, (2012), *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, Retos II, Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador.,p. 145, Recuperado

La utilización de los medios de telecomunicación es sólo de contacto con el empleador, no de herramienta de uso directo en la actividad productiva.

En una concepción radicalmente diferente, el teletrabajo es una relación laboral o de prestación de servicios, cuya principal característica es la de ser un trabajo hecho a distancia *por medio de soportes telemáticos*, que hacen innecesaria la presencia física del *teletrabajador* en las instalaciones de la empresa para la cual trabaja (el centro de trabajo). Es esta característica la que perfila esta forma de trabajo como una institución que escapa a los moldes ortodoxos de la normativa laboral y le hace residir en una zona intermedia entre las reguladas por las normas del trabajo y otras normas no laborales.

El teletrabajo tiene potencialmente múltiples facetas jurídicas, ya que puede desarrollarse como una actividad empresarial, de prestación de servicios o trabajo autónomo,

como un contrato de cooperación, o como contrato de trabajo descentralizado.⁵⁹

El Convenio 177 de la OIT define el Teletrabajo como: "cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías." En su definición "abarca situaciones muy diferentes, puede tratarse de un trabajo de tipo organizativo que lleve a la empresa a desplegarse hacia el exterior, dotando a sus trabajadores de equipo y transfiriendo así los puestos de trabajos al domicilio de éstos. También puede agruparlos en centros satélites, con los cuales permanece en contacto telemático constante."⁶⁰

Lo anterior nos dice claramente que para que exista teletrabajo es necesaria la aplicación de las tecnologías de la comunicación e información. "Es un trabajo a distancia que utiliza preferentemente y permanentemente las herramientas informáticas de las telecomunicaciones..."⁶¹

⁵⁹ Manual (2011), ob. cit. p. 11

⁶⁰ Juri, ob. Cit., p.21

⁶¹ Ibidem., p.22

El interés por el recurso información, surgió durante la crisis económica de los años 70 del siglo XX. A efectos de ahorrar energías, se fomentó el trabajo a distancia que ahorra costos en desplazamiento, conforme a la idea de "tele desplazamiento" o "tele conmutación" (*telecommuting*) incubada por el físico de la NASA Jack Nilles el año 1973. El concepto se extiende a aquellos trabajadores que requieren numerosos desplazamientos y que desde cualquier parte pueden contactarse con las empresas que contratan sus servicios gracias a los medios de comunicación electrónica. El uso de tecnología comunicacional relativiza el factor espacio /tiempo. Surge la idea de flexibilización que muta la importancia del indicado factor. Aparecen los términos "horario fijo" "horario flexible" como contrapuestos. De allí "trabajo flexible" (*flexible working*). Es lo que ocurre en los EEUU en 1980, cuando un sector del área de telecomunicaciones es liberalizado siguiendo los conceptos del neoliberalismo.

A partir de aquí ya tenemos la figura del teletrabajo, directamente ligado al desarrollo de las tecnologías de la comunicación. Ya en el periodo 1995-1996, en Europa un 2% de la masa laboral empleada eran tele trabajadores. Se ha

definido al teletrabajo como la figura en que "trabajadores asalariados realizan todo o parte (regular u ocasionalmente) de su trabajo fuera del sitio habitual de su actividad, normalmente desde el hogar, utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación"⁶². Esta definición se apoya en el salario como elemento de la relación laboral. La misma autora ofrece la siguiente definición: "El teletrabajo es una aplicación de las telemáticas a entornos empresariales, el mismo implica la relación laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, considerando de igual forma el contrato de trabajo a domicilio donde la prestación de la actividad se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, sin vigilancia del empresario y utilizando medios telemáticos proporcionados mayormente por la empresa contratante. En este sentido, el teletrabajo posibilita enviar el trabajo al trabajador; no el trabajador al trabajo. La definición pone el acento en la propiedad de los medios o herramientas de trabajo ocupados

⁶²LubizaOsioHavriluk,, (enero-junio 2010), Citando a CIDE:2007 en *El teletrabajo:Una opción en la era digital*, Observatorio Laboral Revista Venezolana 3(5), p. recuperado de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajo-3252786%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajo-3252786%20(1).pdf)

en la labor para concluir que se está ante una relación laboral.

2.- Las TIC como elemento esencial del Teletrabajo.

Con la sigla TIC identificamos al conjunto de las Tecnologías de la Información y Comunicación, principal herramienta en el complejo sistema económico actual por su eficacia, estimulando la rapidez de reacción en los procesos productivos, incrementando el caudal de competitividad en cualesquiera, que sea la actividad, ya sea netamente comercial, o en lo puramente organizacional⁶³.

Existen numerosas definiciones en relación con las tecnologías de la información y comunicación o TIC. Algunas de ellas:

a) Tecnologías de la información y comunicación es el conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de información en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza

⁶³Juri, Ob.cit., p.23

acústica, óptica o electromagnética. Las TIC incluyen la electrónica como tecnología base que soporta el desarrollo de las telecomunicaciones, la informática y la audiovisual;

b) Tecnologías que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular las computadoras y programas que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información;

c) Las TIC se conciben como un universo de dos conjuntos, representados por las tradicionales tecnologías de la comunicación, principalmente radio, televisión y telefonía convencional, y por las tecnologías de la información, caracterizadas por la digitalización de las tecnologías de registro de contenidos (informática, de las comunicaciones, telemática y de las interfaces).⁶⁴

El profesor Ricardo Juri, caracteriza al Teletrabajo por los siguientes elementos:

a) El espacial o topográfico, la prestación se lleva a cabo en un lugar que no corresponde a aquellos en los que normalmente se realiza el trabajo en la empresa: el teletrabajador presta sus servicios fuera de las

⁶⁴ Manual (2011), ob.cit. p. 12

instalaciones de ésta. Es un tipo de trabajo a distancia; pero sostengo que no es una especie de trabajo a domicilio, según lo expuesto antes;

b) El segundo elemento es que el teletrabajo se desarrolla a través de las TIC; pero no preferentemente, como concluye el autor, sino exclusivamente;

c) El tercer elemento es la habitualidad; no debe ser esporádico o marginal; y

d) El cuarto elemento es el trabajar de modo diferente sirviéndose de los elementos anteriores.⁶⁵

2.- Conexión trabajador/empleador.

El cómo se dio la relación laboral en la forma de producción industrial es aquello que le dota de su principal característica: la subordinación y dependencia. En los inicios esta relación llevaba la idea de una supuesta igualdad jurídica, lo que mostró luego fue lo iluso de esta noción. El evidente poder que la parte empleadora asumía frente a la parte trabajadora, mostraba

⁶⁵Juri, .pp.24-25

claramente que una de las partes quedaba en posición de evidente vulnerabilidad frente a la otra, lo que redundaba en que en la práctica el empleador se apropiaba de la personalidad del trabajador. Puesto que esta posición de subordinación y dependencia era inevitable y fuente de total desprotección del trabajador, el Estado hubo de intervenir la relación.

Este sello característico de la relación de trabajo propia del mundo industrial viene en debilitarse con la irrupción del teletrabajo vista como una forma de relación laboral.

Siendo el derecho del trabajo actualmente, un soporte del sistema económico, ya que se ha mostrado funcional al sistema capitalista⁶⁶, al mutar este último en novedosas formas de organización del sistema productivo acordes con el desarrollo tecnológico, es posible que acoja estas nuevas formas de prestación laboral, mirando con un prisma diferente la aplicación del principio de protección, quizá haciéndolo extensivo, evidentemente con otra regulación.

⁶⁶ Gamonal Contreras, Sergio, Fundamentos del Derecho Laboral, Legal Publishing Chile, 3° Edición, p.12, citando a GOLDIN, Adrián.

2.1.- Subordinación y teledependencia.

La legislación española asegura el control o vigilancia de la empresa al teletrabajador por medios tecnológicos. Es así como finalmente se ha especificado en el ordenamiento español esta forma de subordinación: la teledependencia; ésta resulta ser una renovada dependencia sin presencia física del trabajador en centros de la empresa;⁶⁷ de esta forma no se abriga dudas que la relación contractual está amparada por la ley laboral.

El debate sobre la naturaleza jurídica del teletrabajo es resuelta, en ocasiones, reconociendo el ordenamiento una categoría intermedia entre trabajador autónomo y trabajador dependiente, una categoría propicia para absorber conceptualmente el contrato de teletrabajo. Es el caso de España en la que en una ley de 2007 creó la figura del "autónomo económicamente dependiente", definido como un trabajador, con autonomía, con equipos propios, e independiente, pero que al menos, por contrato, el 75 por 100 de su producción y sus ingresos van y provienen de una

⁶⁷LaheraForteza, ob.cit., p.58

misma empresa. Esta figura cuenta con una protección proveniente de una regulación especial, mayor que la que tiene un trabajador autónomo.⁶⁸ Conforme a lo apuntado en el capítulo 1 respecto al concepto de naturaleza jurídica, la *ratio essendi* del teletrabajo, su razón de ser, su potencial desarrollo como relación laboral, nos lleva, por medio de la aplicación del principio de protección, a desarrollar normas que lo regulen, distantes de la protección directa al trabajador. Se diría que se protege, más bien, el sistema de producción y la actividad económica.

2.2.- Herramientas de trabajo y su propiedad como factor de subordinación.

La facilitación de las herramientas de trabajo por parte del empleador al teletrabajador, puede ser un rasgo distintivo de la relación de subordinación en la relación contractual. Es así tanto, que en materia de la tutela de determinados derechos garantizados por la constitución, como es el de la inviolabilidad del hogar y de toda forma

⁶⁸ *Ibidem.*, p.59

de comunicación privada, derecho que fue parcialmente recogido en el Procedimiento de Tutela Laboral -según se lee en el Artículo 485 del Código del Trabajo, al disponer que este procedimiento, es aplicable respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral, por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales del trabajador,(entendiéndose entre otros, los consagrados en el Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política)y que alude a lo "relativo a toda forma de comunicación privada." El caso es que la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador la trabajadora, escritas a través de medios tecnológicos, en el caso de un trabajador a distancia que opera con equipos facilitados por el empleador, adquiere una relevancia particular.

El caso "Cronos" en procedimiento de tutela ventilado en el Juzgado del Trabajo de Copiapó, bajo RIT N° T-1-2008, el cual tuvo por objeto ventilar en el caso concreto, si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales, leer el respaldo de una comunicación privada y luego utilizar el mismo públicamente; o si éste acto vulnera derechos fundamentales del trabajador que conforman parte del núcleo esencial,

central, que debe ser protegido de manera especial y fuerte del ataque de terceros. El juez del trabajo al resolver que el despido de la trabajadora fue consecuencia directa de la vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que asiste a la demandante, fundó su decisión en el método de ponderación, y señala en su fallo, que ante la colisión de derechos que se le plantea no existe norma que resuelva el conflicto, y por ende no es posible subsumir los hechos en una norma de rango legal; descartando que los artículos 5 o 184 del Código del Trabajo, contengan una preceptiva que permita resolver la contienda. El fallo ha sido seriamente criticado señalándose que la fórmula empleada por el juez laboral se basa en argumentos que carecen de absoluta relevancia para el caso, bastando para resolver la cuestión debatida, la aplicación simple y sencilla del precepto constitucional.⁶⁹

“En esta hipótesis de conflicto, es el empleador, al ejercer sus funciones de dirección y organización respecto de la empresa, quien dispone la forma en que deben usarse los medios tecnológicos con que cuenta para el logro de sus objetivos económicos y que se entregan al trabajador para

⁶⁹ Mella Cabrera, Patricio, 2013, *Los derechos laborales de doble regulación. Constitucional y legal*, Tesis, Universidad de Concepción, pp. 53-55

el mejor desempeño de la labor. Estos medios son de propiedad del empleador, y en principio éste puede regular, limitar o restringir el empleo de estos medios electrónicos -como ocurre con las cuentas electrónicas de la empresa- o el uso material de ellos -computadores, teléfonos, muebles, cajas cerradas u otros- pero este poder no puede tener un carácter absoluto y su límite está constituido en este caso por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador.”⁷⁰

Aparentemente es imperativo que sea el empleador quien aporte los equipos para la realización del teletrabajo, computador, “modem”, líneas telefónicas, conexiones a internet de calidad, etc. De otro modo los vínculos de dependencia serían mínimos, ya que el empleador no podría exigir plazos de entrega, ni condiciones específicas respecto al lugar en que se realizará el trabajo, ni exigir una determinada cualidad o calidad al computador a utilizar en cuanto a velocidad, funciones determinadas o capacidad apta para estar en línea con la matriz. Tampoco el empleador podría exigir algún tipo de cumplimiento o exclusividad en el trabajo. El equipamiento y su provisión

⁷⁰Ibidem, p. 55.

son de la esencia de esta figura laboral. De lo contrario el empleador no estaría ni obligado a contratar un seguro por los equipos, ni exigir confidencialidad ni privacidad de la información a la que el teletrabajador tenga acceso.⁷¹

Sin embargo, la propiedad de los medios informáticos del teletrabajador no debería ser obstáculo para declarar la laboralidad, es un dato al que se le da un exceso de importancia.⁷² Así nuestro Código del Trabajo en el Artículo 7º señala como elementos de una relación laboral la prestación de servicios bajo dependencia y subordinación por parte del trabajador, y el pago de la remuneración por parte del empleador. Cabría esperar que baste la presencia de estos elementos en una relación contractual con teledependencia para asegurarnos de estar ante un contrato de trabajo y no un arrendamiento de servicios, independiente del titular propietario sobre los medios tecnológicos ocupados en el teletrabajo.

La verdad es que todos los factores descritos pueden perfectamente quedar estipulados en un contrato de

⁷¹Juri, ob.cit. ,pp. 105-106

⁷²LaheraForteza, ob. cit.

servicios, incluidos el aseguramiento por los equipos. El que emerja toda esta tendencia a la indefinición de la figura es sencillamente, que esta forma de trabajo a distanciacomienza a no quedar circunscrita dentro del entramado de normas y principios que forman el derecho del trabajo, y que son consecuencia de la relación de subordinación generada en el trabajo asalariado industrial. El teletrabajo está configurándose en un mundo de relaciones sociales muy distintas. El virtualismo cibernético en que se proyecta el teletrabajo escenifica relaciones humanas propias del momento histórico que hoy vivimos, entre ellas las laborales, no contempladas en normas jurídicas vigentes. Las antiguas y clásicas normas civiles que tipificaban la prestación de servicios no regulan esta figura laboral en forma satisfactoria. Es una forma de relación de trabajo que en gran medida es aún dependiente del empleador, quien conserva aún el control y dirección de la actividad productiva, pero con rasgos tan generales que la independencia del teletrabajador adquiere rasgos que el operario industrial clásico no tenía ocasión de tener. Esto resulta patente dependiendo el tipo de

modalidad de teletrabajo que se estipule en el contrato, como veremos en lo que exponemos a continuación.

3.-Modalidades de teletrabajo.

De partida, los autores concuerdan que el teletrabajo es de difícil definición, ya que en esta fase experimental, por decirlo de alguna manera, de su aparición se ejecuta bajo un control estricto de planificación y monitoreo. Y es justamente que su naturaleza misma la convierte en una forma de actividad económica que escapa a los patrones de trabajo conocidos hasta hoy. De ahí que en Europa, por ejemplo, la legislación laboral y el ejercicio de los derechos colectivos, se empeñen en que los teletrabajadores sean expresamente contemplados como participantes de los contratos colectivos y la actividad sindical, para hacerlos partícipes del principio de protección laboral-como veremos en el Capítulo 7.

Una de sus definiciones apunta a que el teletrabajador podría prestar servicios a más de un empresario a la vez: "...el concepto de teletrabajo se vincula exclusivamente con quienes, de forma originaria o como fruto de un acuerdo de externalización de funciones previamente desarrolladas de

forma presencial, desarrollan un trabajo en beneficio de uno o más empresarios, bien desde su domicilio o bien desde otro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de medios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar en conexión con el destinatario de su actividad."⁷³ Esta característica vuelve paulatinamente muy difusa la condición de subordinación, haciendo que uno de los principales principios que definen al trabajo regulado por normas jurídicas laborales se vuelva inocuo.

El que esta nueva modalidad de actividad laboral sea definida de diversas maneras es lo que dificulta el darle una caracterización definitiva. Admitiendo que la acepción del término, para nominar al objeto aludido admite dos entradas caracterológicas tipo, que son: en primer lugar el referirse a una actividad que se ejecuta a distancia, por cuenta ajena o por cuenta propia; en segundo lugar, al uso de la telemática como herramienta y soporte principal de ejecución.

⁷³ Sanguinetti, Raymond, 2003, *Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, citado por Saco Barrios, Raúl, ob. Cit., p. 327

Es de notar que en la radical diferencia entre el trabajo subordinado clásico y la modalidad del teletrabajo, induce a que su implementación, casi experimental aún, acentúe el control sobre los factores que mantienen a esta forma de trabajo en subordinación, en compatibilidad con la vida familiar, en el control de horarios o cumplimiento de metas, u otros factores que no lo alejen de su condición jurídica de trabajador. Se habla también de "teledisponibilidad",⁷⁴ una forma de acotar y definir el tiempo en que el teletrabajador estaría disponible para la empresa.

Para lo que se hace empeño en la mantención del teletrabajador en una forma de trabajo en grupo, el no perder contacto con el resto de trabajadores de la empresa, ni el compartimento de información entre ellos y la empresa empleadora.

Para la perduración de trabajo en subordinación es importante el tipo de enlace empleador /trabajador que se utilice. Estos son y describiremos: 1. El teletrabajo on line; 2. El teletrabajo oneway line; 3. El teletrabajo off line

⁷⁴Juri, p. 105

3.1.- Teletrabajo on line.

O también twoway line, teletrabajo en tiempo real o interactivo, es la más típica. Existe una conexión entre la empresa y el ordenador o computador utilizado por el teletrabajador. El teletrabajador opera con un video terminal inserto en una red informática que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos.⁷⁵

En esta modalidad habiendo relación de subordinación, ésta es intensa y el control se produce constante y contemporáneamente a la tarea realizada. Son posibles directivas o controles en tiempo real, mucho más profundos, ocultos y sofisticados que aquellos típicos realizados en la relación tradicional de trabajo. Pasa de ser un control periférico, discontinuo y parcial a ser un control centralizado y objetivo (incorporado a la máquina) que se verifica en tiempo real. El trabajador se desempeña tal cual si estuviera desempeñando su actividad en el propio establecimiento. Está virtualmente en la empresa sujeto a

⁷⁵ Raso Delgue, Juan,(2001), *La contratación atípica del trabajo*, Montevideo, Montevideo; Rodríguez, Francisco Antonio, "El teletrabajo en España. ¿Trabajo subordinado o autónomo?", En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima. Citados por Saco Barrios, Raúl, ob. Cit., p. 335

la dirección del empleador de manera similar cualquier trabajador presencial de la empresa.⁷⁶

3.2.- Teletrabajo oneway line.

En esta modalidad la conexión entre el ordenador del teletrabajador y la empresa es unidireccional. O los datos sólo van del teletrabajador hacia la empresa o la información solo va desde la empresa al ordenador del teletrabajador.

Si el teletrabajo es subordinado y la trayectoria de la información va desde el teletrabajador hacia la empresa, la subordinación es fuerte y la empresa puede conocer cada movimiento del teletrabajador; en cambio, si el flujo de datos corre sólo desde la empresa al ordenador del teletrabajador, la subordinación es más bien débil y el teletrabajador recibe más bien indicaciones en lugar de órdenes de parte del empleador.

⁷⁶ Saco Barrios, Raúl, ob. Cit., p. 336

3.3.- Teletrabajo off line.

También llamado desconectado, en esta modalidad no existe interacción entre el empleador y el teletrabajador. El trabajador, a partir de unas instrucciones iniciales desarrolla una actividad informática por cuenta propia, sin conexión alguna con el computador central de la empresa, al cual solo después hace llegar los datos. Fase esta última que puede ser concluida mediante el envío de pendrive, de documento adjunto a correos electrónico, etc., para ser reelaborados en la misma empresa, como cualquier material de trabajo inacabado. En esta modalidad la falta de interacción entre empleador y trabajador hace imposible el control durante el desarrollo de la actividad, ésta se limita al momento en que el trabajador entrega la información pertinente, en que recién puede ser verificada la adecuación del producto a lo inicialmente requerido al trabajador.

La relación de subordinación en esta última modalidad se ve muy atenuada.

Como resultado de los cambios a los que prácticamente se ha visto obligado el hombre con la aparición de las

tecnologías de información y de la permuta del rechazo por la aceptación como un nuevo valor, nace la llamada era del conocimiento, y con ello una nueva disciplina, la gestión de él, que es un aspecto altamente diferenciador. Quienes poseen los conocimientos y tienen la información, emergen y se sustentan con mayor éxito. A su vez, las organizaciones comienzan a gestionar el conocimiento, a tratar de capturarlo y retenerlo para sí. De esta manera se afirman en las teorías de la competitividad, en las que el principal recurso de una organización es el conocimiento. La gestión por conocimiento consiste en establecer cuál es el valor de éste en el producto o servicio y cómo se da respuesta a las nuevas demandas de cambio del mercado, manteniendo una posición competitiva y utilizando en forma intensiva los conocimientos y las tecnologías de la información.

El uso de las tecnologías de la información es un facilitador en el tratamiento de conocimientos entre las personas y las organizaciones, ayudando a compartir lo que sabe y lo que se va aprendiendo, trascendiendo el espacio y el tiempo. Las tecnologías de la información pueden almacenar y distribuir una parte importante del

conocimiento de las personas. Con ello, las posibilidades de comunicación han crecido inmensamente.

En los últimos años también se agrega a esta nueva terminología otras expresiones, la llamada "era de la información" o "sociedad de la información" o "sociedad del conocimiento".

Es tan gravitante la intervención de las tecnologías de información en las relaciones actuales que la sociedad ha debido reorganizarse en torno a este nuevo modelo, estableciendo nuevas regulaciones y convenciones e incentivando la integración de las nuevas tecnologías en los diversos ámbitos de la sociedad: gobierno, servicios públicos, industria, ciencia, cultura, trabajo, educación, comercio, etc...."

Siendo este fenómeno de carácter universal, las sociedades están poniendo énfasis en establecer acuerdos de alcance global para integrar y promover el desarrollo de las tecnologías de información, respetando los diversos intereses y derechos y, a su vez, garantizando el acceso a las redes de comunicación, a los servicios anexos y a la interconexión."

"Entendemos la comunicación como la transferencia de información, desde un emisor a un receptor, pasando por un sistema de decodificación, a través de un canal determinado y asegurándose de que la información enviada sea recibida."

"La difusión de las tecnologías de comunicación origina cambios sociales, afecta las actitudes de las personas e influye en su comportamiento. Frecuentemente se menciona como detonantes de los grandes cambios los sistemas de audio y televisión, el radar y los satélites de comunicaciones; sin embargo, también debe reconocerse que las tecnologías anteriores de comunicación, como la escritura y la imprenta, también revolucionaron la civilización.

"..., se compara la emergencia de la sociedad de la información con la de la civilización industrial, por el fuerte impacto que está generando y porque pese a los riesgos y dificultades que este cambio plantea, parece imponerse la idea de que sería suicida negarse a introducir las tecnologías de la información en cualquiera de los ámbitos de la vida social."⁷⁷

⁷⁷Juri, ob.cit.

CAPÍTULO 4.

Los derechos laborales fundamentales y su protección en el teletrabajo.

El principal obstáculo que los derechos fundamentales de los trabajadores, reconocidos por pactos internacionales, y los convenios de la OIT, es que son esencialmente aplicables a relaciones de tipo colectivo. Si el concepto de un teletrabajador es que todo su contacto laboral es a través de las TIC, se tiende a visualizarlo como una entidad aislada. Empero el desarrollo de redes sociales, fenómeno que todos podemos constatar, lo que muestra es que las relaciones humanas a través del mundo digital son altamente colectivas. Por ello no sería obstáculo insuperable que el teletrabajador de una empresa estuviera en contacto permanente con el sindicato que afilie a los trabajadores que prestan sus servicios en las dependencias de la empresa empleadora. El Acuerdo Marco Europeo para el teletrabajo intenta superar esta deficiencia con la contemplación expresa del teletrabajo en

el ejercicio de derechos sindicales y contratos colectivos. En Europa esto se facilita por su fuerte tradición sindical y el ejercicio de derechos colectivos. En Latinoamérica, históricamente débil en el ejercicio de estos derechos, la implementación del teletrabajo como otra modalidad laboral, es muy monitoreada y fiscalizada por las mismas empresas que han optado por el experimento.⁷⁸

El fin del Derecho es mantener la paz en la sociedad con justicia social. Toda expresión requiere precisión conceptual. Podemos tener una idea de qué significa "paz social". No es tan clara la idea de qué significaría "justicia social". Con frecuencia se alude al temor de que el derecho del trabajo desaparezca. Una norma o un determinado conjunto de normas no pierden eficacia hasta que es sobrepasada por la dinámica de los cambios sociales y dejen de ser aplicables a una realidad social determinada.

Si entendemos el derecho como un sistema social compuesto por actos de comunicación que expresan y satisfacen expectativas, una de las más buscadas satisfacción de expectativas es la dinámica de

⁷⁸Darville, Paula, y Otros, (febrero 2018), *Evaluación Sistema de Teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Publicación de la Dirección de Presupuestos*, Ministerio de Hacienda, Chile, http://www.dipres.gob.cl/598/articles-171733_doc_pdf.pdf

comunicaciones en igualdad de condiciones. En tanto los actos comunicacionales, que representan hechos sociales - relaciones personales- en que uno de los participantes no observe disminuidas sus expectativas de poder negociador óptimo en sus actos comunicacionales, no se actualizará la posibilidad potencial de un quiebre estructural en el sistema social. "La función del derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación. Expectativa quiere decir aquí: no sólo el estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido, en la comunicación."⁷⁹

Los principios y derechos fundamentales del trabajo, forman parte de la Constitución de la OIT. Luego de un largo proceso que cobró mayor impulso durante la década de los noventa del siglo XX se llegó al reconocimiento global de agruparlos-Declaración de 1998- en cuatro categorías básicas: a) La libertad de asociación y la libertad sindical; b) Eliminación definitiva de toda forma de

⁷⁹Luhmann, Niklas, 2003. *El derecho de la sociedad*, versión en español formato electrónico. *Das Recht der Gesellschaft* en la versión original. Recuperado de <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad>

trabajo forzoso u obligatorio; c) Abolición efectiva del trabajo infantil; y d) Eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos cuatro principios o derechos fundamentales se han expresado y desarrollado en los ocho convenios de la OIT que se consideran como fundamentales, y que expongo en orden cronológico: el Convenio N° 29 de 1930, sobre el trabajo forzoso; el Convenio N° 87; Convenio N° 98; Convenio N° 100; Convenio N° 105; Convenio N° 111; Convenio N° 136; y Convenio N° 182 de 1999. La OIT ha dado la lucha para conseguir la ratificación de los convenios que contienen estas cuatro directrices básicas. A continuación una exposición y repaso del contenido de estos principios y derechos fundamentales y su relación con la modalidad del teletrabajo. Antes considero importante ver la relación entre el teletrabajo y el ejercicio del derecho de huelga que como trabajador subordinado pudiere hacer valer.

1. La huelga.

El pensamiento francés hace la distinción entre derecho de huelga y derecho a la huelga, distinguiendo también, entre paralización total y paralización parcial

del trabajo. Por derecho a la huelga entiende la doctrina francesa, la facultad de suspender cualquier labor, independiente de su legalidad o ilegalidad; por derecho de huelga es entendido el conjunto de las disposiciones legales por medio de las que, con un procedimiento establecido, se llega a la suspensión de las labores, sin perjuicio alguno a los intereses sociales y patrimoniales de los trabajadores.⁸⁰

Su reconocimiento como derecho humano, y fundamental dentro del ámbito laboral, adopta dos formas: una explícita, referente de la cual es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Artículo 8 letra D-, y otra implícita, advertida, verbi gracia, en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical, cuyo ejercicio, de acuerdo a todas las interpretaciones incluye el derecho de huelga.⁸¹

Considerado como legítimo medio de defensa de los intereses económicos de los trabajadores - de acuerdo al Comité de Defensa Sindical, Consejo de Administración de la

⁸⁰ Barajas Montes de Oca, Santiago, (1990), *Derecho del Trabajo*, Instituto de investigaciones científicas, Universidad Autónoma de México,. P.46.

⁸¹ Varas Marchant, Karla& Toledo, César, (2014), *La huelga un derecho fundamental*, Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014, Ediciones universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

OIT, implicaría que la huelga no se reconoce como herramienta defensiva de otros intereses.

Sin embargo, en otros reconocimientos se ha hecho extensiva la legitimidad de la huelga como medio de defensa de derechos sociales. Y en otras resoluciones incluye a los derechos profesionales.⁸²

Supuesto y aceptado que el teletrabajador puede ser miembro de organizaciones de trabajadores, ya sea de sindicatos que afilien a toda clase de trabajadores de una empresa, o sea de un tipo de organización sindical propio de teletrabajadores, si el número de ellos es lo suficiente para cumplir requisitos legales y pueda tener efectividad negociadora, el teletrabajador tiene la facultad de ejercer este derecho. Respecto del derecho de sindicalización y el teletrabajo, una forma de establecimiento del trabajo a distancia por medio la existencia de un intermediario entre el que requiere los servicios de acuerdo a sus instrucciones y el teletrabajador es el de teletrabajo en los telecentros. Ciertas obligaciones no existen más que entre el dador de las órdenes y su trabajador, pero algunas pueden también

⁸² OIT, (2006), *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5° ed. (revisada), Ginebra, párr. 520

concernir de manera más o menos directa al propietario del telecentro. En estos casos el que recibe órdenes es el encargado del local quien, a su vez las exige de los trabajadores a su cargo. La relación laboral se va a dar entonces entre este y los trabajadores. El reagrupamiento de los trabajadores en un mismo local, cumpliendo funciones semejantes, permite un ejercicio más fácil de los derechos sindicales.⁸³

También el ejercicio del derecho a huelga.

2.- El derecho de sindicalización.

La Revolución Industrial tuvo un carácter muy individualista. Fue el resultado de millares de esfuerzos individuales, sin orientación y sin control. El éxito se debió a lo que se dio en llamar en aquella época el "egoísmo ilustrado". En los debates parlamentarios de la época era muy difícil convencer a la mayoría parlamentaria de la necesidad de poner control a la inhumana actividad industrial en un ambiente que predominaba la creencia férrea en la omnipotencia del individualismo.

⁸³Juri, Ricardo, ob.cit., p.106

Afinales del siglo XVIII, la pobreza entre los trabajadores de los niveles más bajos era aceptada como una necesidad inevitable, sin la cual la industria no podía sobrevivir. Un artesano podía prosperar en su propio taller, el obrero urbano carecía totalmente de protección. Se creía que un jornalero tenía que estar medio muerto de hambre para aceptar y resignarse a las penosas tareas vinculadas a la producción industrial. Además otros factores contribuían al mantenimiento de esta situación: Los propios trabajadores temían morir de hambre si las jornadas laborales se acortaban. Y algunos sucesos confirmaban los temores.

Ejemplo de lo anterior fue el desempleo y la miseria que tuvieron que afrontar las mujeres que antes trabajaban en las minas tras la promulgación de la ley de minas en Gran Bretaña en 1842.

No obstante, cuando se constataba que las reformas eran posibles y practicables, los mismos trabajadores luchaban enérgicamente por lograrlas. Así sucedió en la época de los llamados comités de las diez horas, muy activos y fuertemente apoyados por los obreros de las

fábricas de tejidos de Lancashire, Inglaterra, entre 1840 y 1850.⁸⁴

Algunos empleadores, como Robert Owen (1771-1858), iniciaron experimentos de organización industrial con el objeto de humanizar la producción industrial y elevar el nivel social de los obreros. Aun así, era evidente que los trabajadores tenían que buscar su protección en ellos mismos, y comenzando a hallarse congregados en mayores números, se hizo posible la constitución de organizaciones grandes de trabajadores. Estas iniciativas chocaron de frente con el intenso individualismo imperante.

En el siglo XIX era muy arraigada la idea que la completa libertad de empresa y libertad de contrato era un derecho humano a proteger antes que cualesquiera otra cosa. En plena Revolución Francesa la ley Le Chapelier de junio de 1791, declaró que todas las asociaciones, los acuerdos de reanudación de trabajo, todas las huelgas, los cierres patronales, etc., constituían delitos contrarios a la Declaración de los Derechos del Hombre. Esto, por ejemplo, hizo que en Francia los sindicatos estuvieran fuera de la ley durante casi todo el siglo XIX. Sólo en 1884 la

⁸⁴ Oficina Internacional del Trabajo, (1965), *El mundo del trabajo ante la nueva era. Objetivo, estructura y tareas de la O.I.T., Manual de educación obrera*, Ginebra., pp. 14-15

legislación francesa reconoció el sindicalismo. En Inglaterra las asociaciones tanto de trabajadores, como de empleadores, eran consideradas conspiraciones criminales que atentaban contra la libertad de comercio, y se castigaban duramente. Al principio de las guerras napoleónicas en 1799-1800, leyes inglesas declaraban ilícito todo acuerdo entre trabajadores u otras personas para lograr mejoras de sueldo o reducción de la jornada de trabajo, o bien, impedir a otras personas trabajar. Eran consideradas coaliciones peligrosas y se castigaban severamente, con multas o hasta tres meses de cárcel. Las leyes en contra de las coaliciones se derogaron en 1824.

Los ciclos económicos, -las épocas de prosperidad y de depresión económica alternativas- fueron el factor determinante del desarrollo de los sindicatos. En las épocas de prosperidad los sindicatos revivían; en las de depresión se derrumbaban. Los empeños de idealistas como Robert Owen en Inglaterra, o en Francia: Saint-Simon (1760-1825), Fourier (1779-1837) y Louis Blanc (1811-1882), en poner el control de la industria en las manos de los

trabajadores mismos fracasaron. Pero este fracaso abrió el camino al verdadero sindicalismo.⁸⁵

Eran, igualmente, consideradas ilícitas las coaliciones de trabajadores en Bélgica, en los Países Bajos, en Escandinavia y en los Estados de la Confederación Germánica. La reglamentación prusiana de 1845 sobre los oficios prohibía las asociaciones de trabajadores, los acuerdos de paro y la ruptura de contrato. En Estados Unidos los tribunales se basaban en la ley inglesa sobre las conspiraciones. En Rusia los sindicatos fueron reprimidos severamente, y no fueron reconocidos por la legislación hasta 1906.

En Inglaterra se fue reconociendo el sindicalismo como uno de los derechos de los trabajadores, en virtud de dos leyes promulgadas en 1871 y 1875. Se dejaron de considerar ilícitas las huelgas y se autorizaron las formaciones de piquetes pacíficos. Quedaba prohibido, eso sí, el uso de cualesquiera métodos para obligar a otro trabajador a ir a huelga. En Francia una ley de 1864 levantó la prohibición de los acuerdos para ir a paro del trabajo, de modo que las huelgas y los cierres patronales

⁸⁵ *Ibidem*. pp.17-19

dejaron de ser ilícitos en sí. En 1884 la legislación francesa reconoció a los sindicatos. Bélgica por medio de una ley de 1866 derogó las disposiciones que prohibían las huelgas y los cierres patronales. La Confederación de la Alemania del Norte, abolió las restricciones sobre las coaliciones en 1869; en Austria Hungría en 1870 se adoptaron análogas medidas. Lo mismo ocurrió en Los Países Bajos hacía 1872 y en Italia en 1890. A finales del siglo XIX la mayoría de los demás países siguieron el mismo ejemplo y en los Estados Unidos de Norteamérica se constituyeron sindicatos nacionales, como la Federación Americana del Trabajo, en 1886. En el año 1948 la OIT adopta el Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; luego en 1949 El Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. En 1950 se instaura un procedimiento especial destinado a examinar las quejas por violación de la libertad sindical, el cual desembocó en la constitución del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Una crítica frecuente contra la libertad de asociación, el derecho de sindicalización y la negociación colectiva, es que su ejercicio puede socavar, especialmente

a corto plazo, la rentabilidad y la competitividad económica. En varios países muy afectados por los problemas de la deuda pública y la competitividad, las reformas estructurales apuntan a los mecanismos de negociación colectiva para suprimir lo que, en algunos sectores, se percibe como un factor de rigidez para el mercado del trabajo. Otros países, en cambio, disponen de unos mecanismos de negociación colectiva bien coordinados. Tanto la OIT como el Fondo Monetario Internacional (FMI) han subrayado la necesidad de que los beneficios derivados de la productividad se distribuyan de manera equilibrada, garantizando un nivel suficiente de demanda agregada lo que se relaciona directamente con el incremento en el nivel de crecimiento global y empleo agregado. La tasa de sindicalización laboral tiende, grosso modo, hoy en el mundo a ser oscilante sino a disminuir. Refiriéndose por ejemplo a Francia país de arraigada tradición sindical, dice Jean Claude Javillier, profesor de la Universidad de Paris y uno de los más destacados laboristas contemporáneos: "Dividido, debilitado, el sindicalismo francés ya no es el que era hace poco tiempo atrás". Las estadísticas relativas de la tasa de sindicalización,

publicadas por la OCDE y hechas suyas por la B.I.T. en su excelente publicación, El trabajo en el mundo (Ginebra, 1990, p. 60) figura Francia al final de la lista (la tasa más baja, alrededor del 12%). La conciencia cada vez más acentuada de empleadores y trabajadores de la misma empresa en cuanto a la necesidad de solidarizar ante la competencia con el consiguiente desinterés de éstos por los grandes colectivos laborales interempresas, y aún dentro de una misma empresa, la gravitación creciente de modalidades laborales individuales cada vez más especializadas y sujetas a regímenes salariales diversos, la progresiva desvirtuación del principio de subordinación y dependencia entre los actores sociales, causada, entre otros factores, por la presencia cada vez mayor y activa del trabajo independiente y en equipo más que subordinado, constituirán, entre otros factores esta baja de presión por lo colectivo propio de la dinámica sindical, lo que no implica, por cierto, descartar necesariamente otras formas diferentes de lo colectivo laboral en el futuro. A todo lo cual habría que agregar, por cierto, el progresivo retraimiento del Estado- otro constituyente fundamental del tripartismo- como tradicional y poderoso árbitro en los

conflictos del trabajo. Al tripartismo estaría sucediendo un énfasis más bien bipartito (empleadores y trabajadores) en el manejo de las relaciones laborales,. Sin embargo cabe advertir, salvo una insuperable precipitación de hechos que origine una verdadera crisis en el seno de la Organización, lo que parece improbable, no es posible que tales cambios se produzcan en breve; el peso de la tradición es, en efecto, grande en este tipo de organismos y los movimientos sindicales internacionales, lo hemos visto, siguen a pesar de todo activos en su estilo de siempre. Quede pues la respuesta definitiva entregada al tiempo y a esa proverbial sabiduría de que ha hecho gala la O.I.T.

3.- El trabajo infantil.

Es niño todo ser humano menor de 18 años. La UNICEF y otros organismos han definido como "trabajo infantil" todo trabajo que priva a los menores de su niñez, su potencial y su dignidad, y que resulta perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. En detalle es el trabajo que: Es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral de los niños; Interfiere en su escolaridad pues no les permite asistir regularmente a clases, obligándoles a

abandonar su formación escolar, o bien les hace combinar el estudio con una jornada de trabajo agotadora. Ambos factores pueden ir juntos o separados. No se define como trabajo forzoso aquel en que el niño está desarrollando una habilidad innata, verbigracia, un talento inusual para la informática u otro tipo de actividad que pudiera ser compatible y aun complementaria con su formación escolar. Remunerada y monitoreada por el sindicato de la empresa empleadora. Bajo condiciones de esta índole un menor estaría apto para un teletrabajo legal. Quedan fuera de excepción aquellas actividades que evidentemente, son áreas no compatibles con el teletrabajo: Minas o canteras; labores agrícolas; trabajo doméstico; esclavitud y trabajo forzoso; prostitución, y trata de menores.

4.- Discriminación laboral.

Discriminar es hacer distinciones entre las cosas o las personas. Las distinciones pueden ser positivas o negativas. Positivas en el sentido de exigir que el postulante a un cargo de trabajo reúna ciertas capacidades y competencias mínimas para desempeñarlo; negativa si está referida a características del postulante racionalmente

consideradas incompatibles con dicho cargo. El código sistémico se reduce a la diferenciación comunicativa apto/no apto. La aptitud para el cargo laboral se consolidará una vez acoplada semánticamente la actividad del trabajador a la operatividad sistémica de la sociedad. Se desacoplará al no verificarse las expectativas de aptitud esperadas. Las comunicaciones previas a la contratación, las que son referidas a la selección de los postulantes no son operaciones al interior del sistema Derecho, sino operaciones en la sociedad, que es el entorno del Derecho como sistema. En ella la significación "no apto" pudiera ser actualizado como diferenciación atracción/aversión.

Esta pudiera aparecer al momento de selección para contratar. Es el momento en que se haría patente su condición de género, su raza, alguna forma de discapacidad, etc. Es probable que el teletrabajador al no ser de presencia física, experimente una notoria disminución ante el impacto que ésta causaría en sus compañeros de trabajo o su jefatura. El Artículo 19 del Código de Trabajo parecería más ajustado a la regulación del establecimiento de una cuota de nacionales mínima obligatoria, que una norma de

imposición xenofóbica. La situación del teletrabajador haría patente las diferencias en el pago de remuneraciones ya que la condición de sexo o género tiende a invisibilizarse en el teletrabajador.

Un tratamiento aparte es respecto del *mobbing* laboral. Las redes sociales han puesto de manifiesto la facilidad para ejecutar estas conductas nocivas en contra de una persona, y en general el *modus operandi* se asemeja a lo descrito por Heinz Leymann: "Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo."⁸⁶ Claramente no encuadra con el trabajador a distancia y los ataques personales través de la web que sí son implacablemente nocivos requieren un tratamiento desde el Derecho Penal. Por otra parte las teorías acerca de la

⁸⁶Citado por Caamaño Rojo, Eduardo, *El acoso laboral, tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales*, Revista *Ius et Praxis*, Año 20 N° 1, 2014, pp. 67-90. Universidad de Talca, Chile. p. 70

discriminación directa y la discriminación indirecta casi no tienen aplicación en el teletrabajo. Al ser una actividad hecha a distancia y por medios tecnológicos, sólo justificaría una preferencia de sexo o racial en el caso de probarse que las características del teletrabajo se ajustan más a un determinado sexo o raza.

5.- Eliminación del trabajo forzoso.

Se entiende por trabajo forzoso, de acuerdo a una conceptualización de la OIT, Convenio 29, "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente". Incluye a todo tipo de trabajo o servicio, sea industrial o cualquier sector de la economía, informal o formal, ilegal o ilegal. Se aplica genéricamente a toda persona humana, no importando su edad, nacionalidad, sexo o condición. Se considera irrelevante si la persona sea natural o no del país en el cual es forzada. La amenaza bajo la que coaccionada puede ser una sanción penal, violencia, retención de documentos de identidad, confinamiento o impago de salarios. También puede estar

referida a la pérdida de derechos y privilegios. El elemento de voluntad está referido al consentimiento del trabajador para incorporarse al empleo y dejarlo libremente en cualquier momento, ajustando su conducta a las normas legales que regulan la finalización de las relaciones laborales. Según establece la OIT, la ausencia de consentimiento se verifica en las siguientes realidades sociales: a) Nacimiento en esclavitud o servidumbre, o ascendencia esclava o servil; b) Rapto o secuestro físico; c) Venta de una persona a otra; d) Confinamiento físico en el lugar de trabajo, cárcel o detención privada; e) Coacción psicológica, ésta como orden de trabajar bajo amenaza creíble de pena en caso de incumplimiento; f) Endeudamiento inducido (mediante la falsificación de cuentas, el aumento exagerado de precios, la reducción del valor de los bienes o servicios producidos, o el aumento excesivo de los intereses; g) Engaño en el tipo de trabajo o promesa de condiciones de trabajo que resultan falsas; h) Retención o impago de salarios; i) Retención de documentos de identidad o efectos personales de valor. En cuanto a la amenaza de pena con la finalidad de mantener a una persona en trabajo forzoso pueden revestir las formas siguientes:

a) Violencia física contra el trabajador o personas allegadas a él; b) Violencia sexual; c) "Amenaza de" represalias sobrenaturales; d) Encarcelación u otro tipo de confinamiento; e) Penas financieras; f) Denuncia a la policía u otro tipo de autoridades, amenaza de deportación; g) Exclusión: de futuros empleos; de la vida social; h) Supresión de derechos y privilegios; i) Privación de alimentos, cobijo u otras forma de cubrir sus necesidades; j) Cambio a condiciones de trabajo peores; k) Pérdida de condición social. Concepto de Responsabilidad Social de la Empresa implica que ésta en forma: voluntaria-que va más allá de sus obligaciones jurídicas-, sistemática-no ocasional- e integrada-no es un acto de filantropía, sino parte de la actividad productiva-, asume que la actividad de la empresa tiene repercusiones en la estructura social. La formas más comunes de trabajo forzoso: Inducción por deudas; b) Trabajo forzoso en la cárcel; c) Trabajo forzoso como resultado de la trata de personas; d) Coerción en el empleo; e) Trabajo forzoso vinculados a sistemas de contratación de mano de obra.

CAPÍTULO 5

Los principios del Derecho del Trabajo y su aplicación al teletrabajo.

Los principios generales del Derecho como fundamento axiomático del orden jurídico puede ser susceptible de gradación. Podemos considerar en la gradación más general a los primeros principios; luego a los que son comunes a la gran mayoría de los órdenes jurídicos; a los de cada orden jurídico estatal; a los principios jurídicos sectoriales, que son propios de una rama del Derecho⁸⁷. Así los primeros principios corresponden a un ámbito ético jurídico, ya que en éste se confunden como límite la ética y el Derecho. A este ámbito pertenecen normas-principios tales como: *omnes sicutteipsum* (a todos como a ti mismo); *bonumestfaciendum et prosequendum et malumvitandum* (se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal); *honeste vivere*,

⁸⁷Lalanne, ob. cit., pp. 150-156

alterum non laedere, suum cuique tribuere (vivir honestamente, no dañar a otros, dar a cada uno lo suyo). Estos principios son verdaderos axiomas, porque no pueden ser demostrados recurriendo a reglas o principios más generales. Tienen su validez en su contenido propio. A partir de estos se puede descender y determinar los principios propiamente jurídicos, como los principios elementales de justicia: el principio de justicia legal; el principio de justicia distributiva; y el principio de justicia conmutativa o correctiva. En un orden cercano encontramos aquellos principios que se nos aparecen como verdades supremas del derecho, que por racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos, como prohibición de matar al prójimo, el respeto de la propiedad ajena y castigo del robo. A continuación podemos situar a los principios propios de cada orden jurídico estatal, es decir, los principios tradicionales o nacionales que dan su típica fisonomía al orden jurídico de cada pueblo. Y por último constatamos la existencia de principios sectoriales, que son propios de una rama del derecho, tanto las más generales y comunes a todos los pueblos, como los peculiares a cada orden jurídico estatal. Podemos

caracterizar a los principios de una rama del derecho como las proposiciones prácticas más generales que sirven de criterio fundamental y que gobiernan las llamadas "ramas del Derecho".

1. Principios propios del Derecho Laboral.

1.1.- Principio de protección o protectorio.

Es probable que el principio de protección y su aplicabilidad sea el que marque en definitiva, la frontera entre las normas laborales y las normas civiles especiales o no aplicables al teletrabajo. El trabajo no es una mercancía es un concepto referido al trabajo asalariado. Pues deja los servicios de actividades liberales bajo el concepto de mercancía. Orden público Social (difiere de Orden Público Genral) implica: Flexibilidad laboral acompañada con fortalecimiento de estándares como salario mínimo, estabilidad en el empleo, jornada favorable a dedicación al tiempo familiar. En el caso de Chile, el principio de protección es un pilar del derecho del trabajo. Cautela la dignidad del trabajador, gran valor o

metaprincipio de los derechos humanos ⁸⁸ Aunque esto pudiera colocar al derecho del trabajo en el tronco mismo de los derechos fundamentales, la protección del trabajador en los términos señalados es fruto de una transacción política, no es absoluta. Para que exista derecho laboral la empresa debe funcionar económicamente. El derecho laboral no sólo protege derechos del trabajador, sino que resguarda derechos del empleador. Hablamos así de una *protección flexible del trabajador*.⁸⁹ Inaplicable la protección de la jornada laboral. Uno de los fundamentos éticos que yacerían en las bases del principio de protección es que dejar al trabajador sujeto a la autonomía privada y al mercado implica cosificarlo y convertirlo en un verdadero objeto de derecho, disponible al mejor postor.⁹⁰ Sin embargo es esta cualidad, que resulta patente en el trabajador que está directamente sujeto a un empleador dentro de un recinto de trabajo, la que tiende a difuminarse en el teletrabajador, quién tiende en los hechos a asimilarse al trabajador independiente; su flexible forma de operar es análoga a la de un profesional

⁸⁸ Gamonal Contreras Sergio, (2013), *El principio de protección del trabajador en la constitución chilena*, Estudios constitucionales, año 11, N° 1, U. Adolfo Ibáñez, recuperada de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art11.pdf>

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*

liberal; más cuando lo más probable es que el teletrabajador sea contratado por su especialísima capacidad técnica. O bien las condiciones en las que se contrate dependerán directamente de la realidad coyuntural económica: favorecerán la flexibilidad en la actividad empresarial si la productividad atraviesa dificultades; serán protectoras del trabajador en épocas de bonanza; entonces el principio de protección sería extensivo a toda clase de relaciones laborales⁹¹. Esta sería una extensión que vaya mucho más allá de las condiciones de trabajo que dieron origen a este principio, que era la evidente desprotección del asalariado industrial carente de calificación, que era reclutado como mano de obra barata debido a su urgente necesidad de subsistencia.

1.2.- La norma más favorable al trabajador.

En la jurisprudencia francesa se conoce como el *principio de favor*, que implica que frente a un conflicto de normas debe preferirse la más favorable al trabajador.

⁹¹Ibidem, citando a Santoro-Passarelli quién se pregunta si esta protección no debiera también extenderse a las relaciones de trabajo que, aunque no subordinadas, implican servicios personales y continuados.

1.3.- In dubio pro operario. Manifestación fundamental del principio de protección, éste señala que ante varias interpretaciones posibles del sentido de una norma ha de preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador; se diferencia del principio de la *norma más favorable* en que apunta a la pluralidad de interpretaciones de una norma, no a la situación de conflicto entre dos o más normas. De acuerdo a Gamonal es una derivación del principio *in dubio pro reo* del derecho penal, en el cual en el caso de duda al interpretar una norma debe preferirse aquella que beneficie al deudor; en las demandas laborales el trabajador es el acreedor, por ello debió corregirse la norma civil. Se trata en realidad, de determinar el verdadero alcance y sentido, entre varios, de una norma; lo que debe aplicarse no sólo a la ley, sino al contrato individual de trabajo, al contrato colectivo y al reglamento interno de la empresa.⁹²

⁹²Gamonal Contreras Sergio,(2013),*El principio de protección del trabajador en la constitución chilena*, Estudios constitucionales, año 11, N° 1, U. Adolfo Ibáñez, pp. 425-458, recuperada de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art11.pdf>

1.3.- Principio de la condición más beneficiosa.

Este principio orienta en los casos en que exista una situación concreta anteriormente reconocida y haya habido sucesión en el tiempo de normas que regulan sobre la misma materia, en que la más reciente deroga a la anterior; determina que a la situación concreta reconocida le es aplicable, entre la nueva norma y la derogada vigente al tiempo de ser reconocida la situación en comento, la que más beneficie al trabajador.⁹³ Es reconocida como inderogabilidad in peius. Como principio puede ceder completamente en favor de un criterio civil y circunscribirse a la intangibilidad de los contratos prescrito en el Artículo 1545 del Código Civil.

1.4.- Irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Importa la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. Tiene su fundamento en

⁹³Palavecino Cáceres, Claudio, *Los principios del Derecho del Trabajo*, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Unidad_3_Apuntes_sobre_principios_de_Derecho_del_trabajo%20(2).pdf

el carácter de orden público de que están revestidos los derechos del trabajo.⁹⁴ El que las condiciones sociales de un momento histórico llevaran al Estado a intervenir configurándose de este modo los derechos laborales, hacen a éstos materia de orden público, no disponibles por las partes contratantes. Aquellos que benefician al trabajador son irrenunciables.

Sin embargo, en Chile la aplicación, de principios provenientes directamente del Derecho Civil en algunos fallos de la Corte Suprema, primando estos por sobre la tutela normativa laboral, está afectando la esencia misma de la protección jurídica al trabajador subordinado en el ámbito individual de las relaciones laborales. Preocupante por la innecesaria brecha entre Derecho y realidad que han generado los tribunales superiores de justicia, obviando en algunos casos los principios más básicos y las instituciones más elementales que dan forma al Derecho del Trabajo.⁹⁵

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Caamaño Rojo, (2009), Eduardo, *Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral*, En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, 1° Semestre de 2009) pp. 261-280

El desarrollo de estas teorías es "particularmente preocupante para la doctrina iuslaboralista, pues junto con afectar en muchos casos los cimientos sobre los que descansa la eficacia del ordenamiento jurídico laboral, se producen en un momento histórico caracterizado por las profundas transformaciones de la organización industrial y del trabajo subordinado, que están teniendo lugar en nuestra sociedad globalizada, las que han tensionado y erosionado las bases mismas sobre las que se construyó la protección jurídica del trabajo."⁹⁶ Esto es evidente en los fallos que restringen la función fiscalizadora de las Inspecciones del Trabajo por la vía de negar su facultad para calificar jurídicamente la existencia de una relación laboral.⁹⁷ Así también aquellas sentencias que postulan la supuesta procedencia de la doctrina de los actos propios como un criterio para juzgar el carácter laboral o civil de las relaciones contractuales entre un empleador y un trabajador. En una serie de fallos la E. Corte Suprema repite la misma débil línea argumentativa a propósito de calificar, en un supuesto arrendamiento de servicios inmatrimoniales, el trabajo subordinado del presunto

⁹⁶Ibidem, p.263

⁹⁷Ibidem, p. 265, Sentencias de la E. Corte Suprema, 10 de febrero de 2009, causa Rol N° 7817-2008; 26 de febrero de 2009, causa Rol N° 894-2009, entre otras.

trabajador autónomo.⁹⁸ La Corte Suprema termina desvirtuando el juicio sobre la existencia o no de subordinación -análisis estrictamente jurídico laboral- con la aplicación de la teoría de los actos propios. Esta teoría termina por desvirtuar el carácter consensual del contrato de trabajo, la presunción de validez del Artículo 8° inciso 1° del CT, el principio de primacía de la realidad, y por sobre todo y en especial, desconoce la Irrenunciabilidad de los derechos laborales.

La doctrina de los actos propios surge en el ámbito de la contratación civil y promueve que entre contratantes iguales la conducta pasada de una de ellas, a la luz de la buena fe, pueda generar en la otra parte la expectativa legítima de que no se ejercerán derechos subjetivos en contradicción con dicha conducta. Para que la teoría de los actos propios sea procedente la conducta anterior del sujeto que reclama debe ser válida, eficaz y relevante. No puede prevalecer la conducta de las partes o sus creencias, dándole al acuerdo de voluntades -cuando no sea una imposición unilateral de una de las partes- primacía sobre una norma de derecho objetivo como es la del Artículo 8

⁹⁸Ibidem.

inciso 1° del CT. En que una relación en que una de las partes presta servicios bajo subordinación y dependencia percibiendo por ello un salario, aparezca renunciando voluntariamente a sus derechos laborales, y la otra aparezca aceptando tal renuncia esquivando así sus obligaciones como empleador.

La revisión de situaciones como esta permite visualizar posibles escenarios contractuales para el teletrabajador, en los que su relación de subordinación aparezca difusa.

2. Principios generales adaptados al Derecho del Trabajo.

2.1.- Igualdad de trato y prohibición de discriminación.

La consideración de igualdad a priori de todas las personas es uno de los principios fundantes en la concepción de los derechos universales del hombre. Plasmada ya en la Declaración de los EEUU en 1776 y ulteriormente en la Revolución Francesa. La Constitución de la República de Chile en la Bases de la Institucionalidad establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos." Así mismo el Código del Trabajo el Artículo 154

en concordancia con lo anterior obliga al respeto de la dignidad del trabajador. Este principio dentro de la empresa, que es lo que regula directamente el Código del ramo, es de extensión negativa, pues viene a poner restricciones al ejercicio por parte del empleador de los derechos de propiedad y el de libertad de empresa⁹⁹.

Ahora, la forma en que el empleador hace efectivos el goce de sus derechos es por medio del reglamento interno de la empresa. El teletrabajador queda al margen en la mayoría de los casos previstos en éste. Un ejemplo: la prohibición de ingreso de pertenencias personales al lugar en que se debe laborar, que es un resguardo para el empresario; la prohibición de instalar circuitos cerrados en ciertos lugares del establecimiento de la empresa. Igual suerte corren licencias a favor de la empresa como la revisión de mochilas, bolsos, etc. Cualquiera medida de carácter preventivo que dentro de la relación laboral se haga efectiva, debe alejarse de semejanzas con otras de carácter prepolicial o de prevención de delitos, tratos vejatorios en que es patente la discriminación. De esta clase de situaciones el teletrabajador queda eximido al ejercer su

⁹⁹ Abarca Correa, Gustavo, *Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa*, Memoria de grado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002, pp. 20-21

labor fuera de las dependencias de la empresa. Todo el resguardo que respecto a su quehacer pueda tomar el empleador, serán los mismos que se estipularían en un contrato de prestación de servicios.

Un resguardo aparte son las medidas que implican menoscabo de la dignidad de las personas como es el acoso sexual, situación que el teletrabajador mujer u hombre, puedan padecer de quién tenga un ascendiente social, laboral, comercial, etc., sobre el teletrabajador. En España se ha conceptualizado como "la conducta de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos o verbales no deseados."¹⁰⁰

2.2.- Primacía de la realidad.

Se aplica a aquellos casos en los que hay discordancia entre lo que aparece estipulado en documentos o acuerdos por escrito, y lo que en la práctica ocurre. Se establece

¹⁰⁰Ibidem., citando a López G.J., *Las obligaciones del empresario: Otros derechos del trabajador. En: Derecho del trabajo, Fuentes y contratos individuales*, 2000, Por ALBID M. I. "et al" 2° ed. Valencia España., p.570

como verdadero, con preferencia, a lo que ocurre en los hechos. La existencia de una relación de trabajo depende de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado. El Derecho del Trabajo regula situaciones más bien objetivas que subjetivas. Por ello lo que las partes pactaron por escrito en una relación laboral carece de valor si en la práctica no se da. Conforme lo define el Artículo 7 del Código del Trabajo, los elementos del contrato de trabajo son la prestación de servicios realizados bajo subordinación o dependencia y retribuidos mediante una remuneración. El Artículo 8° del mismo código en su inciso 1° prescribe que "toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo." Conviene advertir que la Corte Suprema ha enumerado elementos como: "...los trabajadores realizan sus labores en dependencias del empleador, que ocupan elementos de trabajo de su propiedad, que sus remuneraciones se pagan en sus recintos y por cajero que es su dependiente, que un trabajador del mismo controla su asistencia, que los supervigila también un empleado de la firma..."¹⁰¹; para establecer la primacía de la

¹⁰¹Palavecino, Ob.Cit.p.17, citando a Corte Suprema, 16/4/90, Rol 655.

realidad; elementos de difícil aplicación en el caso de un teletrabajador cuyo contrato es de prestación de servicios. Sin embargo soy del parecer que la presentación de liquidaciones de remuneraciones mensuales que presenten cantidades fijas, y bonos por rendimiento, etc., serían señal de encontrarnos ante un contrato de teletrabajador.

2.3.- El Principio de la Buena Fe.

En el Derecho del Trabajo es la noción objetiva de este principio que está referida a la expectativa de un cumplimiento honesto y cabal del contrato de trabajo es la que importa; la noción subjetiva que hace referencia al error o a la falsa creencia tendría escasas ocasiones de ser invocada. A pesar de no mencionarlo explícitamente el Código del Trabajo en su Artículo 160 impone un deber de probidad al trabajador en el cumplimiento de su labor. Este principio estaría siempre presente en cualquier tipo de contrato. No es propio de una relación de subordinación o dependencia.

2.4.- Equidad.

Etimológicamente equivale a igualdad. Pero conceptualmente está más bien ligado a la noción de justicia, porque implica en determinadas situaciones un trato desigual.¹⁰² Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Leibniz, Kant, plantean la equidad como una forma especial de justicia que está sobre el derecho.¹⁰³ O sea, un elemento de justicia ajeno al derecho positivo, sin embargo, no diferente a la justicia, sino la justicia del caso concreto.¹⁰⁴ Está relacionada con el hecho de fallar o dictar una sentencia en conciencia, basada en sentimientos de ética. A pesar de ello, el marco estricto de su aplicación es el derecho, aun cuando sea una forma peculiar del mismo. Se contrapone eso sí, a la seguridad jurídica, ya que ésta se apoya en la aplicación irrestricta del derecho positivo, y al principio de igualdad ante la ley.

En nuestro país, en que no existe una justicia de equidad aplicable, el término se asimila a la igualdad de trato ante la ley. La igualdad ante la ley, plasmada en el Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la

¹⁰² González Brito, Adolfo, *Precisiones conceptuales al principio de equidad*, Pensamiento Educativo, Vol. 26, (julio 2000), pp. 15-29, file:///C:/Users/Usuario/Documents/Derecho%20del%20Trabajo/165-406-1-PB.pdf

¹⁰³ *Ibidem.*, p.17

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 18

República, postula que todos los ciudadanos deben ser tratados de la misma forma si se encuentran en condiciones similares. Igualdad y libertad son presentadas en la doctrina política occidental como el sustento del sistema democrático constitucional. La igualdad se entiende como un parámetro mínimo de vida social, y considerada como principio cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos. Esta concepción de la igualdad podría generar en el tratamiento de casos de teletrabajadores, incertidumbre e inseguridad jurídica. Que no se falla acorde a criterios convergentes en nuestra judicatura tenemos ejemplos de sobra. La Corte Suprema declaró en sentencia de 8 de abril de 2010 que la sanción a que se refiere el Artículo 162 del Código del Trabajo por no pago de las cotizaciones previsionales sólo se aplica a los empleadores que han retenido pero no han enterado tales cantidades en la AFP respectiva. La misma decisión adoptó en la sentencia de 20 de abril de 2010. Pese a ello, en sentencia de 23 de junio del mismo año, es decir, dos meses después, la Corte de

Apelaciones de Santiago se pronunció en sentido contrario.¹⁰⁵

Para hablar de igualdad es necesario equiparar dos o más elementos. Comanducci, autor italiano, relaciona la expresión igualdad con identidad y semejanza. Las tres expresiones, identidad, igualdad y semejanza, coinciden en que son aplicables cuando se comparan dos o más elementos. Pero mientras que la primera es descriptiva, las otras dos son valorativas. Según el mismo autor, el juicio de identidad "indica que dos o más objetos tienen en común todas sus características, no solo algunas ni solo las relevantes." Se considera la totalidad de las propiedades de los elementos en comparación, sin realizar juicios de valor respecto de alguna o algunas de ellas. La expresión igualdad, por su parte, es valorativa y se utiliza cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus términos relevantes.¹⁰⁶

Siguiendo el criterio dado en el caso concreto de un teletrabajador con contrato de prestación de servicios en

¹⁰⁵ Díaz García, Iván, (2012), *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*, En: Revista *Ius et Praxis*, año 18, N° 2, pp. 33-76. La E. Corte Suprema en fallo de 10 de noviembre de 2010, unificación de jurisprudencia, Rol N° 5.451-2010, revoca sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, recuperada de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 43. Díaz García cita a Comanducci.

litigio con su empleador, es viable al comparación de cualidades relevantes en común respecto de un trabajador presencial: salario mensual, uso de equipo facilitado por el empleador, monitoreo de horarios, etc. Existe cierta coincidencia con la aplicación del principio de realidad.

CAPÍTULO 6

Protección de derechos laborales y derechos privados en el teletrabajo.

El marco acuerdo de la Comunidad Europea para dar seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena, en el cual intervienen diferentes interlocutores sociales pertenecientes a los Estados miembros: la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNIE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

1. Jornada laboral. De un lado el control empresarial y el ejercicio del poder de dirección, tienen en esta forma de relación laboral, características bien diferentes del trabajo presencial; la dependencia queda relajada cuando el trabajador no está en la empresa, sino en un lugar ajeno o en su propio domicilio. Por lo que es necesario atender a

la especificación del trabajo mediante instrucciones o por medio de controles tecnológicos para verificar la naturaleza laboral de la prestación.¹⁰⁷ Corresponderá al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo. Lo que implica que no existe en este caso un horario regulado de entrada o de salida. Convertirse en teletrabajador (*e-worker*) permite una gran libertad para organizar horarios y planificar el trabajo. El teletrabajador poseerá o requerirá de una serie de capacidades, al igual que en muchos otros trabajos es preciso una cualificación y especialización profesional previas. Sin embargo, como así lo ha solucionado el Artículo 13 del Estatuto del Trabajo español, la dirección y el control empresarial, de muchas maneras tecnológicas, resulta encajable en una renovada dependencia sin presencia física del trabajador en centros de la empresa.¹⁰⁸ Es verdad que los tiempos o límites clásicos del trabajo presencial pierden sentido en trabajos a distancia no sujetos a horarios con el consiguiente peligro de desprotección del trabajador. Hay que vigilar con especial cuidado que el teletrabajador tenga garantizado un descanso entre

¹⁰⁷ LaheraForteza, Jesús, (2014), *El impacto del teletrabajo en el derecho del trabajo a la luz de la nueva regulación española*, <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/938/643>

¹⁰⁸ *Ibidem*

jornadas, tiempos de ocio y vacaciones, así como jornadas máximas controladas a distancia. La teledisponibilidad sin límites es un riesgo que las legislaciones respectivas deben prevenir. El problema de la retribución por tiempo trabajado de igual modo, pierde sustentabilidad existencial en el trabajo a distancia, cediendo ante el concepto de pago por unidad de trabajo, obra o resultados. Existen riesgos de desproporción entre salario y tiempo trabajado del teletrabajador que deben ser resueltos en estipulaciones de convenios colectivos.

2.-Uso de medios electrónicos.El teletrabajo pone en cuestión las notas clásicas que caracterizan al contrato de trabajo; la relación laboral con presencia personal del trabajador en una organización de medios de producción encaja perfectamente en la conceptualización de ajenidad, en cuanto a beneficio patrimonial y riesgo, y dependencia del trabajador sujeto a poderes contractuales empresariales; el teletrabajo desactiva parte de los fundamentos de ambas categorías jurídicas. La propiedad de los medios informáticos que sustentan el teletrabajo suele ser un indicio que determina la laboralidad o no de la prestación. A pesar que el convenio 177 OIT relaja este

requisito, al definir al teletrabajador "independientemente de quién proporciona el equipo".¹⁰⁹ En general será el empresario quién dote al teletrabajador de los equipos necesarios para realizar su actividad; estos equipos también serán instalados y mantenidos por parte del empresario, salvo que el teletrabajador use su propio equipo. En este caso el empleador también se hará cargo, según lo legal, de los costes que puedan derivarse de la pérdida o el deterioro de los equipos, así como de los datos que utilice el teletrabajador.

3. Seguridad e higiene. En materia de salud y seguridad en el trabajo el empleador es responsable al igual que respecto de la misma con los trabajadores que laboran en las sedes de la empresa. Para comprobar que las normas de seguridad e higiene se cumplen, tendrán acceso dentro de los límites correspondientes, tanto el empleador, como autoridades competentes en el lugar en que se realiza el teletrabajo; representantes de los trabajadores; e incluso la inspección podrá llevarse a cabo a petición del propio teletrabajador.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

4. Riesgos de trabajo. Es cierto que es muy difícil aplicar normativas generales de prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia, mucho más en el teletrabajo a domicilio. El Artículo 8 de Convenio 177 de la OIT, remite a las legislaciones nacionales la indicación de prohibición de ciertos trabajos a distancia. El problema del control tiene el problema desde el doble punto de vista del empresario como de la autoridad laboral; el control por parte de la empresa puede ser llevado a cabo con la autorización del teletrabajador; el de la autoridad laboral tendría que contar con la autorización de la autoridad judicial competente.

5. Manejo de información confidencial. El empresario informará al teletrabajador de toda restricción referente al uso de equipos y será responsable de tomar las medidas necesarias en materia de protección de datos utilizados por los teletrabajadores para sus fines profesionales.

6. La propiedad intelectual. Se ha tendido a conceptualizar el derecho de propiedad como un derecho humano; se entiende a la creación como una derivación de la persona física. Se remonta el origen de este pensamiento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano enunciados el año

1789 en la Revolución Francesa citando al derecho de libre expresión y la circulación de las ideas como antecedentes; relacionándolos además, con los derechos de igualdad, seguridad y de propiedad. Mismos conceptos que se retoman a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 en su Artículo 19 "que todo individuo tiene derecho a la libre expresión y libertad de opinión; y que este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin límite de fronteras"¹¹⁰. Similares conceptos están plasmados en el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). Se vincula al acto de crear directamente con el creador; es su producto. La creación intelectual, es necesaria para el desarrollo social; se debe proteger al creador y su producto¹¹¹. El derecho de autor está compuesto por dos aspectos íntimamente relacionados: el derecho moral y el derecho patrimonial; el primero es de carácter irrenunciable, es un derecho personalísimo; el segundo es

¹¹⁰Silberleib, Laura, (2001), *El Derecho, la propiedad intelectual y el entorno digital*, recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoLaPropiedadIntelectualYElEntornoDigital-4291138.pdf

¹¹¹Ibidem.

un derecho disponible, cedible y comercializable. El derecho moral otorga al autor de una obra el derecho a ser reconocido como su creador, y el derecho a prohibir cualquier destrucción o degradación del trabajo. Una modalidad muy relevante de derecho de autor es la patente de invención. En lo que respecta a nuestro tema una de las áreas más dinámicas y desarrolladas es la invención y el desarrollo de programas de computación (*software*). Estos requieren una gran inversión de tiempo, especialización y dinero, lo que se contrapone a la gran facilidad y el bajísimo costo de reproducción de un programa. Hasta la década del 70' sólo los organismos estatales y las grandes empresas contaban con equipos informáticos (*main -frames*) , que eran adquiridos juntos con el know-how y la actualización de los programas a cargo de las empresas proveedoras. El enorme desarrollo en la producción de *software* comienza a advertirse con el uso masivo de computadores portátiles por la población. Entonces comienza a hablarse de la piratería de *software*. Esta realidad llevó al debate el modo mejor de proteger los derechos de invención de los *software*. Y se decidió asimilar el derecho de propiedad intelectual sobre el *software* a los derechos

de propiedad sobre la creación literaria.¹¹² Aun cuando sobre los derechos de autor se ha debatido su naturaleza como derecho de propiedad. Se ha dicho que el de propiedad es un derecho exclusivo y excluyente, por lo cual se genera una dificultad en relación con el uso de la obra.¹¹³ Como sea que depende la materia sobre que recaiga el tipo de servicio que el teletrabajador esté efectuando a su empleador el riesgo de incurrir en infracciones a las normativas existentes protectoras de derecho industriales o de autor serán poco monitoreables por el empleador. Será muy cuestionable la responsabilidad por vigilancia que pueda achacarse al patrón cuyo empleado incurra en conductas de robo de este tipo. Este control se puede concretar con equipo tecnológico facilitado por el empleador.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Padilla Herrera, Julio César, (2013), *Definir el autor. Desde la propiedad intelectual hasta el movimiento derecho y literatura*, recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v15n2/v15n2a07.pdf>. indica que el derecho de autor no puede ser considerada una “forma de propiedad en el sentido jurídico” del término pues el derecho de propiedad, que es sólo la relación entre una persona y una cosa, “supone necesariamente una persona, que es su asunto, y una cosa material que es su objeto”.

CAPÍTULO 7.

Conceptualización del Teletrabajo en el derecho comparado.

1. Europa. "El teletrabajo es una forma de organización o/y de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular."(Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo, Bruselas, 16 de julio de 2002). Lo que se han propuesto las legislaciones europeas, de fuerte tradición sindical, es acoger esta forma de trabajo bajo el principio de protección del derecho laboral clásico. Así lo propician leyes ad-hoc en: Polonia, Hungría, República Checa, Portugal; o Francia, Bélgica y Luxemburgo, por ejemplo, que aplican leyes sobre contrato colectivo al teletrabajo.¹¹⁴Directamente con contratos colectivos, por

¹¹⁴Cal, Luigi, (2013),*Experiencias de teletrabajo en Europa y el punto de vista de los actores*,recuperado de http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/articulo_cal_tt.pdf

ejemplo: Alemania, Dinamarca, España e Italia. Con directrices, orientaciones comunes o directrices, con un cierto papel jugado por los actores sociales: Reino Unido, Países Bajos, Suecia, Finlandia.¹¹⁵

En Alemania, motor económico de Europa, con 80 millones de habitantes, no existe específica regulación legal para el teletrabajo, pero de tradición sindical consolidada, la modalidad se regula a través de contratos colectivos de los distintos sectores o acuerdos en las empresas, públicas o privadas.¹¹⁶ El teletrabajo puede ser negociado tanto al ingreso, como durante la relación de trabajo.

Las leyes alemanas, a través de las contrataciones colectivas, garantizan a los teletrabajadores el ejercicio de los derechos sindicales, como el derecho a participar de las asambleas de los trabajadores y la posibilidad de reunión periódica con los trabajadores presenciales.

¹¹⁵Ibidem.

¹¹⁶Ibidem.

Siempre se enfatiza que el teletrabajo sea óptimo para mejorar la vida familiar y laboral, manteniendo o elevando la productividad.¹¹⁷

En Suecia, país de 9 millones de habitantes, con 2,2 millones en zonas urbanas y el resto en áreas alejadas de estas por largas distancias, el uso de la informática es obligatorio. El teletrabajo es considerado clave para mejorar y empujar el desarrollo de las áreas marginales. Más de la mitad de las empresas con 10 trabajadores tiene personal que trabaja al menos un medio día a la semana, desde la distancia a través de los medios informáticos. El 86% de empresas con al menos 250 trabajadores están involucradas en el teletrabajo. La incidencia baja con el tamaño de las empresas, así sólo el 35% de empresas con menos de 10 trabajadores cuentan con teletrabajadores. Se efectúa además, para evitar la congestión urbana y de tráfico y como estrategia de descentralización.

El teletrabajo en Suecia ha sido facilitado por la amplia difusión de los TICs entre la población. El año 2013, al menos el 86% de la población de 16 años de edad contaba con

¹¹⁷Ibidem.

un computador en casa, y el 78% con acceso a internet banda ancha.

En el caso de Reino Unido, en 2011, según una investigación efectuada por la Red Internacional de Teletrabajo, su aplicación permitiría ahorrar alrededor de 3.000 libras esterlinas por trabajador. En 2012, para sustentar esta modalidad, el Ministerio de Transporte en colaboración con la Universidad de Warwick y las principales empresas del país (Bentley, British Telecom, British Airport Authority-BAA, entre otras) para promover y difundir experiencias de teletrabajo. Se subraya un aumento de la calidad del trabajo, sobre todo de los discapacitados.

2.-España: El debate sobre la naturaleza jurídica del teletrabajo es resuelto por terceras vías, al reconocer el ordenamiento una categoría intermedia entre laboral y autónomo. Una ley de 2007 creó la figura de "autónomo económicamente dependiente" definido como un trabajador por cuenta propia y con medios propios de producción que tiene al menos, el 75 por 100 de sus ingresos con una misma empresa. Un teletrabajador con autonomía, equipos propios e independencia, pero que trabaja en exclusiva, o casi en exclusiva, para una misma empresa, puede ser categorizado

como "autónomo económicamente dependiente", con la aplicación consecuente de un régimen jurídico singular de protección mayor que el autónomo puro.¹¹⁸

3.-Perú: Se ha proyectado el teletrabajo como una herramienta de inclusión ideal. Como una nueva forma de organizar el trabajo, permitiendo una reestructuración de la apropiación del tiempo por el trabajador, llevándole a conciliar la vida personal con el desarrollo profesional. Se enfatiza que, a diferencia del antiguo trabajo a domicilio, el teletrabajo puede ser desempeñado desde cualquier lugar, facilitando la integración laboral de discapacitados, dueñas de hogar, y reclusos.¹¹⁹ Se apunta al peligro de que se pierdan los límites entre la vida privada y la laboral. Su regulación está en la Ley N° 30036 de 2011, de acuerdo con ella el teletrabajo es "una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por el uso de las TIC, tanto en las instituciones públicas como privadas"¹²⁰

4. Argentina. "Se entiende por teletrabajo a los efectos de esta ley, a la realización de actos, ejecución de obras, o

¹¹⁸ Lahera, op. Cit., p.59

¹¹⁹ Culqui, op.cit. p. 99

¹²⁰ Ibidem, p. 102

prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley N° 20.744 (texto ordenado en 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones."

Entienden que hay dos modalidades de teletrabajo: autónomo y en relación de dependencia. Ponen acento en la voluntariedad de esta modalidad de trabajo. También en que debe ser reversible.

No se ve como una modalidad de trabajo para todo trabajador sino que tanto éste como el puesto de trabajo en cuestión, deben tener un perfil determinado. Entre estas están: a) Seguridad, autonomía, proactividad, iniciativa; autocontrol; b) Capacidad de proceder solo; capacidad para tomar decisiones; c) Capacidad de adaptación rápida a situaciones de cambio; d) Flexibilidad para orientarse en la búsqueda y concreción de resultados; e) Competencia para plantear un plan de acción con objetivos, definiendo empleo de recursos y prioridades; f) Disciplina

, sistematicidad, orden; g) Capacidad de gestionar la comunicación; h) Capacidad de autogestionar el tiempo; i) Alto grado de compromiso; y j) Capacidad de armonizar vida laboral y familiar.

Se considera al teletrabajo una materia a incluir en las convenciones colectivas conforme a los ámbitos y niveles de las leyes n° 14250 y 23546 y reglamentaciones correspondientes.

CONCLUSIÓN.

Del Teletrabajo no hay una postura doctrinaria clara acerca de su naturaleza jurídica. Para su descripción se han mantenido sus características de trabajo a distancia y su peculiaridad de uso de las TICs. Es dudoso que sea ostensible que se trate de un tipo de contrato de trabajo nuevo. Por ello, tal vez, nadie arriesga más que suponer que es una "modalidad de trabajo" nueva. En la práctica real, ha estado operando como una especie de institución en transición, a la que se le pueden aplicar tanto normas laborales como civiles y comerciales.¹²¹

El debate acerca de la naturaleza jurídica del teletrabajo en el caso español, ha sido resuelto por terceras vías, reconociendo el ordenamiento una categoría

¹²¹Correa-Prieto, Fiorella, (2015), *El teletrabajo: una nueva forma de organización del trabajo*, Tesis de pregrado en Derecho, Repositorio institucional Pirhua, Universidad de Piura, Lima, Perú, febrero 2015, https://pirhua.udep.edu.pe/bistream/handle/11042/2177/DER_016.pdf?sequence=1

intermedia entre laboral y autónomo, propicia para absorber teletrabajadores. Una ley de 2007 creó la figura del "autónomo económicamente dependiente", definido como un trabajador por cuenta propia y con medios propios de producción, que tiene al menos un 75% de ingresos con una misma empresa. Este trabajador contaría con un régimen jurídico de protección más amplio que el trabajador independiente. Completamente autónomo. Sin embargo, esta tercera vía, en la práctica no ha calado, es preferible optar por una nueva conceptualización de relación de trabajo que integre tanto el control a distancia como la propiedad de los medios informáticos, y cierta autonomía en los tiempos de trabajo. De otra forma esta forma de trabajo simplemente queda reducida a la autónoma prestación de servicios, con la consiguiente desprotección jurídica que ello implica. En Europa las relaciones laborales cuentan con el principio de voluntariedad para que las transformaciones empresariales en las relaciones de producción, acicateadas por la irrupción de las nuevas tecnologías a la actividad productiva, mengüen el impacto; principio que tiene por función informar los acuerdos de

recepción de zonas de la producción desviadas al trabajo a distancia en las negociaciones colectivas.

Sin embargo un sistema está determinado por las interacciones pasadas. Es intrínsecamente histórico. No cabe una vuelta a normas clásicas o arcaicas de derecho para regular las relaciones económicas del actual momento histórico, y la regulación de las normas laborales ya tienen fundamento en su propia existencia. No cabe una desaparición del derecho laboral, pero si una reestructuración o el nacimiento de una nueva parcela dentro de él reconocido como el conjunto de reglas jurídicas que norman las relaciones de producción económica que llamamos laborales. Así como en su debido tiempo se reconoció la existencia del derecho colectivo, diferente el derecho público o al derecho privado. El teletrabajo es una manifestación, una figura de relación laboral puesta en un escenario histórico diferente al de las relaciones patrón / obrero de la era industrial, y probablemente el comienzo, tanto de toda una nueva forma de producción como de todo un nuevo derecho que regule las relaciones propias.

Sin embargo, esta modalidad de trabajo no ha sido invasiva, ni de rápida extensión-como se apresuraron a

augurar algunos textos de divulgación futurista, a pesar de haber comenzado su experimentación en la década de 1970 del Siglo XX, y su implementación ha sido muy lenta, como señalan los experimentos argentino y chileno examinados en este trabajo. Pero ello no obsta a que se constate de forma patente que la figura escapa a los moldes de organización laboral clásico, y que por ende tiende a mostrar una clara retirada de principios de derecho del trabajo, ligados por ejemplo, a los derechos colectivos. Así también una fuerte modificación del concepto de dependencia y subordinación al tornarse muy autónoma la labor del teletrabajador. Además está decir que hacer el teletrabajador muy especializado en el área en que sirve, su imprescindibilidad hace nacer un lazo de dependencia ahora de parte del empleador, por ello el teletrabajador, aún con un salario fijo por sus servicios, tiende a cercarse más bien a un prestador de servicios que trabajador subordinado.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Abarca Correa, Gustavo, (2002), *Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa*, Memoria de grado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 20-21
2. Alcalde Rodríguez, Enrique, (2003), *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, p.53
3. Alcalde Rodríguez, Enrique, *Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile*<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n3/art04.pdf>
4. Álvarez, Jassir, 2013, *El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas*, en *Justicia Juris*, vol. 9, N°1, enero-junio 2013, pp. 60-62, recuperado de [file:///D:/Users/u034bcl/Downloads/Dialnet-ElContrato-5995440%20\(1\)](file:///D:/Users/u034bcl/Downloads/Dialnet-ElContrato-5995440%20(1))
5. Astigueta, D. G. (2016). *Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica del proceso más breve* [en línea]. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 22. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/reflxiones-naturaleza-juridica-proceso-breve.pdf>
6. Balbín, Adolfo, (2015), *El concepto de Derecho del Trabajo*, recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50671/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

7. Barajas Montes de Oca, Santiago, (1990), *Derecho del Trabajo*, Instituto de investigaciones científicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
8. Bodenheimer, Edgar (1940), *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México,
9. Botero Bernal, Andrés,(2005),*La jerarquía entre principios generales del Derecho: La historicidad y la culturalidad del principio de justicia*, recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaJerarquiaEntrePrincipiosGeneralesDelDerecho-2347331.pdf>
10. Bozá Pro, Guillermo, (2014),*Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo*, THEMIS, Revista de Derecho 65, Sevilla, España, pp. 13-26.
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SurgimientoEvolucionYConsolidacionDelDerechoDelTra-5078193%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SurgimientoEvolucionYConsolidacionDelDerechoDelTra-5078193%20(1).pdf)
11. Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo, Capítulo 2, El nacimiento del Derecho del Trabajo*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/5.pdf>
12. Cal, Luigi,(2013), *Experiencias de teletrabajo en Europa y el punto de vista de los actores*, recuperado de http://www.adapt.it/boletinespanol/docs/articulo_cal_tt.pdf
13. Caamaño Rojo, Eduardo, *Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, Valparaíso, Chile, 1º semestre 2009, pp. 261-280.
14. Caamaño Rojo, Eduardo, *El acoso laboral, tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales*, Revista Ius et Praxis, Año 20 N° 1, 2014, pp. 67-90. Universidad de Talca, Chile.
15. Caamaño Rojo, Eduardo, *El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva*; Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXX (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2008), [pp. 265 - 291]

16. Chandía Olivares, Sebastián, Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno. 2012. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/34821-1-119372-1-10-20141124%20(2).pdf
17. Correa-Prieto, Fiorella, (2015), *El teletrabajo: una nueva forma de organización del trabajo*, Tesis de pregrado en Derecho, Repositorio institucional Pirhua, Universidad de Piura, febrero 2015, Lima, Perú. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2177/DER_016.pdf?sequence=1
18. Culqui Fernández, Ángela, González Torres, Adela, (2016), *El Teletrabajo: Una innovadora forma de Organización del Trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su Regulación Jurídica en el Perú*, Revista Derecho & Sociedad N° 46, pp. 95-109, recuperado derevistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18823/19043
19. Darville, Paula, y Otros, Evaluación Sistema de Teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Publicación de la Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, Chile, febrero 2018. http://www.dipres.gob.cl/598/articles-171733_doc_pdf.pdf
20. De la Villa, Luis, (1966), *El trabajo a domicilio*, Editorial Arazandi, Pamplona, España. P.33
21. Díaz García, Iván, (2012), *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*, En: Revista Ius et Praxis, año 18, N° 2, pp. 33-76. La E. Corte Suprema en fallo de 10 de noviembre de 2010, unificación de jurisprudencia, Rol N° 5.451-2010, revoca sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, recuperada [dehttps://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf](https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf)
22. Domat, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, Tomo I, *Tratado de las Leyes, Capítulo I, De los principios de todas las leyes*, 1861, Barcelona. España. P. 8
23. El Libro Blanco del Teletrabajo en España, <http://ajuntament.barcelona.cat/tempsicures/sites/default/files/libroblancoteletrabajoespana.pdf>
24. Estevez, José Luis, *Sobre el concepto de "naturaleza jurídica"*, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElConceptoDeNaturalezaJuridica-2057273%20(1).pdf)

25. Ferrajoli, Luigi, (2001), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, pp. 91 ss
26. Gamonal Contreras Sergio, (2013), *El principio de protección del trabajador en la constitución chilena*, Estudios constitucionales, año 11, N° 1, U. Adolfo Ibáñez, recuperada de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art11.pdf>
27. Gamonal Contreras, Sergio, *Fundamentos del Derecho Laboral*, LegalPublishing Chile, 3° Edición,
28. García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de Filosofía*, editores unidos, México, 1987, pp.86-87
29. Gerry, Rodgers y otros, 2009, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009, Derechos humanos y derechos en el trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra: OIT 2009, p.71
30. González Brito, Adolfo, *Precisiones conceptuales al principio de equidad*, Pensamiento Educativo, Vol. 26, (julio 2000), pp. 15-29, recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Derecho%20del%20Trabajo/165-406-1-PB.pdf>
31. Guzmán Brito, Alejandro, *DERECHO PRIVADO ROMANO, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 2012, Stgo., Chile, p. 154.
32. Hegel, G.F.W., *Filosofía del Derecho*, Traducción de Angélica Mendoza de Montero Editorial Claridad S.A., 5° Edición, 1968, Buenos Aires, Argentina.
33. Husserl, Edmund, *Investigaciones lógicas, 1*, versión de M.GarcíaMorente y José Gaos, Alianza Editorial, 2006
34. JuriSabag, Víctor (2006), *El teletrabajo: la nueva forma de trabajo*. Santiago-LexisNexis.
35. Labra, Marcela, & González, Mauro, (2007), *Teletrabajo en Chile, una oportunidad para el bicentenario*, Memoria de Grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
36. LaheraForteza, (2014), *El impacto del Teletrabajo en el derecho del trabajo a la luz de la nueva regulación*

- española, recuperado de
 revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/938/643
37. Lalanne, Julio E., (julio, 2015), *Los principios del Derecho del Trabajo*, en *Revista de Derecho*, año 10(11), pp. 135-179, recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/727/717/>,
 38. Leguina Villa, Jesús, *Principios generales del Derecho y Constitución*, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PrincipiosGeneralesDelDerechoYConstitucion-16951.pdf
 39. Luque Parra, Manuel & Gines i Fabrellas, Inés, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, Confederación española de organizaciones empresariales, España, 2016.
 40. Lubiza Osio Havriluk, *El teletrabajo: Una opción en la era digital*, Observatorio Laboral Revista Venezolana Vol. 3, N° 5, enero-junio 2010, Universidad de Carabobo, Venezuela, pp.93-109. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajo-3252786%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajo-3252786%20(1).pdf)
 41. *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*. 1ra ed. Buenos Aires, Oficina Internacional del Trabajo, (2011), Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial, Argentina, recuperado de http://www.trabajo.gov.ar/downloads/teletrabajo/manual_buenas_practicas_2011.pdf
 42. Martínez Sánchez, Rebeca, (2012), *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, Retos II, Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador., p. 145, Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajoComoTendenciaDelMercadoLaboral-5966986.pdf>
 43. Mella Cabrera, Patricio, 2013, *Los derechos laborales de doble regulación. Constitucional y legal*, Tesis, Universidad de Concepción, pp. 53-55
 44. Monares, Andrés, (2012), *Una breve historia del libre mercado: Teología Reformada, Filosofía Moral y Ciencia Económica*, en *Hacia otras economías, crítica al paradigma dominante*, compiladores, González Meyer, Raúl & Richrds,

- Howard, LOM Ediciones, mayo 2012, recuperado de http://rio20.net/wp-content/uploads/2012/10/HACIA_OTRAS_ECONOMIAS.pdf
45. Oficina internacional del Trabajo Ginebra, (2012), *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_177345.pdf
 46. Oficina Internacional del Trabajo, (1965), *El mundo del trabajo ante la nueva era. Objetivo, estructura y tareas de la O.I.T.*, Manual de educación obrera, Ginebra.
 47. OIT, (2006), *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5º ed. (revisada), Ginebra, párr.
 48. OIT, sin fecha, *Guías sobre políticas en materia de salario mínimo*, pp., 162 ss, recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/genericdocument/wcms_542028.pdf
 49. Padilla Herrera, Julio César, (2013), *Definir el autor. Desde la propiedad intelectual hasta el movimiento derecho y literatura*, <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v15n2/v15n2a07.pdf>
 50. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Los Principios generales del Derecho, ¿Un mito jurídico?*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27480.pdf>
 51. Planet Sepúlveda, Lucía, (2010), *Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile*, Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V.1 N° 1, , pp. 93-122.
 52. Reynoso Castillo, Carlos, (2011), *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, p. 23.
 53. Revilla Estevé, Eugenia, (2004), *La relación de trabajo subordinado bajo el prisma que ofrece la figura del trabajador en el escenario europeo y comunitario*, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, recuperada de

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15044-1-40973-1-10-20110727.pdf>

54. Ruiz Godoy, Rodrigo, (2015), *El teletrabajo: Hacia una nueva forma de trabajo en Chile*, Revista de Derecho Universidad San Sebastián, Santiago, Chile.
55. Saco Barrios, Raúl, (2016), *El teletrabajo*, Ponencia en el XIV Congreso Mundial de Relaciones de trabajo, "Nuevas tecnologías, Organización del Trabajo y Actores sociales en el Siglo XXI", Lima, Perú. Recuperada de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2954/2857
56. Sánchez Martínez, Rebeca, El teletrabajo como tendencia del mercado laboral, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElTeletrabajoComoTendenciaDelMercadoLaboral-5966986.pdf>
57. Sileberleib, Laura, (2001), *El Derecho, la propiedad intelectual y el entorno digital*, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoLaPropiedadIntelectualYElEntornoDigital-4291138.pdf>
58. Teran, José Manuel, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 1983, Buenos Aires, Argentina.
59. Varas Marchant, Karla, Toledo, César, *La huelga un derecho fundamental*, Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2014