

37

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Teletrabajo, trabajo a distancia y nuevas formas de organización

Caterina Guidi Moggia

2022



Caterina Guidi Moggia

Abogada por la Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Adolfo Ibáñez.



Teletrabajo, trabajo a distancia y nuevas formas de organización

MATERIALES DOCENTES 37

© Caterina Guidi Moggia, por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Las nuevas tecnologías han aumentado la eficiencia y la productividad de las organizaciones empresariales, pero al mismo tiempo han incrementado las horas totales de trabajo porque son utilizadas como complemento de las actividades presenciales, se exige conexión permanente o se trabaja sin límites temporales. A su vez, han afectado los derechos fundamentales de los trabajadores, limitando su autonomía y libertad y perfeccionado el poder de control del empleador, que ahora es capaz de vigilar conductas mediante tecnologías invasivas de la privacidad, lo que ha precarizado el trabajo de millones de personas.

Algunos de estos problemas han sido regulados por leyes, como ha ocurrido con Ley 21.220, del 26 de marzo 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, tema central de este libro.

En el contexto descrito, esta obra analiza las tecnologías de la información y las nuevas modalidades de trabajo, las formas de organización del trabajo y los tipos de jornadas laborales, como la jornada parcial y el pacto sobre condiciones especiales de trabajo, centrándose especialmente en el examen del trabajo a distancia y del teletrabajo, sus principales características y normativa actual. En este afán, pone énfasis en las nuevas leyes laborales y de seguridad social vigentes, en los efectos de su aplicación y en los principales conflictos sometidos a conocimiento de los Tribunales de Justicia y de la Dirección del Trabajo.

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Tecnologías de la información, formas de organización del trabajo y tipos de jornadas laborales
28	CAPÍTULO 2 El trabajo a distancia y el teletrabajo. Conceptos básicos
34	CAPÍTULO 3 Consagración legal del trabajo a domicilio, del trabajo a distancia y del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico
52	CAPÍTULO 4 Concepto legal y elementos definitorios y característicos del trabajo a distancia y del teletrabajo
64	CAPÍTULO 5 Contenido del contrato de trabajo a distancia y de teletrabajo. Pacto de trabajo a distancia y teletrabajo
82	CAPÍTULO 6 La jornada laboral en el trabajo a distancia y en el teletrabajo
106	CAPÍTULO 7 Contenido del contrato de trabajo a distancia y de teletrabajo. Deberes del empleador
131	CAPÍTULO 8 Ciudadanía del trabajador en la empresa, trabajo a distancia y teletrabajo
177	<i>Conclusiones</i>
185	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Tecnologías de la información, formas de organización del trabajo y tipos de jornadas laborales

Hoy en día, el impacto del despliegue de tecnología sofisticada, de dispositivos capaces de actuar interactivamente con otros, incluso de aprender en el proceso, independientemente de la supervisión humana, está atrayendo una creciente atención junto con incrementar la angustia por el futuro del empleo (Finkin, 2019: 229). Los hombres ya no solo deben preocuparse por convertirse en esclavos, como ha sucedido desde la Revolución Industrial hasta la fecha, sino que se ha llegado a un punto culminante en la revolución tecnológica que amenaza con reemplazar a los hombres por robots (Wirtz, citado por Finkin, 2019: 229).

Vivimos en la «era de la información», una era de constantes cambios tecnológicos, lo que ha implicado efectos significativos en todas las áreas del conocimiento, incluido el derecho laboral. Lo anterior ha producido un cambio sustancial en el devenir histórico del trabajo, y aunque aquí existen diversas visiones, nadie duda de que existe un antes y un después de la explosión tecnológica provocada por la informática en el modelo productivo (Ugarte, 2004: 171).

Existen muchos desafíos a los que se enfrenta el derecho del trabajo frente a las nuevas formas de trabajo y producción provocadas por la irrupción de los rápidos avances en los modelos de producción, como teletrabajo, trabajo virtual, *crowd working* o a través de plataformas digitales, cotrabajo y *smartwork*, entre otros.

Si bien las nuevas tecnologías han aumentado la eficiencia y productividad de las organizaciones empresariales contemporáneas, al mismo tiempo han incrementado las horas totales de trabajo, porque son utilizadas como un complemento a las actividades presenciales, se exige conexión permanente o se trabaja sin límites temporales. También han afectado los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, limitando su autonomía y libertad y perfeccionado el poder de control del empleador, que ahora es capaz de vigilar conductas median-

te tecnologías invasivas de privacidad, lo que ha precarizado el trabajo de millones de personas por los riesgos asociados al no reconocimiento como laborales de algunas de estas actividades,¹ impactando en los ingresos, condiciones de trabajo y protección social de quienes las desarrollan (Daugareilh, 2020: 325).

Algunas de estas problemáticas han sido reguladas por leyes dictadas para estos efectos, como ha ocurrido con la Ley 21.220 del 26 de marzo 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, incorporando los artículos 152 quáter G a 152 quáter O nuevos, más tres artículos transitorios. Por su parte, la pandemia por covid-19 ha afectado indiscutiblemente la vida y cotidianidad de las personas, incluyendo sus relaciones laborales. La existencia de esta emergencia sanitaria ha modificado la forma en que se desarrolla actualmente el trabajo, con la consecuente variación en su normativa que, si bien contaba con una incipiente regulación en el artículo 22 del Código del Trabajo, fue acelerada a raíz de la pandemia y la dificultad del trabajo presencial.²

1 Por ejemplo, como ocurría en nuestro país con el trabajo que se presta a través de plataformas digitales de servicios. El 11 de marzo de 2022, fue publicada en el *Diario Oficial* la Ley 21.431, que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios. Esta ley incorpora el Capítulo X, «Del trabajo mediante plataformas digitales de servicios», en el Título II, «De los contratos especiales», del Libro I del Código del Trabajo. En todo caso, cabe precisar que conforme a la regulación establecida en la nueva ley, el trabajador de plataformas digitales puede ser considerado como trabajador dependiente o independiente, según concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo, especialmente el vínculo de subordinación y dependencia. A nuestro juicio, lo anterior entraña importantes riesgos de evasión normativa, ya que las empresas de plataformas digitales de servicios podrían intentar adaptar los términos y condiciones de uso de sus aplicaciones o la forma en que se relacionan con los trabajadores (como el caso de los «falsos autónomos en España») para que no haya indicios de subordinación jurídica. En España estas empresas han cambiado sus contratos, intentando eliminar los indicios de ajenidad reconocidos en los fallos judiciales (que han servido a modo de guía sobre los comportamientos a evitar para evadir el Derecho Laboral) (Álvarez Cuesta, 2018: 292).

2 Actualmente, según el Boletín Complementario número 7, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre Remuneraciones y Costo de la Mano de Obra, que abarca el período entre abril y julio de 2021, el 17,5 % de las personas trabajadoras realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo. Según este informe, esta modalidad de trabajo se concentra en las y los trabajadores de los sectores de información y comunicaciones (74,8 %), actividades financieras y de seguros (47,2 %), suministro de electricidad y gas (44,6 %) y enseñanza (36,3 %). Disponible en <https://bit.ly/3PfNNVA>.

En el contexto descrito, este material docente analizará las tecnologías de la información y las nuevas modalidades de trabajo, las formas de organización del trabajo y los tipos de jornadas laborales —como la jornada parcial y el pacto sobre condiciones especiales de trabajo contemplado en el artículo 376 del Código del Trabajo—, centrándose especialmente en el examen del trabajo a distancia y del teletrabajo, sus principales características y normativa actual, poniendo énfasis en las nuevas leyes laborales y de seguridad social vigentes, los efectos de su aplicación, así como los principales conflictos sometidos a conocimiento de los Tribunales de Justicia y de la Dirección del Trabajo.

Formas de organización del trabajo y tipos de jornadas laborales

La globalización, la sociedad del conocimiento y las nuevas organizaciones empresariales se basan en prácticas de autonomía y de participación, en estructuras descentralizadas, en redes de unidades multifuncionales, en interacción múltiple, en apertura al entorno, en adaptación, diversificación, aprendizaje y reentrenamiento permanentes, en personal polivalente, etcétera (Gamonal y Guidi, 2015: 81).

En este contexto, figuras como el contrato de jornada parcial y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo son muy útiles, en cuanto propenden a la inserción laboral y a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, sin perjuicio de que han sido subutilizadas en nuestro país.

Previo a su análisis pormenorizado, comenzaremos con algunas precisiones conceptuales. A pesar de que existen diversos tipos de contrato, es posible hablar de un contrato de trabajo típico o de derecho común desde una doble perspectiva. Por un lado, tenemos el contrato de trabajo regulado en forma general en el Código del Trabajo, frente a los contratos especiales contemplados en los artículos 77 y siguientes, como el contrato de aprendizaje, el de trabajadores y trabajadoras agrícolas, el de trabajadores y trabajadoras de artes y espectáculos, el de trabajadores y trabajadoras de casa particular, el de los y las deportistas profesionales, y el de trabajadores que desempeñan actividades conexas, entre otros, respecto de los cuales se han establecido ciertas normas especiales que se les aplican de forma preferente (Gamonal y Guidi, 2015: 66).

A su vez, existe lo que se conoce como contrato de trabajo de derecho común o típico, nomenclatura que permite distinguirlo de los contratos

atípicos o precarios. Cuando hablamos de contratos atípicos no estamos haciendo referencia a una situación de desregulación legal, como sería el caso de los contratos innominados, sino a contratos que están regulados en el Código del Trabajo, pero que en el derecho laboral clásico han tendido a ser más bien excepcionales, sea por su temporalidad (contrato a plazo y por obra o servicios) o por la forma de organización empresarial (contrato a domicilio) (Caamaño, 2007: 14, 36 y nota 72).

Por consiguiente, el contrato típico o de derecho común es el contrato individual indefinido de jornada completa. Por el contrario, son atípicos (pero igualmente regulados por el Código del Trabajo) el contrato *part-time*, a plazo, por obra o servicios, el trabajo a distancia y el teletrabajo. En el caso del suministro también nos encontramos frente a una contratación atípica. Por su parte, la subcontratación no constituye en sí una forma de contratación atípica, pero sí una modalidad en materia de responsabilidad laboral.

Ahora bien, por contratos precarios entendemos aquellas relaciones laborales que se encuentran al margen del derecho laboral y de la protección básica frente a las contingencias sociales (Caamaño, 2007: 39), como ocurre, por ejemplo, con las personas que ayudan a los vendedores en las ferias libres.

Algunos aspectos generales relativos a la jornada parcial de trabajo

En esta sección revisaremos algunas de las particularidades del contrato de jornada parcial o *part-time*, también conocido como contrato por media jornada o de jornada reducida.

La tipología contractual típica en el derecho del trabajo se define con base en dos variables copulativas: su duración indefinida y la jornada completa.

Su carácter indefinido se traduce en que se ejecuta hasta la renuncia del trabajador o hasta que concurra alguna de las causales de término de contrato contempladas en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo. En otras palabras, se trata de un contrato que no está sujeto a una modalidad anticipada de término, como sería el plazo o la conclusión de una obra o servicio.³

³ Existen razones históricas y legislativas que permiten calificar al contrato de

Por su parte, en lo que nos concierne, al ser un contrato de jornada completa, esta comprende el máximo legal o una menor, siempre que sea de una extensión que impida calificar a esta figura como jornada parcial. En otras palabras, es un contrato donde la jornada tiende hacia el máximo permitido por ley, pudiendo ser menor, pero no de tal magnitud que lo transforme en un contrato de jornada parcial.

La Ley 19.759 de 2001 define y regula expresamente la jornada parcial a través de la incorporación de los artículos 40 bis y siguientes al Código del Trabajo. En todo caso, la jurisprudencia administrativa ya había determinado la legalidad de estipular una jornada parcial previo a la dictación de esta ley. Por ejemplo, en el Dictamen Ord. 1715/65 del 18 de marzo de 1996 ordena a la empresa Homecenter S. A. pagar el beneficio de semana corrida a los trabajadores con jornada a tiempo parcial, entendiendo por tales a aquellos que trabajaban los sábados, domingos y festivos, e incluir las sumas pagadas por dicho concepto a la base de cálculo del sobresueldo y de las gratificaciones legales.⁴ Asimismo, en el Dictamen Ord. 5255/356 del 13 de diciembre de 2000 entendió que las trabajadoras de la Corporación Educacional Alianza Francesa contratadas a jornada parcial tenían derecho a alimentar a sus hijos de acuerdo con lo previsto en el artículo 206 del Código del Trabajo. Estas trabajadoras habían sido contratadas para trabajar desde las 8.25 a las 13.30 h, a excepción de un día en que su jornada de trabajo terminaba a las 16 h.⁵

Además, previo al año 2001, ya se habían reconocido figuras contractuales excepcionalmente flexibles como el contrato de trabajo de libre disponibilidad u *on call* de operadoras telefónicas reemplazantes que

duración indefinida como el contrato típico o de derecho común. Desde una perspectiva histórica, era la forma más usual de contratación durante la Revolución Industrial. Lo anterior determinó que se recogiera en la ley el tipo de contratación que mayoritariamente se daba en la práctica, entendiendo que este vínculo, que revestía caracteres de permanencia y continuidad en el tiempo, era el más conveniente para el trabajador. En este sentido, se ha sostenido que el derecho del trabajo tiene una clara preferencia por este tipo de contratos. Las razones que lo justifican son de variada índole: duran más; generalmente dan derecho a indemnización por años de servicios y, paradójicamente, obligan menos al trabajador que los contratos de duración «determinada». En efecto, el plazo contractual obliga efectivamente a ambas partes (Plá, 1998: 224 y 225).

4 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1715/65 del 18 de marzo de 1996. Disponible en <https://bit.ly/3l8BYCU>.

5 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 5255/356 del 13 de diciembre de 2000. Disponible en <https://bit.ly/3svuoIk>.

prestaban servicios supliendo a las operadoras de planta o permanentes, estableciendo en sus contratos indefinidos que solo se consideraría como tiempo efectivamente trabajado aquel en que se desarrollasen las labores convenidas (Lizama, 1998: 192). Por su parte, cabe precisar que antes de su reconocimiento explícito, existían normas que indirectamente permitían pactar contratos con una jornada menor a la ordinaria, por ejemplo, al hablar de jornada parcial de trabajo en el artículo 44 inciso tercero del Código del Trabajo sobre ingreso mínimo, y al hacer referencia a los trabajadores con jornada ordinaria no superior a veinte horas semanales o que se contratasen exclusivamente para trabajar sábados, domingos o festivos, en el artículo 38 inciso cuarto del mismo código.

Esta modalidad contractual se ideó como una forma de promover la inserción laboral de jóvenes estudiantes, de mujeres con hijos menores y de hombres que han asumido responsabilidades familiares como el cuidado de sus hijos, sin embargo, lo cierto es que en nuestro país esta forma de contratación se ha utilizado solo excepcionalmente, ya que por razones culturales existe una tendencia a preferir los contratos de jornada completa con presencia física del trabajador en un horario rígido, a diferencia de lo que ocurre en otros países.

Por ejemplo, en 2018, previo a la pandemia por covid-19, la mayor proporción de trabajadores a tiempo parcial se registró en los Países Bajos con un 50,1 %, Austria con un 27,3 % y Alemania con un 26,8 %; países que también tenían las tasas más altas de empleo a tiempo parcial de mujeres. En los Países Bajos, esta tasa era del 75,6 %; en Austria, del 46,9 %; y en Alemania, del 46,3 %. En la media europea, la proporción de hombres empleados a tiempo parcial era del 8,7 % y la de mujeres del 31,3 %.⁶ En Chile, de acuerdo con las cifras presentadas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en la Encuesta de Empleo, realizada en mayo, junio y julio de 2019, alrededor del 70 % de las personas ocupadas formalmente en el sector privado tenían un contrato por 45 horas a la semana y trabajaban habitualmente ese número de horas. Menos del 15 % trabajaba en jornada parcial.⁷ En 2017, del total de trabajadores ocu-

6 Véase «43 million people across the EU are in part-time employment, this being 4,8 million more than ten years ago. Who, where and why?». Red de Servicios Públicos Europeos de Empleo, noviembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3FIQCua>.

7 Véase «Jornada laboral efectiva en Chile se ha reducido 20 % en los últimos 30 años». Noticias UAI, 4 de octubre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3Neeh8s>.

pados en jornada parcial voluntaria, las mujeres representaban el 72,6 %, mientras que en la opción involuntaria o de subempleo por horario, la cifra alcanzaba al 52,4 % del total.⁸

Según la legislación chilena, esta modalidad contractual puede ser pactada libremente por las partes, sin límites de tiempo, visación sindical ni control preventivo de autoridad administrativa alguna, ni tampoco necesidad de demostrar la existencia de una causa objetiva que exija su implementación. De igual forma, en esta figura contractual las potestades empresariales se amplían en materias que han sido bastante solicitadas en el debate público, como la polifuncionalidad o las jornadas flexibles tanto en la duración (jornada parcial) como en la distribución del horario de trabajo.

Entonces, ¿cómo se explica esta paradoja? El éxito de este tipo de contratación no solo depende de su marco legal, sino también de la existencia de un sistema de protección social que garantice una tutela efectiva para aquellos trabajadores que, a través de este sistema, percibirán menores ingresos (Caamaño, 2007: 3). Por lo tanto, su poca utilización no se debe a rigidez legal, sino más bien a inflexibilidad en la gestión del personal y al contexto cultural donde se desarrolla.

Podemos citar como ejemplo la Ley 21.165, que establece una Jornada Parcial Alternativa para Estudiantes Trabajadores, publicada el 26 de julio de 2019. Esta ley busca promover la inserción laboral de jóvenes estudiantes al mercado formal de trabajo, sin que pierdan sus beneficios sociales ni estudiantiles. Sin embargo, no ha sido posible medir su impacto real en el mercado laboral chileno, porque recién entró en vigor el 1 de septiembre de 2019, previo al estallido social y a la pandemia por covid-19.

Esta ley incorpora al Código del Trabajo el artículo 40 bis E, que define «estudiante trabajador» como toda persona que tenga entre 18 y 24 años inclusive, que esté cursando estudios regulares o se encuentre en proceso de titulación en una institución de educación superior universitaria, profesional o técnica reconocida por el Estado o en entidades ejecutoras de programas de nivelación de estudios, y que acredite esta calidad en el contrato de trabajo dentro del plazo para hacerlo constar por escrito, según lo dispuesto en el artículo 9, mediante certificado emitido por la institución educacional respectiva.

8 Véase «Empleo femenino: Sobre 70 % de quienes tienen jornada parcial voluntaria son mujeres», PWC, disponible en <https://pwc.to/3yJ9gyT>.

Entre los principales beneficios establecidos en esta disposición legal destacan los siguientes:

- La jornada ordinaria diaria será continua, pero las partes pueden pactar una interrupción diaria concordante con el horario académico lectivo vigente del estudiante, la que no podrá afectar el derecho a colación del trabajador. La jornada de trabajo no puede durar más de doce horas, incluidos en este cómputo, los períodos trabajados —en jornada ordinaria y extraordinaria—, y esta interrupción. Además, se limita a un máximo de diez horas diarias las efectivamente trabajadas.
- Se amplía, para efectos de la cobertura del seguro de accidentes del trabajo de la Ley 16.744, el concepto de «accidente de trayecto», a los que ocurran en el trayecto directo, de ida o regreso, entre el establecimiento educacional y el lugar de trabajo.
- Esta ley concede un permiso sin goce de remuneración para que el estudiante trabajador pueda rendir sus exámenes académicos. Para ejercer este derecho, debe informar por escrito al empleador, con al menos siete días corridos de anticipación, la forma en que hará uso de este derecho. Por lo demás, durante las vacaciones académicas, las partes pueden pactar cualquiera de las siguientes alternativas: mantener la prestación de servicios, la suspensión absoluta del contrato de trabajo o acordar una jornada de trabajo ordinaria.
- En cuanto al régimen de prestaciones de salud, el estudiante trabajador puede optar por efectuar las cotizaciones correspondientes, en cuyo caso el empleador debe enterar las cotizaciones de salud según las reglas generales, o mantener la calidad de beneficiario en la institución de salud previsional en la cual sea carga, debiendo el empleador enterar las cotizaciones de salud del estudiante trabajador a la institución de salud previsional respectiva.
- De acuerdo al artículo 3 de esta ley, las remuneraciones que reciba el estudiante trabajador no se consideran renta para determinar su condición socioeconómica o la de su grupo familiar para el acceso al Fondo Solidario, crédito fiscal universitario, crédito con garantía del Estado o financiamiento del acceso gratuito a las instituciones de educación superior, ni para cualquier otro sistema de crédito fiscal, subsidio, becas o beneficio estatal actual o futuro, que

tenga por objeto financiar sus estudios —o los gastos asociados—, en una institución de educación superior.

La letra h) del mismo artículo 40 bis E prohíbe pactar esta jornada especial a las empresas que registren accidentes graves o fatales durante el año calendario anterior, en los que el empleador hubiera sido condenado por culpa o negligencia.

Hechas estas precisiones previas, ahora desde una perspectiva conceptual, en el artículo 1 del Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1994 sobre el Trabajo a Tiempo Parcial se ha señalado que «la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable».⁹

Agrega esta disposición que la expresión «trabajador a tiempo completo en situación comparable» se refiere a aquellos trabajadores a tiempo completo que cumplan los siguientes requisitos:

- que tengan el mismo tipo de relación laboral,
- que efectúen o ejerzan el mismo tipo de trabajo o de profesión, u otra similar, y
- que estén empleados en el mismo establecimiento que el trabajador a tiempo parcial con el que se compara o, en caso de no haber ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, en su defecto, en la misma rama de actividad.

Como se puede apreciar, se trata de una definición amplia que permite flexibilidad para determinar si un trabajador es a tiempo parcial, atendiendo al lugar y a la rama de actividad en que se prestan los servicios (Caamaño, 2007: 52 y ss.).

Según la doctrina (Caamaño, 2007: 67 y 68), los elementos de la contratación a tiempo parcial son:

- Existencia de un contrato de trabajo.
- Que se pacte una jornada de trabajo reducida. La jornada se podrá calcular en horas, días, semanas, en el mes o en el año. Según el artículo 1 del Convenio 175 de la OIT puede ser computada «se-

⁹ Convenio 175 de la OIT de 1994 sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. Disponible en <https://bit.ly/3lfK5NW>.

manalmente o en promedio durante un período de empleo determinado».

- Voluntariedad. El trabajador debe optar por este tipo de modalidad contractual para, por ejemplo, compatibilizar su vida laboral con sus estudios o con sus responsabilidades familiares.

Cuando, por el contrario, esta es la única opción frente al desempleo, se habla de *trabajo a tiempo parcial involuntario*, asimilándose más a una situación de precariedad laboral o de subempleo. En este orden de ideas, el citado convenio de la OIT clarifica en su artículo 1 que no serán considerados trabajadores a tiempo parcial aquellos trabajadores a tiempo completo que se encuentren desempleados parcialmente, esto es, afectos a una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo ya sea por razones económicas, tecnológicas o estructurales.

En nuestro país, el artículo 40 bis del Código del Trabajo define el contrato a jornada parcial como aquel en que se conviene una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria de 45 horas semanales a que se refiere el artículo 22. En consecuencia, son trabajadores contratados por 30 o menos horas semanales, aun cuando el contrato de trabajo tenga una jornada de duración muy reducida, por ejemplo, de una hora al día.

Para nuestro ordenamiento, el elemento principal a considerar es el acuerdo de voluntades respecto de la duración de la jornada (igual o inferior a 30 horas semanales), sin tomar en consideración las jornadas de trabajo de los demás trabajadores del establecimiento o empresa que ejercen labores similares (Caamaño, 2007: 90). Es decir, nuestro ordenamiento jurídico no incorporó el concepto de «trabajador a tiempo completo en situación comparable» acuñado por el Convenio 175 de la OIT.

Por su parte, en relación con la existencia del contrato de trabajo, cabe recordar que el artículo 8 del Código del Trabajo contempla la presunción de laboralidad o de existencia del contrato de trabajo, al establecer que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Por consiguiente, por aplicación del criterio o principio de primacía de la realidad (Gamonal, 1998: 177), comprobados los elementos constitutivos del contrato de trabajo enunciados en el artículo 7 del Código del Trabajo (acuerdo de voluntades, prestación de servicios personales, subordinación jurídica y remuneración), necesariamente debemos con-

cluir que existe un contrato de naturaleza laboral, aunque los contratantes lo hayan denominado de otra manera, por ejemplo, como contrato de honorarios o de arrendamiento de servicios inmateriales, etcétera.

En lo que respecta a la voluntariedad, nuestra legislación no exige que se explicita una causa o razón objetiva que justifique la necesidad de su implementación, salvo el caso de la jornada parcial alternativa de trabajo y descansos para estudiantes trabajadores, contemplada en el artículo 40 bis E.

Ahora bien, de conformidad a este artículo, estos trabajadores gozan de los demás derechos que benefician a los de jornada completa. La jornada ordinaria deberá ser continua y no superior a diez horas diarias, con un descanso diario para colación que fluctúa entre 30 minutos y una hora según dispone el artículo 40 bis A. La jurisprudencia administrativa en el Dictamen Ord. 339/27 del 30 de enero de 2001 ha interpretado que, si la jornada parcial comprende un número reducido de horas, por ejemplo, de dos o tres horas, no resulta procedente interrumpirla para colación, ya que no existiría un desgaste de fuerzas en la primera parte de la jornada que sea necesario reponer.¹⁰

Además, según el artículo 40 bis C es posible pactar alternativas de distribución de jornada a determinar por el empleador, con una semana de anticipación. Empero, según la Dirección del Trabajo en este mismo dictamen, este precepto solo faculta a las partes para estatuir alternativas en cuanto a la distribución de la jornada pactada y no respecto de la extensión semanal de esta. Es decir, no es posible pactar una jornada de 25 horas y otra alternativa de 20. La norma alude a alternativas de distribución, por ejemplo, en una jornada de 20 horas semanales, la primera alternativa es trabajar de lunes a miércoles y la segunda alternativa de distribución es laborar de miércoles a viernes.

Agrega que podrán acordarse el número de alternativas que se estimen convenientes, sin perjuicio del límite derivado de la obligación del empleador de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva. El derecho de opción del empleador, con una semana de antelación, conlleva la obligación de comunicarle al trabajador la alternativa elegida con la misma anticipación.

¹⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 339/27 del 30 de enero de 2001. Disponible en <https://bit.ly/3wcClx6>.

La ley en el artículo 40 bis A permite el pacto de horas extras y establece que su pago no podrá ser inferior al ingreso mínimo calculado proporcionalmente a las horas pactadas. En tanto, el artículo 40 bis B contempla, asimismo, una reducción proporcional de la gratificación legal del artículo 50, conforme la relación que exista entre el número de horas convenidas para la jornada parcial y la jornada ordinaria de trabajo.

A propósito del pago del sobresueldo y de la gratificación legal, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico el principio de proporcionalidad o *pro rata temporis* en los contratos a jornada parcial (Caamaño, 2007: 130), que consiste en una manifestación particular del principio de igualdad de trato, al establecer un criterio de adecuación para proceder al reconocimiento, a favor de los trabajadores a jornada parcial, de aquellas prestaciones que, en su extensión, se vinculan con el menor tiempo de trabajo prestado (30 horas o menos), como ocurre a propósito de las remuneraciones o las asignaciones en dinero.

No obstante, en vistas al carácter unilateral del orden público laboral, sería perfectamente posible que por voluntad individual o colectiva se acuerden condiciones más favorables a las prescritas, o que el beneficio no se vincule con el tiempo trabajado, como sería el caso del pago por comisiones, un aguinaldo de Navidad o el paseo de fin de año, donde no es posible su disminución o cumplimiento en forma proporcional (Caamaño, 2007: 132 y 133). En este sentido, la jurisprudencia administrativa en el Dictamen 4680/086 del 25 de noviembre de 2008 ha sostenido que el descanso paternal consagrado en el artículo 195, inciso segundo, es aplicable a los trabajadores contratados a tiempo parcial, de forma tal que tienen derecho a cinco días de permiso pagado por nacimiento de un hijo, los que deben hacerse efectivos en aquellos días en que se encuentra distribuida la jornada laboral.¹¹

El Código del Trabajo contempla una norma especial para el pago de la indemnización por años de servicios en el artículo 40 bis D, del siguiente tenor:

Para los efectos del cálculo de la indemnización que pudiere corresponderle al trabajador al momento del término de sus servicios, se entenderá por última remuneración el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o de los

¹¹ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 4680/86 del 25 de noviembre de 2008. Disponible en <https://bit.ly/3laOUsc>.

últimos once años del mismo. Para este fin, cada una de las remuneraciones que abarque el período de cálculo deberá ser reajustada por la variación experimentada por el índice de precios al consumidor, entre el mes anterior al pago de la remuneración respectiva y el mes anterior al término del contrato. Con todo, si la indemnización que le correspondiere por aplicación del artículo 163 fuere superior, se le aplicará esta.

El objetivo de esta norma consiste en evitar fraudes, por las razones que pasamos a exponer. Si un trabajador a jornada completa ha reducido su jornada a tiempo parcial y luego es despedido, debería ser indemnizado según la última remuneración mensual. Pero como redujo la duración de su jornada, probablemente la última remuneración mensual será inferior a la que devengaba al trabajar jornada completa. Por lo tanto, para determinar la «última remuneración mensual» (base de cálculo de la indemnización) la ley obliga a calcular el promedio de las remuneraciones percibidas en los últimos once años o durante la vigencia menor del contrato, salvo que la última remuneración mensual devengada (artículo 163) sea mayor (por ejemplo, se redujo la duración de la jornada de trabajo pero el trabajador había cursado un magíster que implicó, en definitiva, un aumento de su valor hora y, a pesar de la reducción de jornada, un aumento de su remuneración).

Otra solución habría sido que, cuando un contrato de jornada completa se transformara en uno de jornada parcial, primero se pagara la respectiva indemnización por años de servicios, y luego se pactara la jornada parcial (Gamonal y Guidi, 2015: 79).

En cuanto al feriado legal de estos trabajadores, la jurisprudencia administrativa en el Dictamen Ord. 5522 del 15 de noviembre de 2017, sostuvo que no existen distinciones en la materia entre aquellos sujetos a jornada parcial y jornada completa y, por consiguiente, los primeros tienen derecho a quince días hábiles de feriado anual con remuneración íntegra, al igual que los trabajadores sujetos a una jornada completa. Estos días deben contabilizarse de lunes a viernes, porque el día sábado es considerado inhábil para estos efectos. Aclara que se deben agregar los días sábados, domingos y festivos que incidan en el período de descanso, careciendo de relevancia para los efectos del cómputo del feriado la circunstancia de que su jornada se distribuya en menos de cinco días a la semana.

Así, por ejemplo, si la jornada del trabajador está distribuida en tres días a la semana, igual los quince días deben contabilizarse de lunes a viernes, y le corresponderá un total de tres semanas si el feriado se hace efectivo desde un día lunes.

El citado dictamen agrega que la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado es su remuneración habitual, y señala a modo de ejemplo que, si se les paga \$100.000 semanalmente, recibirán \$300.000 en total durante las tres semanas en que hagan uso de su feriado legal.¹²

¿Qué ocurre con los trabajadores con una jornada menor de 45 horas y mayor de 30? La jurisprudencia, específicamente la Corte Suprema, en el recurso de unificación de jurisprudencia 10889/2013, ha determinado que son trabajadores jornada completa y, por ello, no se les aplica el principio *pro rata temporis* para efectos de determinar el ingreso mínimo mensual aplicable. En consecuencia, aunque la jornada de trabajo sea menor de 45 horas semanales, como laboran más de 30 horas a la semana tienen derecho al pago del ingreso mínimo en su totalidad. En otras palabras, no existen jornadas parciales mayores a 30 horas semanales.

Lo propio había sostenido previamente la Corte Suprema en la Causa rol 5305/2012. Argumentó en su considerando noveno que

las jornadas de trabajo inferiores de 45 horas semanales pero superiores a 30 horas semanales, constituyen jornada ordinaria de trabajo, toda vez que las partes han podido libremente pactarla con una duración menor al máximo legal, y que no ha quedado encasillada dentro de lo que la ley califica como jornada a tiempo parcial por exceder los parámetros legales.

Y agregó, en su considerando décimo que, por consiguiente,

habiéndose aclarado la naturaleza de la jornada de trabajo pactada entre las partes, corresponde simplemente concluir que el pacto de pagar proporcionalmente las horas trabajadas cuando se está en presencia de una jornada ordinaria de trabajo, infringe lo dispuesto en los artículos 42 letra a) y 44 del Código del Trabajo, pues lo que procedía era el pago del ingreso mínimo mensual.

12 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 5522 del 15 de noviembre de 2017. Disponible en <https://bit.ly/3a1SD95>.

En vistas a este análisis de la normativa vigente, nos encontramos con que nuestro ordenamiento laboral permite ampliamente el *part-time* o contrato de trabajo a tiempo parcial, por medio de un régimen bastante razonable entre tutela y flexibilidad (Gamonal y Guidi, 2015: 79). Respecto de la flexibilidad, están presentes los siguientes aspectos:

a) *Flexibilidad en el tiempo de trabajo*: el único límite que dispone el legislador es que este contrato opere en jornadas laborales no superiores a dos tercios de la ordinaria. En consecuencia, como ya sostuvimos, sería perfectamente posible que se pactaran jornadas de trabajo de una hora semanal.

Complementariamente, las partes pueden pactar alternativas de «distribución» de la jornada a tiempo parcial. Con esta amplitud de gestión, se facilitan las labores de la empresa y la adecuación del trabajo a las necesidades del trabajador, al permitir la disminución de los tiempos totales (semanales o anuales) de trabajo.

b) *Flexibilidad salarial*: expresamente se dispone que las gratificaciones disminuirán proporcionalmente, conforme a la relación existente entre el número de horas convenidas en el contrato a tiempo parcial y el de la jornada ordinaria de trabajo.

Además, y por aplicación de las reglas generales del Código del Trabajo (artículo 44 inciso tercero), el ingreso mínimo de los trabajadores *part-time* también se reduce en proporción a su jornada.

En virtud del principio de proporcionalidad consagrado a propósito de las gratificaciones, sueldo y sobretiempo, el contrato a jornada parcial no implica un mayor costo para el empleador.

c) *Flexibilidad funcional*: al tenor de las reglas generales (artículo 10 número 3 del Código del Trabajo), el contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias.

d) *Flexibilidad externa o numérica*: según las reglas generales, el contrato *part-time* podrá ser indefinido, a plazo o por obra o servicio, con toda la amplitud que nuestro ordenamiento permite para estas dos últimas figuras (Gamonal y Guidi, 2015: 80).

Por último, cabe hacer presente que a raíz de la pandemia por covid-19 se dictó la Ley 21.227 del 6 de abril de 2020, que faculta el acceso a prestaciones del Seguro de Desempleo de la Ley 19.728 en circunstancias excepcionales (conocida como Ley de Protección al Empleo).

Esta ley y el Decreto 2.097 del Ministerio de Hacienda, publicado en el *Diario Oficial* del 4 de diciembre de 2020, establecieron la posibilidad

de celebrar un pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2021,¹³ siempre que se cumpliera alguna de las siguientes condiciones y en los términos que exponemos:

- Empleadores que hubieran visto reducidas sus ventas en más de un 20 % por tres meses consecutivos, siempre que hubieran otorgado su autorización para que el Servicio de Impuestos Internos remitiera a través de medios electrónicos, a la Dirección del Trabajo, la confirmación de que efectivamente se encontraban en la situación descrita.
- Las empresas que se encontraban en proceso concursal de reorganización y las de menor tamaño que estaban en proceso de asesoría económica por insolvencia, previa solicitud de la Dirección del Trabajo a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento de la nómina de las personas naturales y jurídicas que se encontraban en tales circunstancias.
- Las empresas exceptuadas en la declaración de la autoridad, pero que necesitaban reducir o redistribuir la jornada de sus trabajadores para poder mantener su continuidad operacional o para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, siempre que, al celebrar el pacto, hubieran realizado una declaración jurada simple ante la Dirección del Trabajo, en la que hubiesen dado cuenta de la efectividad de estos hechos o circunstancias.

13 El Decreto 2.097 del Ministerio de Hacienda, del 4 de diciembre de 2020, extendió la vigencia de los beneficios y prestaciones establecidos en el título II de la Ley 21.227, en relación con los pactos de reducción temporal de la jornada de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2021. Por su parte, el inciso primero del artículo 10 de la Ley 21.227 establecía que los pactos de reducción temporal de la jornada de trabajo tenían una duración mínima de un mes. Por consiguiente, al concordar estas dos normas, esto es, la duración mínima establecida en la ley y la fecha de término contemplada en el decreto, la Dirección del Trabajo entendió que solo podían suscribirse y registrarse en su página web pactos de esta naturaleza hasta el 30 de noviembre de 2021. No obstante lo expuesto, la misma la Dirección del Trabajo hizo presente en su página web que mantendría por un tiempo prudencial la posibilidad de ingresar pactos de reducción temporal de jornada laboral, siempre y cuando se tratara de pactos convenidos antes del inicio del mes de diciembre de 2021 y que establecieran como fecha máxima de término de los referidos pactos el 31 de diciembre del 2021. Véase «Pactos de Reducción Temporal de la Jornada de Trabajo», Dirección del Trabajo, 29 de noviembre de 2021, disponible en <https://bit.ly/3FKlvhH>.

*Pacto sobre Condiciones Especiales de Trabajo.
Análisis del título VI del libro IV del Código del Trabajo*

La Ley 20.940 del 8 de septiembre de 2016, que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, incorpora los Pactos sobre Condiciones Especiales de Trabajo en el título VI del libro IV del Código del Trabajo.

Según se desprende del mensaje con que se inicia la discusión del proyecto de ley que posteriormente dio lugar a la normativa en análisis, el objetivo perseguido por el Ejecutivo en lo que nos concierne, consistía en el reconocimiento de una amplia libertad y autonomía de las partes para negociar y suscribir acuerdos sobre otras materias propias de la organización del trabajo, más allá de las condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, eliminando las restricciones vigentes a la fecha relativas a los temas que podían ser objeto de negociación colectiva.¹⁴ Lo anterior respondía a una visión polifuncional de esta última.¹⁵ Esto se tradujo en proponer que se permitiera a las partes negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo en las empresas que contasen con una afiliación sindical relevante.¹⁶

14 Historia de la Ley 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, publicada el 8 de septiembre de 2016. Disponible en <https://bit.ly/3ww26Nz>.

15 Esta visión entiende que la negociación colectiva es «un mecanismo idóneo para mejorar la calidad de vida de los trabajadores y alcanzar la paz social», véase Gamonal (2020: 247). Sin embargo, compartimos la opinión de Gamonal, quien entiende que «la visión unidimensional de la negociación colectiva se mantiene reforzada a nivel legal», porque pese a que tras las reformas introducidas por la Ley 20.940 al ordenamiento jurídico colectivo y, en específico, al contenido de la negociación colectiva que, conforme al inciso segundo del artículo 306 del Código del Trabajo puede contemplar «acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, al ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros», todavía se mantienen vigentes las siguientes expresiones en el inciso cuarto de la misma disposición legal, a saber: «No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma». En palabras del mismo autor, por su amplitud, esta norma infringiría la libertad sindical, ya que debieran ser las propias partes las que determinasen el contenido de la negociación colectiva (Gamonal, 2020: 354).

16 Historia de la Ley 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, publicada el 8 de septiembre de 2016.

Así, según lo dispuesto en el artículo 374 del Código del Trabajo, que regula los requisitos, procedimiento y ámbito de aplicación de estos pactos, la afiliación sindical que se exige para estos efectos debe ser igual o superior al 30 % del total de los trabajadores de la empresa, quienes, conjunta o separadamente, podrán acordar con su empleador alguno de los pactos contemplados en este título, a saber: pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal y pactos para trabajadores con responsabilidades familiares.

Agrega que estos pactos solo pueden acordarse de manera directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada. Por lo tanto, podrán alcanzar dichos acuerdos a través de la negociación colectiva no reglada. Previo a su suscripción, los referidos acuerdos deben ser aprobados por los trabajadores afiliados a la o las organizaciones sindicales de que se trate. Los estatutos establecerán reglas para su aprobación, y si estos nada dicen, deberán ser aprobados por mayoría absoluta, en una asamblea convocada para estos efectos y celebrada ante un ministro de fe, y su duración máxima será de tres años.

Por su parte, en cuanto a su ámbito de aplicación personal, incluye a los trabajadores representados por las organizaciones sindicales que los hubieren celebrado, a menos que las partes hubieren excluido a los trabajadores que así lo hubiesen requerido, de manera expresa. Asimismo, es posible aplicar estos pactos a trabajadores de la empresa que no tengan afiliación sindical, siempre que presten expresamente su consentimiento por escrito.

Comenzaremos revisando los pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal contemplados en el artículo 375 del Código del Trabajo. La citada norma legal faculta a las partes para acordar que la jornada ordinaria semanal de trabajo se distribuya en cuatro días, estableciendo un límite diario de doce horas de trabajo efectivo, que incluye la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos. Agrega que si la jornada laboral diaria pactada supera las diez horas, debe acordarse una hora de descanso imputable a dicha jornada.

En este sentido, el Dictamen 6084/97 del 26 de diciembre de 2016, de la Dirección del Trabajo, que informa sobre el sentido y alcance de la Ley 20.940 en lo referido a los pactos sobre condiciones especiales de trabajo, enfatiza que «la referida disposición permite la distribución de la jornada semanal ordinaria, esto es, la jornada de 45 horas, en cuatro días». Clarifica que esto implica que

la jornada ordinaria diaria no podrá ser en los cuatro días igual a 12 horas, pues en tal caso se excedería de 45 horas semanales, sino que alguno de los días podría llegar a 12 horas, pero debiendo los demás días ajustar la jornada diaria para asegurar el cumplimiento del tope máximo de 45 horas. En este sentido, si se quiere mantener una jornada diaria única los cuatro días en que se distribuye la jornada ordinaria semanal (45 horas), la jornada diaria debería ser de 11 horas y 15 minutos u otra opción sería contemplar una jornada de 12 horas diarias en tres días y el cuarto de 9 horas.¹⁷

Precisa, además, que esta institución no altera la normativa sobre descanso semanal, «por lo que solo será posible distribuir la jornada de trabajo contenida en estos pactos incluyendo el día domingo y/o festivo en la medida que se trate de algunas de las hipótesis contempladas en el artículo 38 del Código del Trabajo».

Ahora bien, el artículo 376 del Código del Trabajo regula los pactos para trabajadores con responsabilidades familiares. En este sentido, establece la posibilidad de que las organizaciones sindicales celebren con el empleador pactos para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan acceder a sistemas de jornada de trabajo que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de esta. Según la Dirección del Trabajo en el referido dictamen, esto significa que la jornada laboral pactada o parte de ella puede ser desarrollada en el domicilio del trabajador u otro que este convenga con el empleador. Agrega que para poder cumplir con esta combinación, es posible acordar adecuaciones a la jornada de trabajo.

Este pacto opera a solicitud escrita del trabajador. El empleador puede acoger o rechazar esta solicitud, pero cualquiera sea su decisión, debe responder por escrito en el plazo de 30 días. Si acepta la solicitud del trabajador, es necesario que se suscriba un anexo al contrato individual de trabajo, que debe contener las menciones que siguen:

- El o los lugares alternativos a la empresa en que el trabajador prestará sus servicios. Puede ser el hogar del trabajador u otro lugar que se convenga con el empleador.
- En caso de ser necesario, las adecuaciones a la jornada de trabajo.

¹⁷ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 6084/97 del 26 de diciembre de 2016. Disponible en <https://bit.ly/3lbgt4o>.

- Los sistemas de control y de gestión que usará el empleador en lo que respecta a los servicios personales convenidos.
- La duración de este pacto.

Además, se contempla la posibilidad de que el trabajador solicite volver unilateralmente a las condiciones originales pactadas en su contrato de trabajo, previo aviso por escrito al empleador con 30 días de anticipación como mínimo. Por su parte, estos pactos también pueden ser convenidos para aplicarse a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías de trabajadores que definan de común acuerdo el empleador y la organización sindical.

Por último, sistematizaremos algunas de las ideas consignadas en el referido dictamen que nos parecen especialmente relevantes:

- Se hace presente que los avances en las tecnologías de la información y del conocimiento han permitido que «muchos servicios, tareas y funciones que cumple un trabajador puedan ejecutarse sin su presencia física en la empresa, al menos, sin su presencia regular y permanente».
- Señala que en este caso el Código del Trabajo permite acordar nuevas modalidades de organización de trabajo, las que se conocen genéricamente como teletrabajo, y que se traducen en «jornadas flexibles y modalidades de teletrabajo o trabajo a distancia». Esto es bien interesante porque este dictamen es previo a la aprobación de la Ley 21.220 en el 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, y utiliza expresiones que a la fecha de su dictación eran ajenas a este, pues si bien su artículo 22 hacía referencia a los teletrabajadores, entendiendo por tales a «los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones», y a «los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos», no empleaba la terminología «trabajo a distancia».
- En el contexto descrito, también explicita las ventajas de estas nuevas modalidades de organización del trabajo para el bienestar personal del trabajador, para la productividad de la empresa y para la sociedad, en cuanto disminuyen los costos y tiempos de traslado y

permiten la conciliación del trabajo remunerado con la vida personal y familiar. Se precisa que su principal objetivo consiste en beneficiar a los trabajadores con responsabilidades familiares.

- ¿Qué se entiende por trabajadores con responsabilidades familiares? Para estos efectos recurre al Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo de 1981, Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, que fue ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994. Según su artículo 1, sus disposiciones se aplican a aquellos trabajadores y trabajadoras que tengan responsabilidades respecto de los hijos a su cargo o hacia miembros de su familia directa que requieran de su cuidado de manera evidente, siempre que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica, como también de ingreso, participación y progreso en ella.¹⁸ A juicio de la Dirección del Trabajo (Dictamen Ord. 6084/97 del 26 de diciembre de 2016), «en el último tiempo el espíritu del legislador laboral ha sido propender a la conciliación entre trabajo y familia y a la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos, atendido lo cual es posible estimar que la normativa en estudio constituye un avance importante en esta misma dirección».
- Desde una perspectiva operativa, su implementación incluye dos etapas, según el mismo dictamen: primero, la celebración del pacto o acuerdo macro entre el empleador y la o las organizaciones sindicales en el que se establezcan para la empresa sistemas de jornada de trabajo que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de esta; y, en segundo lugar, la suscripción de acuerdos individuales que permitan especificar las modalidades en que se cumplirá con la prestación de servicios convenida.

El empleador debe registrar electrónicamente estos instrumentos ante la Dirección del Trabajo en el plazo de cinco días contados desde su suscripción.

Además, conforme al artículo 377 del Código del Trabajo, la Dirección del Trabajo deberá poner a disposición del público modelos tipo de pactos sobre condiciones especiales de trabajo que se ajusten a la nor-

¹⁸ Véase el Convenio 156 de la OIT de 1981, sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Disponible en <https://bit.ly/3szXvIM>.

mativa vigente y fiscalizar el cumplimiento de los referidos pactos. Por su parte, el director del Trabajo, a través de resolución exenta, es el encargado de establecer la forma, condiciones y características del registro electrónico de estos pactos y de determinar las normas que permitan verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia ya examinados.

Si se incumplen los requisitos legales que permiten la suscripción de estos pactos o si las estipulaciones pactadas infringen gravemente las normas de higiene y seguridad en el trabajo, el director del Trabajo puede dejarlos sin efecto mediante resolución fundada. Esta resolución será reclamable ante el tribunal competente de conformidad al procedimiento de aplicación general establecido en el párrafo tercero del capítulo II del título I del libro V del Código del Trabajo.

Cabe mencionar que según lo dispuesto en los artículos 408 y siguientes del Código del Trabajo, las federaciones y confederaciones también pueden celebrar pactos sobre condiciones especiales de trabajo.¹⁹ Lo

19 El artículo 408 del Código del Trabajo establece lo siguiente: «Presentación efectuada por federaciones y confederaciones, contenido y reglas generales. Las federaciones y confederaciones podrán, en cualquier momento y sin sujeción a reglas de procedimiento, previo acuerdo con uno o más empleadores, o con una o más asociaciones gremiales de empleadores, suscribir convenios colectivos y/o pactos sobre condiciones especiales de trabajo de que trata este Código. Con todo, las federaciones o confederaciones que definan negociar conforme a las disposiciones de este título deberán presentar su propuesta por escrito a los empleadores o a las asociaciones gremiales respectivas, para quienes siempre será voluntario negociar. También podrá iniciarse el procedimiento a que se refiere este título a solicitud escrita de uno o más empleadores o de una o más asociaciones gremiales de empleadores. El plazo para manifestar la decisión de negociar será de treinta días contado desde la presentación de la propuesta. En caso de ser afirmativa, dentro de este mismo plazo se deberá dar respuesta a la proposición de convenio o pacto. En todo caso, la respuesta deberá darse siempre por escrito. Los convenios colectivos podrán referirse a cualquiera de las materias señaladas en el artículo 306. Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo deberán ajustarse a las regulaciones previstas en el título VI de este libro, sin que les sea aplicable el quórum de afiliación sindical señalado en el inciso primero del artículo 374. Los convenios colectivos o los pactos tendrán la duración que dispongan las partes. A los empleadores solo les serán aplicables aquellos convenios y/o pactos concordados directamente por sus representantes legales o que concurren a aceptar una vez concordados. Los convenios colectivos y pactos sobre condiciones especiales de trabajo de que trata este título se deberán depositar en la Dirección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción. Este organismo deberá llevar un registro público de estos instrumentos colectivos». Por su parte, el artículo 409 del Código del Trabajo, establece: «Regla de aplicación de instrumentos colectivos a organizaciones afiliadas. Los convenios colectivos y pac-

propio establece el artículo 372 del mismo cuerpo legal a propósito de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.

tos sobre condiciones especiales de trabajo de que trata este título serán aplicables a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales de base, previa aprobación de estos en asamblea de socios, de conformidad a lo dispuesto en sus estatutos. En caso de no existir regulación estatutaria aplicable, deberán ser aprobados en asamblea, por mayoría absoluta de los socios, en votación secreta celebrada ante un ministro de fe».

Capítulo 2

El trabajo a distancia y el teletrabajo. Conceptos básicos

Conceptos de trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo a domicilio y trabajo basado en el domicilio

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en sus Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo en el contexto de la pandemia por covid-19, ha formulado algunas recomendaciones sobre cómo debieran entenderse los conceptos de «trabajo a distancia», «teletrabajo», «trabajo a domicilio» y «trabajo basado en el domicilio», diferenciándolos entre sí para fines estadísticos, sin perjuicio de que estas nociones están relacionadas y en ocasiones incluso se entremezclan y solapan. Entiende que esta distinción permitiría medir la prevalencia, frecuencia, intensidad y evolución en el tiempo de cada una de estas modalidades contractuales.¹

Así, el trabajo a distancia alude, en el señalado documento, a «aquellas situaciones en que el trabajo se realiza plena o parcialmente en un lugar de trabajo alternativo distinto del lugar de trabajo predeterminado». En otras palabras, el trabajador contratado para trabajar a distancia puede prestar sus servicios en otros lugares diferentes a aquella ubicación en la que regularmente debe prestarlos. Agrega la OIT en el mismo documento que para efectos de definir cuál es el lugar de trabajo predeterminado se tomará en consideración la profesión y ocupación del trabajador o el negocio de que se trate.

Según estos criterios definidos por las Orientaciones, se entiende que son lugares de trabajo predeterminados los locales, instalaciones o el emplazamiento de la unidad económica para la que se prestan los servicios; los locales, instalaciones o emplazamiento de uno de los clientes;

¹ OIT, «Covid-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo», nota técnica, 22 de julio de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3syaESP>.

o los espacios públicos donde deban llevarse a cabo los servicios, como una calle, una autopista, un estacionamiento o un parque.

Por su parte, entiende que el teletrabajo es una especie o subcategoría de la noción más comprensiva de trabajo a distancia —como ocurre en el caso chileno (según veremos)—, ya que también en este caso las labores se desempeñan en un lugar distinto fuera del lugar de trabajo predeterminado, pero «engloba a los trabajadores que utilizan Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) o teléfonos fijos para desempeñar el trabajo remotamente».

¿Qué se entiende por trabajo a domicilio? En la misma nota técnica, la OIT plantea que es aquel que se efectúa de manera total o parcial en la propia residencia o domicilio del trabajador o trabajadora. Ya se había definido trabajo a domicilio en el Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Trabajo a Domicilio, celebrado en 1996. Al tenor de su artículo 1 letra a) es aquel trabajo que se realiza: i) en el domicilio del trabajador o en otros locales que elija, siempre que no sean los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) para elaborar un producto o prestar un servicio de acuerdo a las especificaciones del empleador, con independencia de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, salvo que la persona que elabora el producto o presta los servicios pueda ser considerada trabajador independiente por la ley o una decisión judicial, atendido el grado de autonomía e independencia económica que ostenta.²

El organismo internacional, en la citada nota técnica de 2020, señala que a diferencia de las dos categorías anteriores, el trabajo a domicilio «es independiente del lugar de trabajo predeterminado», no obstante, pueden coincidir, por ejemplo, si «el domicilio del trabajador es a la vez el lugar donde lleva a cabo el trabajo y los locales de la unidad económica (en el caso de un trabajador independiente que disponga de una oficina en su domicilio)». Ello porque esta modalidad tampoco depende de la situación en la ocupación, esto es, de si se trata de trabajadores dependientes o independientes.

En el caso chileno, el artículo 22 del Código del Trabajo se refiere a ellos para excluirlos de la limitación de la jornada ordinaria en razón del

2 Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo a Domicilio. Disponible en <https://bit.ly/39uKmu8>. Cabe precisar que este convenio internacional aún no ha sido ratificado por nuestro país.

lugar físico donde prestan sus servicios. Señala que son trabajadores a domicilio aquellos que prestan servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos, y que han sido contratados en esta calidad, de acuerdo a las normas contempladas en el Código del Trabajo.

Según la doctrina, el principal fundamento de esta excepción radica en que se presupone «tienen la independencia necesaria para determinar por sí mismos el período de tiempo durante el cual efectuarán sus labores» (Thayer y Novoa, 2008: 127), precisamente «en atención a la naturaleza misma del lugar donde prestan sus servicios» (Melis y Sáez, 2000: 403).

En Chile, esta modalidad de trabajo reúne las siguientes características:

- El trabajador presta los servicios convenidos en el contrato de trabajo para su contraparte empleadora y no para el público en general.
- El empleador es quien imparte las instrucciones y órdenes a cumplir en la ejecución de la prestación de servicios convenida.
- No se trata de una única prestación, sino de una serie continuada de prestaciones que en conjunto configuran la obligación principal de la parte trabajadora.
- Existe una remuneración.
- El suministro de materia prima y de todo lo necesario para que el trabajador pueda prestar adecuadamente los servicios convenidos lo debe efectuar el empleador, en cumplimiento de su obligación de ocupación adecuada y efectiva (Melis y Sáez, 2000: 402).

Por último, el trabajo basado en el domicilio es una subcategoría del trabajo a domicilio, ya que es aquel en que los trabajadores «desempeñan habitualmente su trabajo en casa, independientemente de que su domicilio privado pueda considerarse como el lugar de trabajo predefinido», según lo que plantea la nota técnica señalada de la OIT.

La relación e interacción entre estos cuatro conceptos se puede explicar a través del siguiente ejemplo que la Organización Internacional del Trabajo contempla en sus Orientaciones: el trabajo a distancia o el teletrabajo podría realizarse desde el domicilio del trabajador, y a su vez, un trabajador basado en el domicilio puede teletrabajar.

Concepto doctrinal de trabajo a distancia y teletrabajo. Derecho comparado

La OIT ha sostenido que se utiliza una serie de expresiones distintas para aludir a este fenómeno, como «teledesplazamiento», «trabajo a domicilio», «trabajo en línea», «trabajo virtual», «trabajo remoto», «trabajo a distancia», «trabajo distribuido», «*workshifting*» (trabajo flexible en cuanto a horarios, ubicación y uso de tecnología) o «trabajo flexible».³

En esta sección nos limitaremos a revisar los conceptos doctrinales —y algunas de las definiciones contempladas en derecho comparado—, de trabajo a distancia y teletrabajo, porque son las expresiones utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico interno tras las modificaciones legales introducidas al Código del Trabajo en los años 2001 y 2020.

En este orden de ideas, lo primero que hay que tener presente es que pocas legislaciones definen trabajo a distancia, ya que la mayoría ha optado por definir teletrabajo. Por eso citamos el ordenamiento jurídico español, que entiende por trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realiza preponderantemente en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por este, como una alternativa al desarrollo presencial de la prestación de servicios en el centro de trabajo de la empresa.⁴ Se trata de un concepto amplio, que incluye el teletrabajo, de igual modo que la legislación nacional tras la dictación de la Ley 21.220 en el 2020.

Desde una perspectiva doctrinal, se ha definido teletrabajo como «una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de este fuera de su espacio habitual, 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 para el contacto entre el trabajador y la institución. Pudiendo ser realizado por cualquier persona, independiente de su género, edad y condición física» (Salazar-Concha, 2007: 89).

3 OIT, «Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financiero», 2016. Disponible en <http://bcn.cl/274gn>, citado por Álvarez (2018: 2).

4 Artículo 13 del Estatuto de Trabajadores de España, citado por Álvarez (2018: 15).

Por su parte, según la OIT es posible conceptualizarlo como «el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones —como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio— para trabajar fuera de las instalaciones del empleador» (Eurofound y OIT, 2019).

Ahora bien, este organismo internacional elaboró en el 2011 un *Manual de buenas prácticas en teletrabajo* a fin de «promover el teletrabajo en un contexto adecuado desde el punto de vista regulatorio, de la salud, la seguridad, la privacidad, la confidencialidad, el cuidado del medioambiente y las condiciones laborales del teletrabajo, impulsando esta modalidad para generar nuevas oportunidades de trabajo decente bajo formas innovadoras de organización del trabajo, en un contexto de diálogo social que incremente la productividad de las organizaciones empresariales». ⁵ En el citado manual se recopila una serie de conceptos de teletrabajo, que transcribimos a continuación:

El teletrabajo es «la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las TIC en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos ajenos al empleador». (Declaración de lineamientos y compromisos en materia de teletrabajo, para la promoción de trabajo decente y como garantía de calidad laboral, firmada en Buenos Aires en 2010).

Se entiende por teletrabajo a los efectos de esta ley, a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley 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 (proyecto de ley de julio de 2007).

El teletrabajo es una forma de organización y/o 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

⁵ Según consigna el propio documento, este manual es fruto de las experiencias y recomendaciones que surgieron a propósito del Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas (Propet), que se desarrolló principalmente en Argentina. Disponible en <https://bit.ly/3LeqU1H>.

estos locales de forma regular (Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, Bruselas, 16 de julio de 2002).

El teletrabajo es el trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora (Tesauro OIT, 6.^a edición, Ginebra, 2008).

Capítulo 3

Consagración legal del trabajo a domicilio, del trabajo a distancia y del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico

El trabajo a domicilio y el teletrabajo en la Ley 19.759 de 2001

Nuestra legislación reconoció la figura del teletrabajo, a través de las modificaciones introducidas al artículo 22 del Código del Trabajo por la Ley 19.759 de 2001. Para estos efectos agregó un inciso penúltimo al artículo 22 del Código del Trabajo, el que tuvo por objeto indicar que los trabajadores contratados para prestar servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, quedarían excluidos de la limitación general de jornada laboral (de 45 horas semanales).

Según la jurisprudencia, la industria de los *call centers* —símbolo de flexibilidad geográfica y laboral— fue la actividad que, junto a otras, dio origen al teletrabajo. Señala que a principios de los años ochenta, Chilectra montó una plataforma que le permitía contactarse con sus clientes de manera no presencial, modelo que fue desarrollándose e incorporándose paulatinamente en otras empresas, debido al crecimiento del sector servicios, la expansión de las comunicaciones y los importantes avances tecnológicos. Su implementación respondía a políticas de diferenciación funcional y *outsourcing* (externalización), ya que a través de este sistema las grandes compañías transferían muchas de sus funciones, como los servicios de atención a clientes, a otras compañías o a terceras personas. Fue lo que sucedió con las empresas de servicios especializadas en la gestión de *call centers*.¹

Por lo demás, en un fallo del 2012, la jurisprudencia judicial entendió que de su definición legal y de su regulación como una excepción al lí-

¹ Juzgado de Letras de Talca, RIT I-8-2018 del 20 de abril de 2018, considerando séptimo.

mite legal establecido a propósito de la jornada ordinaria de trabajo, se desprendían las siguientes «características específicas y distintivas» del teletrabajo, a saber: la excepción al límite de jornada de trabajo, el uso de medios informáticos y el lugar de prestación de servicios.²

Ahora bien, que nuestra legislación contemple el teletrabajo dentro de las exclusiones de jornada no deja de ser paradójico. En efecto, el artículo 22 opera sobre la base de trabajadores que no están sujetos a fiscalización superior inmediata, pero en el teletrabajo existen formas muy sofisticadas de control de la jornada de trabajo y las TIC operan no solo como medio de trabajo, sino como instrumento de control empresarial (Ugarte, 2004: 160).

En consecuencia, este reconocimiento del teletrabajo a través del artículo 22 del Código del Trabajo fue muy flexible y poco protector del trabajador (Gamonal y Guidi, 2015: 296), lo que implicaba que muchos derechos fundamentales de los teletrabajadores quedaban —y quedan aún— amenazados frente a las potestades empresariales.

¿Por qué decimos *quedan*? Debido a que, si bien tras la dictación de la Ley 21.220 de 2020 el teletrabajo tiene una regulación sistemática, todavía figura en el artículo 22 del Código del Trabajo entre las labores o servicios que se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo.

Antecedentes de la Ley 21.220 de 2020 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia

Tanto desde el Poder Legislativo como del Ejecutivo surgieron voces que hicieron hincapié en la necesidad de contar con una normativa específica y sistemática referida a esta materia. También la jurisprudencia lo hizo presente en alguna de sus sentencias. Así, en un fallo de 2009,³ expresó:

Actualmente existe un solo proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional que se refiere al teletrabajo y que pretende modificar el Código del Trabajo, el que fue ingresado por moción de los senadores Bianchi y Aburto, proyecto que «se fundamenta en las implicancias ju-

² Juzgado de Letras de Iquique, RIT O-190-2012, del 24 de septiembre de 2012. Considerando noveno.

³ Juzgado de Letras de Chillán, RIT O-118-2009, del 22 de febrero de 2010. Considerando decimoprimerero.

rídico laborales que surgen al utilizar estas tecnologías: nuevas perspectivas en salud laboral, en los sistemas retributivos, en el tiempo del trabajo, en el replanteamiento del contenido del contrato de trabajo, en el nuevo papel o recaudación de los sindicatos, en el rol de los organismos fiscalizadores en relación con la forma como deben desarrollar su labor ante esta nueva realidad, disyuntivas ante el conflicto de tener que distinguir el límite al control que pueden ejercer los empleadores y el derecho a la intimidad de los trabajadores, en la utilización de las nuevas tecnologías por las organizaciones representantes de los trabajadores etcétera». De esta manera se pretende regular esta nueva figura, reconociendo sus características, de manera de legislar las normas necesarias para la protección adecuada de estos nuevos trabajadores, especificando a quienes regirá, quienes están excluidos de este contrato, las cláusulas que necesariamente debe contener y las obligaciones del trabajador.

Por su parte, previo a la dictación de la Ley 21.220, y frente a esta misma deficiencia, la jurisprudencia había enfatizado en la necesidad de recurrir a la experiencia comparada, en especial a la regulación contemplada en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo que se había fijado en Europa en el año 2002. Menciona que el citado acuerdo definía teletrabajo y regulaba, entre otros, los aspectos que siguen: su ámbito de aplicación, su carácter voluntario y la posibilidad de volver a la anterior situación y estatus laboral, las condiciones de empleo —que incluían aquellas medidas que debía adoptar el empleador para evitar el aislamiento del teletrabajador y teletrabajadora y facilitar el contacto regular entre compañeros y compañeras de trabajo—, la protección de datos y la vida privada, los equipamientos y la posibilidad de acceso a información de la empresa, la salud y seguridad, la organización del trabajo, la formación profesional y los derechos colectivos, y la implementación y seguimiento de esta modalidad de trabajo para asegurar la igualdad de trato respecto de los demás trabajadores de la empresa.⁴

¿Por qué citamos estos fallos? Porque consignan los temas que, según el Poder Legislativo, los tribunales de justicia y derecho comparado, deben ser abordados y considerados al regular sistemáticamente esta figura para que se desarrolle en un contexto de trabajo decente que asegure la debida protección de los teletrabajadores.

4 Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, RIT O-118-2009, del 22 de febrero de 2010. Considerando decimotercero.

Una precisión final antes de comenzar a examinar en detalle los antecedentes específicos de la Ley 21.220 de 2020: Chile optó por regular normativamente el teletrabajo,⁵ al igual que países como Brasil, Francia, Colombia y Uruguay, y en este sentido existen ciertos elementos comunes a estas regulaciones. Por una parte, en todos estos ordenamientos jurídicos se define teletrabajo, y se alude al lugar físico donde se ejecuta la prestación de servicios y al uso de tecnologías de la información y comunicación; y, por otra, se abordan determinados temas, como su carácter voluntario, la igualdad en las condiciones de trabajo, la protección en materia de higiene y seguridad, los derechos colectivos y el contenido mínimo del contrato (Álvarez, 2018: 1).

La Ley 21.220, publicada el 26 de marzo de 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, agregó un capítulo IX al citado código destinado a regular el trabajo a distancia y el teletrabajo (artículos 152 quáter G a 152 quáter O nuevos más tres artículos transitorios).

Según el Mensaje Presidencial con que ingresó a trámite legislativo a la Cámara de Diputados en agosto de 2018, este proyecto de ley buscaba regular el trabajo a distancia de manera sistemática, por estimar que la regulación contemplada en el artículo 22 del Código del Trabajo era insuficiente. Se entendía que los vacíos legales en esta materia desincentivaban su uso, pese a que esta modalidad no presencial propicia una mayor adaptabilidad de los trabajadores y la conciliación del trabajo y la vida familiar. Atendida su importancia en el mundo actual y las oportunidades laborales que podría generar, el referido mensaje enfatiza que la aprobación de este proyecto de ley generaría las certezas necesarias para promover el trabajo a distancia y el teletrabajo.⁶

En consonancia con lo expuesto y como consecuencia de estas premisas, perseguía la modernización de nuestra legislación laboral, la incorporación al mercado de trabajo de personas que por diferentes razones

5 En otros países, como Argentina, España, Bélgica, Italia y Estados Unidos, se ha implementado esta modalidad contractual a través de convenios colectivos o políticas públicas. De hecho, esto ha permitido su implementación en el sector público, como un mecanismo que posibilita conciliar trabajo y familia (Álvarez, 2018: 1).

6 Historia de la Ley 21.220, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, publicada el 26 de marzo de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3sEVZVP>.

no habían podido ingresar a este,⁷ propender a la corresponsabilidad laboral, contribuir al empleo sustentable⁸ y a descongestionar y descontaminar ciudades, y brindar protección laboral a los trabajadores y trabajadoras que presten servicios bajo esta modalidad.

Ahora bien, la ley que se aprobó en definitiva y que analizaremos en este trabajo ¿cumplió con estos objetivos? Veremos que solo en parte, sin perjuicio de que constituye un avance importante en la materia.

Por otra parte, se sabe que la pandemia por covid-19, que se expandió a nivel global, marcó un hito a partir del cual se debieron adoptar una serie de políticas públicas y medidas sanitarias —como cuarentenas obligatorias, cierre de fronteras, de empresas y establecimientos educacionales—, lo que tuvo y sigue teniendo importantes consecuencias humanas, sociales y económicas.⁹

Por esta razón, el presidente de la República declaró a través del Decreto Supremo 104, del 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional. Lo anterior tenía como antecedente el Decreto Supremo 4 del 8 de febrero de 2020, del

7 Menciona los siguientes ejemplos: «Personas que viven en zonas alejadas de centros urbanos; madres o padres que tienen a su cargo el cuidado de los hijos; adultos que están a cargo de familiares enfermos o de edad avanzada; personas con discapacidad que tienen dificultades de traslado y movilidad; personas de la tercera edad que, estando activas, no tienen facilidad de movimiento; y jóvenes que deben compatibilizar el trabajo con sus estudios, entre otros segmentos de la población que tienen la necesidad imperiosa de que existan modalidades de trabajo debidamente reguladas que se adapten de mejor manera a sus necesidades particulares». Historia de la Ley 21.220, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, publicada el 26 de marzo de 2020.

8 Esto porque entre los beneficios del trabajo a distancia destacan «la reducción de los tiempos de desplazamiento desde la casa al trabajo, el aumento de la autonomía en cuanto al tiempo de trabajo, lo que permite una mayor flexibilidad de la organización del tiempo de trabajo, la mejora de la conciliación entre la vida laboral y la personal en general y el aumento de la productividad». Informe «Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: Consecuencias en el ámbito laboral» realizado por la Organización Internacional del Trabajo y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (2019), citado en Historia de la Ley 21.220, que modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, publicada el 26 de marzo de 2020.

9 Véase «La política económica frente al covid-19 en Chile y el mundo: Una invitación a ampliar las fronteras de lo posible», *Ciper Académico*, 24 de mayo de 2020, disponible en <https://bit.ly/3Mph4eX>.

Ministerio de Salud que había declarado alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del coronavirus, declarada como pandemia, por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020.

Por consiguiente, en el contexto laboral, frente a la necesidad de evitar el contacto entre personas y asegurar el distanciamiento social recomendado por la Organización Mundial de la Salud y la autoridad sanitaria nacional, el gobierno aceleró la tramitación del proyecto de ley de trabajo a distancia que, como comentamos, ya estaba en el Congreso Nacional desde el año 2018 —y que incluso había sido aprobado en general por la Cámara de Diputados el 20 de noviembre 2018—, logrando su aprobación como ley el 25 de marzo de 2020 tras un acuerdo político alcanzado con la oposición, incorporándose una regulación especial sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo al Código del Trabajo.¹⁰

En lo que respecta a los antecedentes de la Ley 21.220 de 2020, solo nos resta mencionar el Dictamen Ord. 1239/5 del 19 de marzo de 2020, de la Dirección del Trabajo, que complementa la doctrina contenida en el Dictamen 1116/004 del 6 de marzo de 2020, que fija criterios y orientaciones sobre el impacto, en materia laboral, de la emergencia sanitaria provocada por el covid-19, y que previo a la dictación de esta ley sugirió como uno de los mecanismos alternativos de cumplimiento de las obligaciones laborales en el contexto de la crisis sanitaria, la prestación de servicios a través del trabajo a distancia o teletrabajo, siempre que la naturaleza de las labores así lo permitiese. Ello, porque propendería a la estabilidad en el empleo, a la continuidad laboral y permitiría prevenir los riesgos de contagio al instar por el distanciamiento social.

Otros mecanismos sugeridos por este organismo eran la celebración de pactos sobre horarios diferidos de ingreso y salida de los trabajadores para evitar aglomeraciones en el transporte público, la concesión de feriado colectivo según lo dispuesto en el artículo 76 del Código del Trabajo, la celebración de acuerdos tendientes a anticipar el feriado le-

10 Véase «Teletrabajo: La ley que la crisis del covid-19 ayudó a aprobar». *Palabra Pública*, 8 de abril de 2020, disponible en <https://bit.ly/3FPi6hP>. En la legislación francesa, «ante circunstancias excepcionales, en particular la amenaza de una epidemia o en caso de fuerza mayor, la implementación del teletrabajo se puede considerar como un diseño de estación de trabajo necesario para permitir la continuidad de la actividad de la empresa y garantizar la protección de los empleados» (Álvarez, 2018: 8).

gal, la suscripción de pactos sobre turnos laborales para disminuir la cantidad de trabajadores que comparten un mismo espacio de trabajo, los acuerdos relativos a medidas tendientes a evitar aglomeraciones en los lugares de trabajo (como casinos de la empresa, al interior de medios de transporte proporcionados por esta, etcétera) y, por último, la implementación de medidas destinadas a limitar la cantidad de clientes o usuarios que interactúen con los trabajadores cuya prestación de servicios consista en la atención directa de público.¹¹

Entrada en vigor, proceso de adecuación y ámbito de aplicación de la Ley 21.220 de 2020

Fecha de entrada en vigor y proceso de adecuación

Según lo dispuesto en el artículo 2 transitorio de la ley, esta entraría en vigor el primer día del mes siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial*, esto es el 1 de abril de 2020. Sin embargo, la intensidad de la pandemia obligó a que muchas empresas y empleadores comenzaran a utilizar esta modalidad contractual previo a la entrada en vigencia de la ley. Por esta razón, la misma ley otorgó, a través del artículo 1 transitorio, un plazo de tres meses para que las empresas se ajustasen a los términos establecidos en ella, respecto de todos aquellos trabajadores y trabajadoras que ya estuvieran prestando servicios a distancia o a través del teletrabajo a la fecha de entrada en vigor de esta ley, es decir, al 1 de abril de 2020.

Por consiguiente, estos ajustes a los requisitos y formalidades regulados por esta ley debían realizarse a más tardar el 1 de julio del 2020. Esto generó algunas dudas interpretativas, que ya revisaremos, relativas al momento desde el cual eran exigibles algunas de las prestaciones contempladas en esta.

Ámbito de aplicación de la Ley 21.220 de 2020

A efectos de analizar su ámbito de aplicación, lo primero que debemos tener presente es que la nueva normativa se ha centrado en el trabajo subordinado privado, sin incluir el trabajo informal ni el que se desarrolla en el sector público, ya que se limitó a agregar un capítulo nuevo al

¹¹ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1239/5 del 19 de marzo de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3LkeqGo>.

Código del Trabajo, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras latitudes a propósito de los funcionarios públicos. Por ejemplo, en Francia y en Italia, se regula el teletrabajo en el servicio público.¹²

*Vínculo de subordinación y dependencia
en el trabajo a distancia y teletrabajo*

La legislación chilena se centra en la regulación del trabajo a distancia y teletrabajo que se desarrolla bajo subordinación y dependencia, al igual que el *Manual de buenas prácticas en teletrabajo* elaborado por la OIT en el año 2011. En este documento este organismo reconoce que esta noción «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, e incluso como contrato de trabajo descentralizado», pero opta por regular el teletrabajo subordinado.

Lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento jurídico. Ello, porque tradicionalmente el derecho del trabajo se ha centrado en el trabajo subordinado privado (Gamonal y Guidi, 2015: 3), a pesar de que existen diversas clases de trabajo: humano, animal, mecánico, libre, forzado, contractual, extracontractual, gratuito, oneroso, de beneficencia, religioso, deportivo, autónomo, subordinado, público, privado, lícito, ilícito, etcétera (Macchiavello, 1986: 29 y ss.).

Previo a la dictación de la Ley 21.220, la judicatura había señalado que la consagración legal de la figura del teletrabajo —a través de su incorporación en el artículo 22 del Código del Trabajo—, no hacía más que despejar la discusión, aún presente en algunos países, relativa a determinar si podía considerarse a esta modalidad contractual como una forma subordinada de prestar servicios «por no encuadrar en el sistema de los

12 Por ejemplo, en Francia la normativa vigente establece que «esta modalidad en la administración pública sea una práctica a petición del trabajador y previo acuerdo con el jefe de departamento. Se puede rescindir en cualquier momento, sujeto a un período de aviso. Los funcionarios teletrabajadores gozarán de los mismos derechos establecidos por las leyes y reglamentos aplicables a los funcionarios públicos. Posteriormente se dictó el Decreto de aplicación 2016-151 del 11 de febrero de 2016, relativo a las condiciones y modalidades de implementación del teletrabajo en el servicio civil y el Poder Judicial» (Álvarez, 2018: 9 y 10). Por su parte, en Italia, la legislación sobre teletrabajo es aplicable a los funcionarios públicos, siempre que esta modalidad sea compatible con los servicios prestados (Álvarez, 2018: 20).

indicios tradicional de la dependencia jurídica propia del Derecho del Trabajo». ¹³ Precisamente a raíz de esta discusión, algunos ordenamientos jurídicos la han zanjado de plano. Por ejemplo, la legislación portuguesa define teletrabajo como una prestación laboral que se realiza bajo subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa del empleador y a través del uso de tecnologías de la información y comunicación (Álvarez, 2018: 10).

Por su parte, en otro fallo de 2012, la jurisprudencia concluyó que el teletrabajo debía responder al vínculo de subordinación y dependencia propio de toda relación de trabajo. Arguye que esta conclusión se desprende de una interpretación armónica de los artículos 7 y 22 del Código del ramo. ¹⁴

Por esta razón, la doctrina valoró que la Ley 21.220 de 2020 zanjara la discusión relativa al carácter subordinado (esto es, no independiente) del teletrabajo (Lizama y Lizama, 2020: 118).

Con todo, no se puede desconocer que resulta difícil encuadrar el trabajo a distancia y el teletrabajo en el sistema tradicional de indicios que permite determinar el vínculo de subordinación y dependencia característico de una relación de naturaleza laboral. ¿Por qué? Dado que la determinación jurisprudencial de la subordinación, tanto en derecho comparado como en nuestro país, está dada por un haz de indicios, entendiendo por tales aquellos «factores reveladores de la posición de dependencia (jurídica) del trabajador respecto del empleador, cuya concurrencia permite, por el método tipológico, calificar el vínculo jurídico como vínculo laboral» (Palma, 2000: 94 y 95).

Sin embargo, el acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías ha permitido la supervigilancia a distancia, lo que ha generado la atenuación, en algunos casos, de los clásicos índices de subordinación y dependencia frente a relaciones laborales subordinadas a distancia, como ocurre especialmente a propósito del teletrabajo, debido al elemento tecnológico que caracteriza esta modalidad no presencial de prestación de servicios.

Por esta razón, la comunidad dogmática precisa que la noción *física* de subordinación (centrada en los rasgos materiales o físicos de la

¹³ Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, O-118-2009 del 22 de febrero de 2010, considerando decimosegundo.

¹⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, O-190-2012 del 24 de septiembre de 2012, considerando noveno.

relación, en función del método de producción fordista de trabajo en unidades cerradas, físicamente integradas y bajo control directo del empleador) se complementa con una noción *funcional* de control y dominio productivo (Ugarte, 2004: 54), lo que es más acorde con las nuevas tecnologías, la empresa flexible y la sociedad del conocimiento. Por consiguiente, para fines de subordinación jurídica, es posible equiparar los medios tecnológicos e informáticos de mando, control y supervisión a aquellos medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo dependiente (Piccolo, citado por Álvarez, 2018: 5).

En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia judicial ha entendido que la supervigilancia física es solo uno de los aspectos del poder de dirección del empleador. En consecuencia, la renuncia a la supervigilancia física en la modalidad contractual de teletrabajo no implica una disminución de la potestad de dirección, sino que responde a una concentración de este poder. Así, el trabajador debe concentrarse en cumplir la función para la cual fue contratado y que está relacionada con el giro del negocio del empleador; y, por otra parte, el empleador sigue asumiendo el riesgo de la empresa y controlando el proceso productivo, ya que determina las características y calidad del producto, pudiendo incluso solicitarle al trabajador que realice un producto distinto siempre que se mantengan las funciones para las cuales fue contratado.¹⁵ Lo anterior en relación con una periodista que prestaba sus servicios desde su casa o cualquier otro lugar, enviaba sus respuestas vía correo electrónico, aparecía incorporada en la planta de equipos de trabajo de la empresa para la cual prestaba servicios, asistía a reuniones de coordinación y recibía órdenes vía mail sobre la forma de desarrollar su trabajo.

Por último, cabe precisar, en vistas a lo explicado, que la doctrina ha acuñado el término «dependencia tecnológica o digital» para calificar el vínculo jurídico de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales. Este concepto se contrapone a la noción tradicional de «dependencia industrial» propia del derecho del trabajo clásico, según Castro (2020: 111), y puede adaptarse a «las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado cuando esta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas de empleo» (Castro, 2020: 111).

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1037-11, 22 de mayo de 2012.

Trabajo a distancia y teletrabajo prestado por funcionarios públicos

En el caso de los funcionarios públicos es necesario precisar que en principio el Código del Trabajo no se les aplica, ya que ellos están regulados por estatutos especiales, como el Estatuto Administrativo y Municipal, y la Ley 21.220 no modificó de manera simultánea el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo, como sí ocurrió por ejemplo con la Ley 20.005 de 2005 sobre Acoso Sexual.

¿Cómo podría subsanarse esta deficiencia? A través de los mismos argumentos que se utilizaban para hacer extensivo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales a los funcionarios públicos cuando todavía no había entrado en vigor la Ley 21.280 de 2020, que amplió el ámbito de aplicación de este procedimiento (también exclusivamente contemplado en el Código del Trabajo) a estos funcionarios.

En este sentido, cabe recordar algunos de los principales fundamentos esgrimidos en el año 2014 por la Sala Laboral de la Corte Suprema al fallar el caso Bussenius, declarando la plena procedencia del procedimiento de tutela por parte de los trabajadores públicos. La esencia de este problema jurídico radicaba en determinar si era aplicable el procedimiento de tutela contemplado en el Código del Trabajo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 inciso tercero de este mismo código, que dispone su supletoriedad frente a los vacíos de los otros estatutos, siempre que no fueren contrarios a dichos estatutos especiales. En otras palabras, se debatía el alcance del Código del Trabajo como norma de derecho común en materia laboral.

En el considerando 12 de su sentencia de unificación, la Corte hizo presente la plena aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios públicos (se trataba de un trabajador a contrata), por no existir en el Estatuto Administrativo un procedimiento como el de tutela del Código del Trabajo, que permitiera conocer y resolver las denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afectasen a los funcionarios públicos en el ámbito de la relación de trabajo (Gamonal y Guidi, 2020: 133).

Lo propio podríamos sostener a propósito de la regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo. El Estatuto Administrativo tampoco contempla las modalidades contractuales de trabajo a distancia ni teletrabajo.

Por consiguiente, al no existir en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la nueva regulación contemplada en el Código del Trabajo a propósito de estas modalidades no presenciales de prestación laboral, no se advierte cómo estas normas que buscan proteger a los trabajadores que prestan servicios a través del trabajo a distancia y teletrabajo podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a estos funcionarios.

Un último argumento en favor de la tesis propuesta está contemplado en el considerando decimocuarto de la sentencia en comento donde se analiza el tenor literal del artículo 1 del Código del Trabajo, haciendo presente que no cabe duda de que los funcionarios públicos son considerados trabajadores. En efecto, al concebir en su inciso tercero la aplicabilidad supletoria a dichos funcionarios públicos, esta disposición legal establece que «con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán». Es decir, estima que los funcionarios públicos mencionados en el inciso precedente son también trabajadores.

Indiscutiblemente esta sentencia es muy importante al precisar que el Código del Trabajo es el estatuto de derecho común y supletorio en materia laboral en nuestro país, lo cual no siempre es reconocido por las sentencias judiciales y por la Contraloría General de la República. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha tenido un criterio distinto, que no compartimos, precisando que la supletoriedad del artículo 1 inciso tercero del Código del Trabajo proviene del Decreto Ley 2.200 de 1978. Esta norma se justificaba dado que, en aquella época, no estaba claro cuál sería el régimen laboral de los funcionarios públicos, el del Código del Trabajo o uno especial. Por último, a juicio de este Tribunal se optó por seguir la tradición de un estatuto especial, de derecho público y, en ese contexto, considera que la norma de supletoriedad ha perdido sentido y no debiera aplicarse.

Finalmente, teniendo en cuenta la situación de emergencia que afectaba a nuestro país por el brote de covid-19 y el debido funcionamiento de los servicios públicos, la Contraloría General de la República emitió el Dictamen 3610 del 17 de marzo de 2020, estableciendo que ante la pandemia que afectaba al territorio nacional correspondía a los órganos de la administración del Estado adoptar las medidas que les confiere el ordenamiento jurídico para proteger la vida y salud de sus funcionarios y funcionarias, resguardar la continuidad del servicio público y procurar el bienestar general de la población.

Respecto a la protección de la vida y salud de sus servidores y servidoras dictamina que los órganos de la administración del Estado deben evitar la exposición innecesaria de sus funcionarios y funcionarias a eventuales riesgos de contagio, independiente de si se encuentran en grupos de riesgo o no, en atención a lo dispuesto en el numerales 1, 5 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Agrega que corresponde a la jefatura superior del servicio respectivo adoptar las medidas de gestión interna conducentes a hacer frente a la referida situación sanitaria de acuerdo con la Ley 18.575. Por lo tanto, puede disponer que los funcionarios o funcionarias de los órganos a su cargo —cualquiera que sea su vínculo jurídico—, cumplan sus funciones a través de trabajo a distancia desde su domicilio u otros lugares, siempre que a juicio de la superioridad respectiva ello sea posible. En este caso, puede establecer programas especiales de trabajo que permitan que las jefaturas directas ejerzan el control jerárquico correspondiente; y se precisa que no resulta admisible la realización de trabajos extraordinarios.

Respecto de aquellos funcionarios o funcionarias que ejerzan tareas no compatibles con la modalidad de trabajo remoto, y cuya presencia en las dependencias del servicio público no sea indispensable, es posible eximirlos del deber de asistencia para evitar la propagación del virus, con el derecho a percibir íntegramente sus remuneraciones.

Por último, la jefatura superior del servicio a través de un acto administrativo fundado determinará las unidades o grupos de funcionarios que deberán cumplir presencialmente ciertas labores mínimas, siempre que estas sean necesarias para garantizar la continuidad del servicio frente a situaciones de emergencia, y cita como ejemplos la atención de salud, la ayuda humanitaria, el control del orden público y la seguridad exterior. En estos casos podrán establecerse horarios de entrada y salida diferidos para evitar aglomeraciones en el uso del transporte público.¹⁶

¿Qué pasa con el teletrabajo en el Poder Judicial?

Para asegurar la administración de justicia y enfrentar las contingencias que la estaban poniendo en riesgo, el 13 de abril de 2020 la Corte Suprema emitió un Auto Acordado que regula el teletrabajo y el uso de

¹⁶ Contraloría General de la República, Dictamen Ord. 3610 del 17 de marzo 2020. Disponible en <https://bit.ly/3sJBpnc>.

videoconferencia en el Poder Judicial (Acta 41-2020), aplicable al personal de los tribunales contemplados en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, incisos segundo y tercero, a las unidades técnicas que desempeñan labores específicas y a las que prestan labores de apoyo a la gestión jurisdiccional que dependan de los referidos tribunales, y a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, teniendo en consideración su estructura orgánica y funcionaria. Para estos efectos, su artículo 1 define teletrabajo como una

modalidad de organización laboral que permite respecto de la institución, asegurar la continuidad de sus operaciones, y respecto de los funcionarios y las funcionarias, dar cumplimiento a sus obligaciones laborales, con la particularidad de que estas se desarrollan en un lugar físico distinto al del asiento habitual de la dependencia judicial a la cual pertenecen, o sin existir desplazamiento físico para realizar tareas correspondientes a otro tribunal, normalmente a través de medios tecnológicos para prestar servicios, respectivamente, a su propia unidad judicial o a otra distinta.

Según lo dispuesto en el artículo 6, se entiende que hay teletrabajo en las siguientes hipótesis:

- Si las funciones se realizan en un lugar físico distinto al del asiento habitual de la unidad a la cual pertenece, siempre que no se encuentre en comisión de servicio o destinación.
- Si las funciones se prestan para otra unidad distinta de naturaleza similar, en aquellos casos en que la persona se encuentre en las dependencias de su unidad.

La normativa sobre teletrabajo alude al uso de medios tecnológicos para la realización de las funciones convenidas, sean estos propios o institucionales, y agrega que deben cumplirse las medidas de conexión, continuidad, seguridad y de requerimientos técnicos establecidas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, según preceptúa el artículo 7.

Por lo demás, en materia de medios de control de asistencia, el artículo 8 libera a los teletrabajadores de la obligación de usar los mecanismos de control horario de la unidad respectiva incompatibles con el trabajo a distancia, y se contempla la posibilidad de establecer otros métodos idóneos para este fin o de incluir este factor para determinar las métricas o los estándares de desempeño.

En tanto, en el artículo 9 se incorpora la obligación de permanecer ubicable —ya sea en el domicilio o en la dependencia informada para cumplir con las funciones a través del teletrabajo—, durante la jornada ordinaria de la unidad a la que pertenece el funcionario respectivo, salvo que previo acuerdo con la jefatura correspondiente se modifique esta obligación.

En cuanto a los canales de comunicación se contemplan los siguientes: correo electrónico institucional o personal, teléfono particular o equivalentes que se acuerden, como las aplicaciones de mensajería instantánea y videoconferencia. Estos medios deben quedar determinados en la autorización o acuerdo de teletrabajo.

Además, esta normativa establece la implementación de un sistema interno de asignación de tareas y de verificación de cumplimiento, a lo menos de carácter diario, al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de este auto acordado. Es el administrador el encargado de evaluar el desempeño del teletrabajador conforme a metas, objetivos, tareas o rendimiento. Se citan como ejemplos de estándares de desempeño la cantidad de resoluciones por día y proyectos de resolución, así como los horarios destinados a atender ciertos asuntos en particular.

A su vez, se explicita en el artículo 12 que los funcionarios pueden ser fiscalizados en cualquier momento de su jornada mediante los mecanismos correspondientes, para verificar si están cumpliendo o no sus funciones.

En el artículo 4 se distinguen distintos tipos de teletrabajo, a saber: entre tribunales, si uno o más funcionarios de una determinada unidad presta servicios a otra de naturaleza similar por medios electrónicos, sin considerar traslado físico; y externo, si se le autoriza para cumplir sus funciones desde un lugar remoto ubicado fuera de la red y dependencias del Poder Judicial o de la Corporación Administrativa, que corresponde al domicilio informado por el teletrabajador u otro lugar previamente autorizado.

Existen, además, dos regímenes de teletrabajo: el ordinario y el extraordinario. Según dispone el artículo 13, el teletrabajo en régimen ordinario será dispuesto formalmente y por escrito, y solo será procedente por razones de buen servicio, previa calificación del juez presidente del Tribunal. Se trata una prerrogativa de la institución, que requiere acuerdo del funcionario. Por su parte, su frecuencia y duración será determinada por el administrador de la unidad correspondiente.

¿Cuándo puede recurrirse al régimen extraordinario de teletrabajo? En caso fortuito, fuerza mayor, ante cualquier circunstancia que impida, amenace o perturbe el normal funcionamiento del tribunal, o frente a cualquier otra circunstancia que haga aconsejable adoptar medidas preventivas para el cuidado de los funcionarios y de quienes se desempeñan en el Poder Judicial o sus usuarios, previa calificación del presidente de la Unidad Judicial respectiva.

Esta medida será implementada por el administrador del tribunal respectivo, quien deberá adoptar todas las medidas necesarias para coordinar su adecuado funcionamiento. Por su parte, será aplicable la normativa general contemplada para el teletrabajo en régimen ordinario, con algunas modificaciones relativas a la autorización, equipamiento, lugar, comunicación, sistema de control de horario que se detallan en el artículo 17 del auto acordado.

Según el artículo 5 se reconocen ciertos principios comunes a ambos regímenes, entre los que destacan la voluntariedad, la revocabilidad esencial, la evaluación objetiva de desempeño, la relación particular, el horario de teletrabajo y la compensación. El teletrabajo es voluntario, salvo cuando ocurra un caso fortuito o fuerza mayor que afecte las dependencias de una unidad judicial y sea necesario para mantener la continuidad del servicio. Complementa lo anterior el artículo 15, al establecer que se requiere de una autorización o acuerdo de teletrabajo entre el funcionario o la funcionaria y el administrador de la unidad respectiva o quien cumpla esta función, en su caso, que debe suscribirse antes de que comience el teletrabajo.

En caso de teletrabajo externo, el referido instrumento debe contener una evaluación positiva de las condiciones del lugar remoto donde se desarrollarán las funciones, de conectividad y equipamiento, emitida por la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Agrega el inciso final de esta disposición que «las funciones realizadas mediante teletrabajo deberán ejecutarse fuera de todo riesgo físico o psicológico para la integridad del teletrabajador y con pleno cumplimiento de las obligaciones funcionarias».

La revocabilidad esencial se refiere a que tanto el funcionario como la institución pueden revocar el acuerdo de teletrabajo, dando aviso a su contraparte en un plazo prudencial, salvo en el caso de teletrabajo en régimen extraordinario.

El principio de evaluación objetiva de desempeño exige que las decisiones relativas al otorgamiento, mantención o revocación del teletrabajo se basen en factores objetivos vinculados precisamente con el desempeño. Por lo demás, este principio se relaciona estrechamente con el de relación particular, ya que el trabajo bajo esta modalidad debe ser evaluado respecto de cada funcionario en particular aun cuando exista un grupo de personas teletrabajando.

Los teletrabajadores tendrán la misma jornada de trabajo que rija a la unidad de la cual formen parte. En consecuencia, no tendrán derecho a exigir una compensación adicional por estar cumpliendo sus funciones a través de la figura de teletrabajo.

Según el mismo artículo 5 del auto acordado existen otros principios como el de prerrogativa institucional y el de compatibilidad. El primero, como su nombre lo indica, implica que es prerrogativa de la institución, con el acuerdo de voluntad del funcionario, otorgar la autorización o celebrar el acuerdo de teletrabajo. Y, el segundo consiste en que se entenderá que a través del teletrabajo se cumplen con todas las obligaciones laborales contenidas en los instrumentos normativos internos, entendiéndose incorporadas en los referidos instrumentos, salvo en aquello que resulte contrario o incompatible con esta modalidad de prestación de servicios.

Ahora bien, según el artículo 21, el teletrabajo ordinario puede terminar por voluntad del funcionario sujeto a este régimen manifestada en cualquier tiempo; por revocación de la autoridad que concedió la autorización, ya sea por rendimiento inferior al esperado o por caso fortuito o fuerza mayor; y por el presidente de la Corte Suprema, en cualquier caso.

El régimen de teletrabajo extraordinario concluye por haber desaparecido la causa que lo genera u ocasiona. Corresponde al administrador del tribunal determinar la procedencia de esta cancelación y comunicar por escrito a los teletrabajadores afectados por su decisión.

En los artículos 22, 23 y 24 este auto acordado contempla un plan de implementación, seguimiento, monitoreo y mejora continua del régimen de teletrabajo a cargo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. También se contemplan algunas normas sobre el régimen de teletrabajo para los jueces y juezas de los juzgados de letras, juzgados de garantía, tribunales de juicio oral en lo penal, juzgados de familia, juzgados de letras del trabajo y juzgados de cobranza laboral y previsional.

Para que puedan cumplir sus funciones a través de teletrabajo debe presentarse una solicitud en este sentido, acompañada por una declaración del juez presidente del tribunal en la que se señale que esta autorización no alterará el normal y continuo funcionamiento del tribunal ni el agendamiento y celebración de audiencias, la que deberá ser autorizada por el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva y supervigilada por el ministro visitador respectivo.

Además, en los artículos 25 y siguientes se contemplan reglas para el uso del sistema de videoconferencias y para la comparecencia de determinados sujetos procesales en los alegatos que deban realizarse ante las Cortes, para las audiencias que deban celebrarse ante los tribunales base pertenecientes al Poder Judicial y para las audiencias con personas privadas de libertad.

Capítulo 4

Concepto legal y elementos definitorios y característicos del trabajo a distancia y del teletrabajo

Concepto legal de trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis del artículo 152 quáter G

El Código del Trabajo define trabajo a distancia y teletrabajo en el artículo 152 quáter G. El trabajo a distancia se refiere a los trabajadores y las trabajadoras que prestan servicios, de manera total o parcial, desde lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Por su parte, al tenor de esta disposición legal, el trabajo a distancia se denomina teletrabajo cuando los servicios son prestados a través de la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones. Califica también como teletrabajo, si tales servicios deben reportarse a través de estos medios.

Desde una perspectiva conceptual, tanto en el caso del trabajo a distancia como del teletrabajo, es necesario que la prestación de servicios —a lo menos parcialmente— se desarrolle fuera del espacio físico de la empresa, ya sea en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente escogido por él. La diferencia viene dada por el elemento tecnológico de la esencia del teletrabajo (Gamonal, 2021: 92).

Por otro lado, el propio Código del Trabajo se encarga de delimitar este concepto estableciendo en el inciso final del artículo 152 quáter H, que no se considera trabajo a distancia o teletrabajo si los servicios son prestados por el trabajador en lugares designados y habilitados por el empleador. Incluso si ese lugar o lugares están ubicados fuera de las dependencias de la empresa.

¿Qué se entiende por habilitar un lugar para estos efectos? Según la dogmática alude al «acto por el cual el empleador provee al trabajador las instalaciones o dependencias donde deberá prestar sus servicios» (Lizama y Lizama, 2020: 121).

Esta prohibición permite distinguir el contrato de trabajo a distancia del contrato de teleoperadores (Lizama y Lizama, 2020: 122). Según el artículo 152 quáter, incorporado al Código del Trabajo por el artículo único de la Ley 21.142 del 1 de marzo de 2019, los contratos de teleoperadores son aquellos cuya prestación de servicios consiste en contactar o ser contactados con terceros —por teléfono, vía medios telemáticos, o a través de una aplicación de tecnología digital u otro medio electrónico—, para la atención, información o asesoramiento de soporte técnico, comercial o administrativo, o bien para la venta o promoción de productos o servicios, en un centro de contacto o llamadas que es un lugar habilitado por el empleador (lo que se conoce como *call center*). Adicionalmente, impide al empleador ejercer el *jus variandi* geográfico contemplado en el artículo 12 del Código del Trabajo, porque el trabajador a distancia o teletrabajador debe proporcionar el lugar de trabajo y se prohíbe la reversibilidad si las partes pactaron estas modalidades no presenciales de prestación de servicios al celebrar el contrato de trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 99).

Elementos definitorios y característicos del trabajo a distancia y del teletrabajo. Análisis dogmático y normativo

Sin duda el elemento locativo o geográfico es aquel que por antonomasia caracteriza el trabajo a distancia y el teletrabajo. Ambas modalidades implican una prestación de servicios que se desarrolla fuera del centro físico de funcionamiento de la empresa (Gamonal y Guidi, 2015: 295). Por consiguiente, los servicios podrán prestarse en el domicilio del trabajador a distancia o del teletrabajador, en el domicilio de un tercero que no sea el empleador o el trabajador, en un lugar determinado por las partes o libremente escogido por el trabajador, siempre que este no sea designado ni habilitado por el empleador (Lizama y Lizama, 2020: 120).

A propósito del lugar de trabajo, y exclusivamente en relación con el teletrabajo, se habla de teletrabajo a domicilio o *electronic home work*, si los servicios se prestan en el domicilio del trabajador o de un tercero; y de *part-time home-based working*, si se combina el trabajo presencial y teletrabajo, siempre que este último se desarrolle en el domicilio del trabajador o de un tercero (Lizama y Lizama, 2020: 124 y 125).

El teletrabajo en centros de trabajo, telecentros o *telecentre* es aquel en que los servicios se prestan en lugares de trabajo con recursos com-

partidos que cuentan con el equipamiento necesario. Estos lugares pueden ser de propiedad del empleador o de una empresa privada con fines de lucro que arrienda estos espacios equipados de trabajo (espacios de *cowork*) y que cuentan con las instalaciones informáticas y de telecomunicaciones requeridas para cumplir con la prestación de servicios convenida (Lizama y Lizama, 2020: 125).

Por último, el teletrabajo móvil, itinerante, *mobile teleworking* o *telework on the road*, es aquel en que no se ha definido un sitio o recinto en el que trabajar, por lo tanto, el teletrabajador puede cumplir con la prestación de servicios convenida en cualquier lugar ya que cuenta con un equipamiento informático portátil (Lizama y Lizama, 2020: 127).

Todas estas modalidades de teletrabajo resultan aplicables en Chile de acuerdo a nuestra legislación, salvo el teletrabajo en telecentros designados y habilitados por el empleador, ya que el artículo 152 quáter H del Código del Trabajo excluye la posibilidad de que el teletrabajo sea prestado en un lugar o lugares designados y habilitados por el empleador, como sería el caso, incluso si este lugar o lugares estuvieran ubicados fuera de las dependencias de la empresa y el trabajador hubiera escogido trabajar libremente en él o ellos, porque el artículo 152 quáter G explicita que el trabajo a distancia debe prestarse en «otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas del empleador» y si el telecentro ha sido habilitado por el empleador se entenderá como uno de sus establecimientos desde una perspectiva jurídica. En estos casos, la judicatura laboral está facultada para «inaplicar estas reglas cuando *de facto* el servicio se preste en los lugares referidos» (Lizama y Lizama, 2020: 98).

Perfectamente el teletrabajo podría prestarse en un espacio de *cowork* individualizado en el contrato de trabajo o en el anexo, en su caso. Por su parte, la modalidad de teletrabajo móvil o itinerante debe explicitarse en el contrato (Lizama y Lizama, 2020: 125 y ss.).

Lo cierto es que el elemento que permite distinguir entre trabajo a distancia y teletrabajo es el uso de equipamiento informático para prestar los servicios convenidos, y el vínculo de comunicación con el empleador, aspecto estrechamente vinculado con el anterior. Lo expresado en este párrafo se conoce como elemento comunicativo (Lizama y Lizama, 2020: 122).

A diferencia del trabajador a distancia, el teletrabajador presta sus servicios a través de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones, o bien se reporta por esta vía.

Lo anterior determina que la obligación del trabajador a distancia sea de resultados porque consiste en confeccionar una obra material o intelectual, a diferencia de lo que ocurre en el teletrabajo. La obligación del teletrabajador es de medios, ya que se obliga a prestar servicios bajo el control y la supervisión del empleador —control que incluso puede ser directo y en tiempo real—, cuando existe una comunicación en línea o bidireccional, como ocurre en el teletrabajo en línea, según detallaremos más adelante (Lizama y Lizama, 2020: 97).

Efectuada esta aclaración, retomaremos el análisis del elemento comunicativo o tecnológico, terminología que emplearemos para referirnos a este elemento esencial del teletrabajo, por considerarla más ajustada a las características que en la actualidad permiten identificar la figura en estudio. Del mismo modo, la expresión «elemento tecnológico» es comprensiva del «elemento comunicativo», por las razones que exponemos a continuación.

El factor característico del teletrabajo es su necesaria combinación con dos tecnologías: la tecnología de la comunicación, pues se desarrolla lejos de la sede principal de la empresa, y la tecnología de la información, ya que no basta con la sola comunicación, sino que esta debe combinarse con la utilización de sistemas informáticos, ya que el trabajo se inserta en una red computacional (D'Antona, 2000: 418). De hecho, una primera definición de teletrabajo elaborada por Jack Nilles en la década de 1970, entendía por tal «cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información».¹

Por otra parte, según el *Manual de buenas prácticas en teletrabajo* de la OIT ya citado, las tecnologías de la información y comunicación son 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 acústica, óptica o electromagnética». Citando a Rosario, en el mismo documento, agrega que incluye la «electrónica como tecnología base que soporta el desarrollo de las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual».

Otro concepto de las llamadas tecnologías de la información y la

¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, RIT I-8-2018 del 20 de abril de 2018, considerando séptimo.

comunicación (TIC) contenido en el referido manual se refiere a estas como «las 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 (portal de la sociedad de la información de Telefónica de España)». Agrega que

se conciben como un universo con 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) (en el informe sobre desarrollo humano de Venezuela, 2002, realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]).

Por su parte, la Eurofound y la OIT en 2019 sostuvieron que para efectos de calificar esta figura como teletrabajo es necesario que el uso de dispositivos o herramientas electrónicas, tales como computadores, tabletas, teléfonos, etcétera, constituya una parte fundamental de la prestación de servicios convenida, sea que se utilicen como forma de comunicación entre compañeros de trabajo, superiores y subalternos, clientes u otros, o bien para desempeñar tareas específicas propias de la prestación de servicios convenida, aun cuando los teletrabajadores no se comuniquen con otras personas.²

Según se desprende del tenor literal del artículo 152 quáter G, los servicios convenidos deben prestarse o reportarse a través de *medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones*.

Lizama y Lizama definen medios tecnológicos como «el conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico», haciendo presente que se trata de una expresión que fue agregada a la disposición legal que estamos analizando por indicación del Ejecutivo, para abarcar a futuro aquellos dispositivos o programas que puedan eventualmente crearse y que no sean susceptibles de ser considerados medios informáticos o de telecomunicaciones (2020: 123).

A juicio de estos autores, los medios informáticos son «aquellos dis-

² OIT, «Covid-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo», nota técnica del 22 de julio de 2020.

positivos que permiten el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa, por ejemplo, un computador, un teléfono móvil o una tableta, las aplicaciones o programas que hacen posible efectuar una videollamada, y la necesaria conexión a internet para ello» (Lizama y Lizama, 2020: 123). Lo anterior se desprendería del concepto propuesto en el Boletín 12.192-25 que establece normas sobre delitos informáticos y deroga la Ley 19.223.

Agregan que el artículo 1 de la Ley 18.168, o Ley General de Telecomunicaciones, del 2 de octubre de 1982, define telecomunicación como «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos». En el contexto del teletrabajo es posible reformular el concepto transcrito, entendiendo que los medios de telecomunicaciones a que alude el artículo 152 quáter G son «aquellos que permiten la transmisión, emisión o recepción de datos entre dispositivos por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, por ejemplo, un teléfono móvil o fijo» (Lizama y Lizama, 2020: 122).

La naturaleza del vínculo de comunicación que se establece entre el teletrabajador y el empleador, o en palabras de Castro «el tipo de comunicación con la empresa» (2020: 222), determina la existencia de distintas clases o formas de teletrabajo. En primer lugar, es posible distinguir entre teletrabajo *offline* o «desconectado» y teletrabajo *online* o «conectado» y, en segundo término, es posible clasificarlo como teletrabajo *two way line* o «en doble sentido» o bien como *one way line* o «en un sentido».

Así, el teletrabajo será *offline*, fuera de línea o «desconectado» si el teletrabajador presta sus servicios utilizando un equipo informático, pero la recepción y envío de las especificaciones o instrucciones del trabajo y de sus resultados se realiza a través de medios tradicionales no telemáticos (Castro, 2020: 222). Este tipo de teletrabajo queda cubierto por el inciso tercero del artículo 152 quáter G, ya que para que podamos calificar una determinada prestación de servicios como teletrabajo basta con que los resultados de la misma se reporten al empleador a través de cualquiera de estos medios (Lizama y Lizama, 2020: 128). Por su parte, será *online*, en línea o «conectado» si el teletrabajador presta sus servicios con un equipo informático y, además, las instrucciones relativas al trabajo y sus resultados se reciben y envían mediante comunicaciones

telemáticas (Castro, 2020: 222). Esto permite una comunicación constante e interactiva entre la central y los distintos computadores, lo que permite que el control y las directrices se efectúen en tiempo real (Lizama y Lizama, 2020: 128).

Por otro lado, si el teletrabajador trabaja conectado a una red de comunicaciones telemáticas, se trata de teletrabajo *two way line* o «en doble sentido»; en cambio, cuando la conexión de su computador a la central de la empresa es muy precaria o rudimentaria, se habla de teletrabajo *one way line* o «en un sentido» (Castro, 2020: 222). En esta última hipótesis el empleador no podrá controlar *online* al teletrabajador (Lizama y Lizama, 2020: 128).

El artículo 152 quáter G admite ambas modalidades o su combinación, porque no se exige que el teletrabajador esté conectado constantemente a la red del empleador mientras está prestando los servicios convenidos en el contrato (Lizama y Lizama, 2020: 128).

Elementos del teletrabajo en la legislación nacional

En cuanto al teletrabajo en el ordenamiento jurídico chileno, bajo la normativa vigente previo a la dictación de la Ley 21.220 de 2020, la doctrina consideraba que sus elementos característicos eran la localización del trabajo, el uso de equipamiento informático y el vínculo de comunicación con el empleador (Serrano, 2004: 219 y 220). Se entendía que el artículo 22 recogía directamente los dos primeros, mientras que implícitamente contemplaría el tercero de estos elementos (Gamonal y Guidi, 2015: 296).

En este mismo sentido, y en lo relativo a estos elementos, la jurisprudencia judicial había hecho referencia a la espacialidad y al uso de las TIC en los términos que expondremos a continuación. El Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, RIT O-118-2009 del 22 de febrero de 2010, en su considerando decimosegundo, sostiene que la espacialidad implica que «el trabajo se realiza en un lugar diferente al que se efectúa habitualmente, puede ser en la casa, en un hotel, en un bus, en cualquier lugar», y en relación con la utilización de las TIC expresa que

el trabajo se desarrolla mediante tecnologías de la información, además de ser un medio para el trabajo, es un sistema de comunicación con el empleador, punto clave para la realización del teletrabajo porque permite el procesamiento de información para su uso o comunicación,

cobrando un rol fundamental el computador, el fax, el teléfono móvil, Internet, correo electrónico, chat, videoconferencias, etcétera.

Como se indica en la citada sentencia, y en palabras de Ugarte,

más importante que analizar una definición de teletrabajo, es referirse a las notas cualitativas de esta forma de trabajar: esto es, el elemento locativo o geográfico ¿dónde se trabaja? Y el elemento cualitativo ¿con qué se trabaja? En cuanto al primero señala que el teletrabajo es ante todo trabajo a distancia, de modo que para poder calificar a cualquier prestación como tal, existe un requisito fundamental: la prestación de los servicios debe prestarse fuera del centro físico de funcionamiento de la empresa, no pudiendo vincularse como se hizo inicialmente el teletrabajo a la prestación de servicios en el domicilio, ya que existían múltiples lugares donde el trabajador podía prestar los servicios, llegando a afirmarse en la actualidad que lo único que importa es que el trabajo se realice fuera del centro físico de funcionamiento de la empresa, siendo irrelevante desde donde se haga. Ahora, no todo trabajo a distancia puede considerarse teletrabajo, ya que esta última noción es más restringida que la primera, porque solo comprende aquel trabajo remoto que se efectúa con la utilización de determinadas herramientas tecnológicas, lo que lleva a la segunda nota constitutiva del teletrabajo «con qué se trabaja». Además de la distancia, el teletrabajo requiere como elemento imprescindible la utilización intensiva de determinada tecnología, que permita precisamente el desarrollo de una tarea productiva alejado del centro de funcionamiento empresarial, en cuanto a estas tecnologías, según opinión unánime, la informática y las telecomunicaciones, pudiendo señalarse como tales: redes computacionales, el teléfono, el fax, el correo electrónico, videoconferencias, etcétera. Finalmente señala sobre el uso de estas tecnologías, que el teletrabajo no es un trabajo, sino una forma de trabajar, por lo cual el contenido de la prestación puede ser cualquiera y que el uso de la tecnología no puede ser marginal ni periférico, sino intensivo.

No existe ninguna duda de que en la legislación actual están presentes estos elementos, especialmente en el artículo 152 quáter G que define trabajo a distancia y teletrabajo. Es posible identificar el elemento locativo, geográfico o espacial en las siguientes expresiones empleadas para definir trabajo a distancia: «Aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o

lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa».

La misma disposición legal establece que el trabajo a distancia se llama teletrabajo cuando los servicios convenidos «son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios», reconociendo que el uso de tecnologías de la información —en palabras del legislador, de equipamiento tecnológico, informático o de telecomunicaciones— y el vínculo de comunicación con el empleador son elementos definitorios de la figura del teletrabajo. Por consiguiente, el elemento tecnológico y el elemento locativo caracterizan al teletrabajo.

El Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán en un fallo dictado en 2009, también consideraba que la habitualidad y la organización eran elementos característicos del teletrabajo. Por el primero entiende que «el teletrabajador debe realizar su trabajo, la mayor parte del tiempo, de manera no presencial»,³ mientras que el segundo se refiere a la «utilización de tecnologías como un nuevo modelo de organización del trabajo».

En Chile la actual legislación no explicita que la habitualidad sea un elemento tipificante del teletrabajo, ya que se limita a exigir en el artículo 152 quáter K del Código del Trabajo que las partes indiquen que han acordado esta modalidad, especificando si es total o parcial. Para el caso que sea parcial, basta con que figure la forma de combinación entre trabajo presencial y trabajo a distancia o teletrabajo, sin exigir en ningún caso que estas modalidades deban combinarse de alguna manera en especial o que se deba cumplir algún requisito adicional, a diferencia de otras legislaciones, como la brasileña, que precisa que «para que el teletrabajo sea caracterizado como tal, no es necesario que sea 100 % realizado fuera de la sede de la empresa, pero sí, preponderantemente fuera de esta» (Álvarez, 2018: 6). Lo propio sucede en España: si los servicios no son prestados preponderantemente en el domicilio del teletrabajador o en un lugar libremente escogido por él, se entenderá que se trata de trabajo presencial (Lousada y Ron, 2015: 43, citado por Lizama y Lizama, 2020: 120 y 121).

Con todo, el artículo 22 inciso cuarto del código del ramo señala que

³ Lo mismo se desprendería del Convenio 177 de la OIT sobre Trabajo a Domicilio de 1996 (Gamonal, 2021: 96).

pueden quedar excluidos de la limitación de jornada de trabajo aquellos teletrabajadores que «presten servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones». La expresión «preferentemente» se vincula con la habitualidad. Recordemos que la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán es de 2009, por ende, anterior a la Ley 21.220. A la fecha de dictación del fallo en comentario ya estaba vigente el inciso cuarto del artículo 22, puesto que había sido incorporado al Código del Trabajo por la Ley 19.759 de 2001.

Tras la dictación de la Ley 21.220 de 2020 ya no se exige la habitualidad como elemento característico del trabajo a distancia y del teletrabajo porque «los incisos segundo y tercero del artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, al definir el lugar en que deben ser prestados los servicios del teletrabajador, no los refiere “preferentemente” a un sitio fuera de la empresa, sino que “total o parcialmente” a un lugar distinto de las instalaciones del empleador» (Lizama y Lizama, 2020: 134), salvo para el caso en que las partes acuerden que el teletrabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo de conformidad al artículo 22. En este último supuesto será necesario que los teletrabajadores cumplan la mayor parte de su jornada laboral en un lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa puesto que todavía el artículo 22 utiliza la expresión «preferentemente». De hecho, la única modificación incorporada por la Ley 21.220 a esta disposición legal fue la inclusión de la expresión «tecnológicos».

Ahora bien, ya en la década de los noventa, a partir de las definiciones disponibles, para Di Martino y Wirth los tres elementos esenciales que debían estar presentes en el teletrabajo eran la organización, la localización y la tecnología (Lousada, citado por Álvarez, 2018: 2).

Actualmente, se considera que el elemento tecnológico constituye un avance organizativo respecto de la modalidad de trabajo a distancia (Gamonal, 2021: 92) y, en estos términos, incluye al elemento organizativo.

En todo caso, la «organización» está estrechamente vinculada con la «noción funcional» de control y dominio productivo (Ugarte, 2004: 54), que a su vez permite identificar la subordinación jurídica y, por ende, la naturaleza laboral de una determinada relación contractual. En la actualidad no es necesario su reconocimiento como elemento característico y tipificante del teletrabajo, pero sí puede constituir un indicio de laboralidad en los términos expuestos.

Al mismo tiempo, la OIT en 2016 sostuvo que el trabajo a distancia y el uso de nuevas tecnologías ha suscitado importantes cambios organizacionales, puesto que se trataría de una forma de organización del trabajo que reúne las siguientes características: i) el trabajador no mantiene un contacto personal con sus compañeros de trabajo, en vistas a que el trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción de la empresa, y ii) esta separación solo es posible gracias a las nuevas tecnologías de la comunicación, que permiten que el teletrabajo se realice «en línea» o «fuera de línea», que pueda organizarse de manera individual o colectiva, que la prestación de servicios se ejecute total o parcialmente fuera de las dependencias de la empresa, y que sea ejecutado por trabajadores subordinados o independientes (Álvarez, 2018: 3). Esto corrobora que en el formato de teletrabajo existe una estrecha relación entre organización, lugar de trabajo y tecnología.

Por último, y también en relación con el elemento organizacional, Bronstein observa que la irrupción de las TIC afectó la sustancia y organización del trabajo, generando la «necesidad de una respuesta de gobiernos y legisladores, que en el terreno del derecho del trabajo todavía ha de ser completada» (2010: 24), además de plantear las siguientes interrogantes y problemáticas vinculadas con el tema que nos concierne, sobre las que volveremos más adelante:

- Ya no sería necesario el patrón fordista-jerárquico de organización del trabajo, e incluso este podría ser inviable si el trabajador no se encuentra bajo la supervisión directa del empleador como ocurre precisamente cuando trabaja a distancia.
- Tampoco se requeriría que todos los trabajadores compartieran el mismo lugar de trabajo, ya que como las funciones se individualizan cada vez más, sería posible coordinarse de manera electrónica.
- Al presente es mucho más fácil la descentralización del proceso productivo y la deslocalización. La empresa deja de ser una unidad física y se convierte en un concepto estratégico.
- Resulta muy difícil delimitar el significado de «tiempo de trabajo», porque el trabajador sigue prestando servicios desde su casa, o bien se mantiene en contacto con la empresa desde su celular, computador u otro dispositivo electrónico.

- La vigilancia del empleador se materializa a través de medios que son cada vez más sofisticados. Este autor cita el uso de buscaper-sonas, teléfonos móviles, tarjetas electrónicas (Bronstein, 2010: 25), a los que podríamos agregar la revisión de *cookies* de los sitios visitados en internet, el registro del computador asignado al trabajador a través de softwares espías, entre otras. Además, existen mecanismos que permitirían que el empleador pudiera controlar el uso de internet o de los correos electrónicos corporativos de los trabajadores.
- Es mucho más fácil reunir e intercambiar datos personales de los trabajadores.
- La aparición de nuevas enfermedades y riesgos laborales relacionados con el uso de estas tecnologías (Bronstein, 2010: 24 y 25).

Capítulo 5

Contenido del contrato de trabajo a distancia y de teletrabajo. Pacto de trabajo a distancia y teletrabajo

¿Cuándo puede pactarse el contrato de trabajo a distancia o el teletrabajo? Derecho de reversibilidad o retracto de estas modalidades. ¿Es posible volver a la modalidad presencial? Principio de voluntariedad

De conformidad al artículo 152 quáter G, la modalidad de trabajo a distancia o de teletrabajo se puede pactar al inicio de la relación laboral al celebrar el contrato de trabajo, o bien durante su vigencia a través de un documento anexo que modifique las condiciones originalmente pactadas. Se habla de pacto originario o modificadorio, respectivamente (Gamonal, 2021: 97).

El momento en que se pacta el trabajo a distancia o el teletrabajo reviste especial relevancia a propósito del derecho de reversibilidad o de retracto, ya que al tenor del artículo 152 quáter I, si esta modalidad se acordó con posterioridad al inicio de la relación laboral, cualquiera de las partes puede unilateralmente volver a las condiciones originales, previo aviso por escrito a su contraparte con 30 días de anticipación.¹

1 Durante el tiempo en que esté vigente la alerta sanitaria decretada con ocasión del brote del covid-19, es necesario tener presente las disposiciones de la Ley 21.342, publicada en el *Diario Oficial* el 1 de junio de 2021, que establece el Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral para el Retorno Gradual y Seguro al Trabajo en el marco de la Alerta Sanitaria decretada con ocasión de la Enfermedad de covid-19 en el país y otras materias que indica. Al respecto, contempla una serie de obligaciones para los empleadores. Entre ellas y en lo pertinente, la de crear e implementar un protocolo de seguridad sanitaria laboral, sin el cual, no podrán retomar o continuar la actividad laboral de carácter presencial. La fiscalización de su existencia y aplicación estará a cargo de la Dirección del Trabajo y de la autoridad sanitaria correspondiente, quienes podrán aplicar multas y disponer la suspensión inmediata de las labores que signifiquen un riesgo inminente para la salud de los trabajadores. Por su parte, la ley contempla sanciones para las empresas que reiniciaren o continuaren labores sin contar

En cambio, si esta modalidad se acordó al celebrar el contrato será siempre necesario el acuerdo de ambas partes para adoptar la modalidad de trabajo presencial de conformidad a las reglas generales sobre la materia y al artículo 11 del Código del Trabajo.

A diferencia de lo que ocurre en Chile, en derecho comparado este derecho de reversibilidad tiene un límite de tiempo para su ejercicio, que suele estar determinado por un período de prueba que se pacta para que las partes decidan si quieren o no continuar en la modalidad a distancia. Además, si el trabajador es quien ejerce el derecho a reversibilidad, tiene el derecho preferente a optar por una vacante cuando el empleador cuente con un cupo disponible en el lugar físico de la empresa (Lizama y Lizama, 2020: 145).

La jurisprudencia judicial aclara que, aunque se haya celebrado el contrato de trabajo antes de la entrada en vigor de la Ley 21.220 y el teletrabajo se estipule posteriormente, es necesario que se suscriba el correspondiente anexo de contrato de acuerdo al artículo 152 quáter G, norma expresa que rige esta materia.²

con este Protocolo. A su vez, establece que mientras persista la citada alerta sanitaria, el empleador deberá implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, conforme al capítulo IX, título II del libro I del Código del Trabajo, sin reducción de remuneraciones, siempre que la naturaleza de las funciones lo permita y el o la trabajadora consienta en ello. En caso de trabajadores que acrediten padecer alguna condición que genere un alto riesgo de presentar un cuadro grave de infección, como ser mayor de 60 años, tener hipertensión, enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedad pulmonar crónica u otras afecciones pulmonares graves, enfermedad renal que requiera de diálisis u otra similar; tratarse de una persona trasplantada que continúe con medicamentos de inmunosupresión; estar actualmente bajo tratamiento contra el cáncer; tratarse de una persona con un sistema inmunitario disminuido como resultado de afecciones o medicamentos como inmunosupresores o corticoides, o si tienen bajo su cuidado a un menor de edad, adulto mayor o personas con discapacidad; el empleador debe cumplir la obligación antedicha en el plazo de diez días de notificada la condición del trabajador, pudiéndose reclamar de su incumplimiento ante el respectivo Inspector del Trabajo. Mientras dicha obligación no sea cumplida por el empleador, el trabajador no podrá ser obligado a concurrir a su trabajo. Si la naturaleza de las funciones del trabajador o de la trabajadora no fueren compatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con acuerdo de éstos y sin reducción de remuneraciones, los destinará a labores que no requieran atención al público o en las que se evite el contacto permanente con terceros que no desempeñen funciones en el lugar de trabajo, siempre que esto sea posible y no signifique menoscabo para el trabajador o la trabajadora.

² Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT I-216-2020 del 19 de febrero de 2021.

En este caso, la empresa presentó una reclamación en contra de la multa que le impuso la Dirección del Trabajo por no pactar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo durante la vigencia del contrato. Fundamentó sus alegaciones sosteniendo que no pretendía establecer contratos de teletrabajo de manera definitiva, ya que contaba con oficinas físicas donde cada uno de sus trabajadores tenía asignado un puesto de trabajo, y solo se habría acordado que trabajasen de forma no presencial momentáneamente para proteger su integridad física y salud, hasta que hubiera cierta seguridad sanitaria.

Frente a estos argumentos, el tribunal señaló en el considerando noveno de su sentencia que

no obstante celebrarse un contrato de trabajo con anterioridad a esta nueva normativa y el teletrabajo se estipule con posterioridad, debe suscribirse anexo y, asimismo, pueden, unilateralmente, cualquiera de las partes, volver a las condiciones originalmente pactadas, es decir, una situación no obsta la otra, por tanto, no puede pretender la reclamante, justificarse en la pandemia para evadir el cumplimiento de la normativa vigente y, además, los testigos señalan que solo desde junio están con teletrabajo, por tanto, claramente y en razón de la fecha de inicio de la pandemia, debería constar por escrito dicha modificación aunque sea temporal.

En otro caso sometido a su conocimiento, la judicatura entendió que la Ley 21.220 no era aplicable a los docentes y asistentes de la educación que presten sus servicios a distancia por disposición de la autoridad debido a la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19.³

Lo propio había sostenido la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 1654 del 14 de junio de 2021, señalando que su implementación obedecía a disposiciones normativas de autoridad competente, lo que habría impedido en los hechos que los empleadores y trabajadores manifestaran libremente su voluntad sobre cumplir con su prestación de servicios a distancia o a través del teletrabajo.⁴ En otras palabras, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo no surgía de un acuerdo entre las partes, sino de una imposición legal y de un acto administrativo.

La sentencia de reemplazo dictada en este caso distinguió dos hipó-

3 Corte de Apelaciones de Iquique, RIT I-2-2021 del 1 de julio de 2021.

4 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1654 del 14 de junio de 2021, disponible en <https://bit.ly/3wQ6cQM>.

tesis: la primera, constituida por las disposiciones de autoridad relacionadas con el estado de excepción constitucional debido a la pandemia mundial, y la segunda, que surgiría de los acuerdos consensuados entre empleadores y trabajadores para implementar el trabajo a distancia o teletrabajo de acuerdo con la Ley 21.220 que rige las relaciones laborales en circunstancias normales. En este sentido, destaca que

la reflexión anterior encuentra su fundamento en la exégesis de la Ley [21.220], toda vez que su articulado norma el teletrabajo, total o parcial, desde el inicio del contrato de trabajo o durante la relación laboral, en uno o varios lugares, etcétera, pero siempre en un ambiente, medio o realidad de absoluta normalidad laboral.⁵

Otro fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Arica rechazando un recurso de nulidad deducido por la Inspección Provincial del Trabajo y el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Inacap en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Arica del 24 de noviembre de 2020 —que acogió la reclamación deducida en contra de la multa aplicada por no pactar durante la vigencia de la relación laboral la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, no entregar las herramientas necesarias para prestar los servicios bajo esta modalidad no presencial y no haber cumplido con la obligación de registrar electrónicamente el pacto de trabajo a distancia o teletrabajo en la Dirección del Trabajo dentro del plazo legal—, llegó a una conclusión similar a la anterior estimando que no resultaba aplicable la Ley 21.220 ni sus efectos al caso en comento con base en los mismos argumentos. Indica que «la voluntad del empleador quedó sujeta a la fuerza de ambas circunstancias y por ende nunca podrá surgir una convención válida». Además, arguye que en este caso los docentes sujetos de la multa impuesta a la universidad, se negaron a celebrar este pacto y, por lo tanto, tampoco la universidad reclamante lo podría haber impuesto de manera unilateral.

Por su parte, el Dictamen Ord. 2268/18 del 4 de agosto de 2020, aclara que la nueva normativa sobre teletrabajo y trabajo a distancia, incorporada al Código del Trabajo por la Ley 21.220, resulta aplicable a los trabajadores con responsabilidades familiares afectos a un pacto sobre condiciones especiales de trabajo conforme al artículo 376 del Código

⁵ Corte de Apelaciones de Iquique, RIT I-2-2021 del 1 de julio de 2021, considerando tercero.

del Trabajo, estableciendo que priman las reglas de reversibilidad previstas en el citado artículo 376 por sobre las contempladas a propósito del trabajo a distancia y teletrabajo, puesto que esta sería una norma especial y su aplicación no implicaría una contravención a los derechos de los trabajadores y trabajadoras afectos a esta disposición legal.

Por consiguiente, en este caso sería el trabajador quien debiera solicitar volver de manera unilateral a las condiciones originalmente pactadas en su contrato de trabajo, previo aviso por escrito al empleador con a lo menos 30 días de anticipación.

Contenido del contrato de trabajo a distancia o de su anexo. Estipulaciones del teletrabajo o de su anexo. Obligación de registro. Firma electrónica

La nueva normativa especifica las cláusulas o estipulaciones que debe contener. Según lo estatuido en el artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, sea que el trabajo a distancia o el teletrabajo se pacte en el contrato de trabajo o en un anexo de contrato, es necesario que se incorporen las siguientes estipulaciones, además de las cláusulas mínimas que debe contener todo contrato de trabajo de conformidad al artículo 10 del Código del Trabajo, a saber:

1. En una cláusula del contrato de trabajo o del anexo, en su caso, se debe indicar expresamente que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, especificando si es total o parcial. En caso de ser parcial, debe figurar la forma de combinación entre ambos mecanismos, esto es, entre trabajo presencial y trabajo a distancia o teletrabajo.

No se ha especificado en la norma ni se contempla en la legislación ninguna regla que establezca algún porcentaje mínimo que deba respetarse al combinar estas modalidades, sin perjuicio de que previo a la dictación de la Ley 21.220 la jurisprudencia hablaba del principio de «habitualidad» y de lo comentado a propósito del inciso cuarto del artículo 22 del código del ramo.

2. El lugar o lugares donde el trabajador prestará los servicios, que podrá corresponder al domicilio del trabajador u otro sitio determinado en el documento respectivo, siempre que sea distinto de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, según lo dispuesto en el artículo 152 quáter G al definir trabajo a distancia y teletrabajo.

Además, si por su naturaleza los servicios pueden prestarse en diferentes lugares, puede acordarse que el trabajador elija libremente dónde desarrollará sus funciones. Lo anterior deberá expresarse según dispone el artículo 152 quáter H, sin que sea necesario que se especifique el lugar de trabajo.

Por otra parte, es posible pactar «una suerte de “polilocalización”, esto es, que se señalen dos o más lugares de teletrabajo, siempre que los especifiquen en el contrato» (Lizama y Lizama, 2020: 121).

En algunos ordenamientos jurídicos se ha discutido si el empleador debe indemnizar al trabajador por el uso de su domicilio, siempre que la prestación de servicios se realice en el domicilio de este último, y que este se haya visto coaccionado a prestar sus servicios a distancia. Siguiendo esta lógica, el empleador no estaría obligado a pagar esta indemnización, si hubiese sido el trabajador quien hubiera pedido prestar sus servicios a distancia o si esta modalidad no presencial se hubiera estipulado al celebrar el contrato de trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 144).

Por lo demás, en otros países, como Colombia, la normativa distingue entre tipos de teletrabajadores dependiendo del lugar físico establecido para cumplir con la prestación de servicios convenida en el contrato. Así, se consideran autónomos aquellos teletrabajadores que «utilizan su propio hogar u otro lugar escogido para desarrollar su actividad, desarrollando su actividad siempre fuera de la empresa». Son móviles los que «no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas de trabajo son las TIC móviles», y suplementarios, aquellos que «trabajan dos o tres días a la semana en casa y el resto lo hacen en la oficina» (Álvarez, 2018: 12).

Resultan bastante útiles estas clasificaciones, porque una vez terminada la pandemia, lo más probable es que las empresas adopten modalidades híbridas de trabajo, esto es, «suplementarias», según la terminología recién citada.

3. El período de duración de este acuerdo, que puede ser indefinido —sin perjuicio de las normas de reversibilidad ya revisadas— o por un tiempo determinado, ya sea que se celebre a plazo o por obra o faena determinada.

En todo caso, al pactar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo en un anexo de contrato, es conveniente regular —individual o colectivamente— las modalidades de la reversibilidad, las que deberían incluir «las condiciones de restitución de los elementos, materiales y

equipos que el empleador ha suministrado al trabajador a distancia y el cambio de las asignaciones que el trabajador recibía en una u otra modalidad de trabajo (colación y locomoción en el trabajo presencial, y el desgaste de herramientas en el trabajo a distancia)» (Lizama y Lizama, 2020: 145).

4. Los mecanismos de control o supervisión que usará el empleador respecto de los servicios personales convenidos con el trabajador.

En su ejercicio el empleador debe tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores a distancia o de los teletrabajadores. Adicionalmente, debe respetar la normativa constitucional y legal vigente sobre la materia, en especial lo dispuesto en el artículo 19 números 4 y 5 de la Constitución Política de la República y en los artículos 5, 153, 154 y 154 bis del Código del Trabajo.

Así, por ejemplo, no es posible que controle al trabajador a distancia o al teletrabajador en su domicilio o en otros espacios que se consideran privados del trabajador —pieza de hotel, automóvil—, a través de sistemas de control audiovisual como videocámaras, cámaras web u otras similares, porque se vulneraría su derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar (Lizama y Lizama, 2020: 106).

El elemento tecnológico solo está presente en la modalidad de teletrabajo. En consecuencia, el empleador no podrá controlar al trabajador a distancia mediante teléfonos celulares, tabletas, correo electrónico, aplicaciones disponibles a través de internet, ni ningún otro medio electrónico, informático o de telecomunicaciones de que disponga, porque, en su caso, la prestación de servicios no debe desempeñarse ni reportarse mediante ninguno de estos mecanismos, a diferencia de lo establecido a propósito del teletrabajo (Lizama y Lizama, 2020: 106).

Con todo, en la modalidad de teletrabajo, los mecanismos de control del empleador pueden estar destinados a ejercer una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores convenidas, o bien a ejercer fiscalización superior inmediata a través de medios tecnológicos, según aclara el Dictamen Ord. 1389/007 de la Dirección del Trabajo, del 8 de abril de 2020, que fija el sentido y alcance de la ley. Los citados mecanismos de control y supervisión se aplican al teletrabajador con independencia de si está afecto o excluido del límite de jornada de trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 133).

El poder de control y vigilancia del empleador y sus limitaciones será abordado con mayor profundidad en este mismo capítulo, en la sección

dedicada al *Principio rector. Principio de no menoscabo y de igualdad de trato*. Dictamen 1389/007 del 8 de abril de 2020, y en el capítulo 8, en el acápite sobre *Teletrabajo y acoso laboral*.

5. La circunstancia de haberse acordado que el trabajador a distancia puede distribuir su jornada laboral en el horario que mejor se adapte a sus necesidades o que el teletrabajador se encuentra excluido de la limitación de jornada conforme al inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo.

6. En los supuestos anteriores, también debe establecerse el tiempo de desconexión contemplado en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo.

Aunque la Ley 21.220 no lo explicita en ninguna de las disposiciones que incorporó al Código del Trabajo, las partes también podrían convenir que el trabajador a distancia se encuentre excluido de la limitación de jornada laboral de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del mismo cuerpo legal, que comprende dentro de las excepciones a los trabajadores «contratados de acuerdo con este código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos». Existe una antinomia entre este inciso del artículo 22 y el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, ya que el artículo 22 excluye el trabajo a domicilio de las limitaciones de jornada de trabajo, mientras que el artículo 152 quáter J parte del supuesto de que los trabajadores a distancia sí están sujetos a jornada laboral (Gamonal, 2021: 100).

Una solución posible sería concluir que prima el artículo 152 quáter J por ser más protector y especial respecto del artículo 22 del Código del Trabajo (Gamonal, 2021: 100). Otra postura sería entender que el trabajador a distancia está exento del límite de jornada de trabajo, salvo que las partes acuerden lo contrario. A juicio de los autores que defienden esta solución,

el único modo de interpretar la regla especial del inciso segundo del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo (que hace aplicable el artículo 22-1 del Código del Trabajo al trabajo a distancia con las excepciones y modalidades previstas en el mismo artículo) es entender que la expresión «cuando corresponda» significa que será posible contrariar la regla especial cuando las partes acuerden que el trabajador a distancia estará sujeto al régimen general, esto es, al máximo de jornada laboral previsto en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 109 y 110).

Nuestra posición es que salvo acuerdo en contrario, el trabajador a distancia debe quedar sujeto a las reglas generales contenidas en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo. Esto, porque la limitación de jornada de trabajo es la regla general en la materia. En este sentido, la jurisprudencia administrativa

ha dictaminado que en el respectivo contrato de trabajo debe dejarse constancia que el trabajador se encuentra en alguna situación del artículo 22, y ello, porque no obstante estar excluidos de la limitación de jornada, podría asignárseles alguna y, en ese caso, lo que exceda de ella constituiría jornada extraordinaria (Lanata, 2006: 130).

Por consiguiente, para que el trabajador a domicilio quede exento de la limitación de jornada de trabajo en los términos contemplados en el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo, será necesario que se deje constancia expresa de esta exención en el contrato de trabajo o en el anexo correspondiente. Según analizaremos más adelante, reafirma nuestra postura el propio artículo 152 quáter J incisos segundo, tercero y cuarto.

Ahora bien, de aceptarse la posibilidad de que el trabajador a distancia quede excluido de la limitación de jornada de trabajo, y de haberse celebrado por las partes un acuerdo en tal sentido, también debe establecerse el tiempo de desconexión contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, a través de una cláusula incorporada al contrato o anexo de contrato de trabajo a distancia, pese a que no existe una referencia normativa explícita, en atención a que el artículo 152 quáter J del código del ramo «hace aplicable el tiempo de desconexión a los teletrabajadores exentos de la limitación de jornada laboral siempre y cuando el empleador no ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que desarrollen sus labores» (Lizama y Lizama, 2020: 109).

Además, según lo dispuesto en el artículo 152 quáter O, dentro de los 15 días corridos contados desde que se acuerde alguna de estas modalidades, ya sea a través del contrato de trabajo o de un documento anexo, el empleador debe registrar este pacto de manera electrónica en la Dirección del Trabajo (contrato o anexo),⁶ quien remitirá copia de

⁶ Actualmente este trámite debe realizarse en línea por el empleador a través del Portal de la Dirección del Trabajo. En la página web de la Dirección del Trabajo exis-

dicho registro a la Superintendencia de Seguridad Social y al organismo administrador del seguro social de la Ley 16.744 a que esté adherida la entidad empleadora, es decir, al Instituto de Seguridad Laboral (ISL) o a la respectiva mutualidad de empleadores, en su caso.

Agrega la norma que le corresponde al director del trabajo determinar la forma, las condiciones y características del registro de estos acuerdos junto con las demás normas que sean necesarias para verificar el cumplimiento de los demás requisitos contemplados en la ley.

Según el recién citado Dictamen Ord. 1389/007 de la Dirección del Trabajo, si el empleador tiene implementado un sistema de documentación electrónica, resulta jurídicamente procedente suscribir estos documentos a través de los medios de firma electrónica contemplados en la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. También es posible almacenarlos digitalmente.

El artículo 2 de la ley en comento define firma electrónica como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, por ejemplo, un correo electrónico, que permita al receptor de un documento electrónico identificar a su autor a lo menos desde una perspectiva formal. De acuerdo al mismo dictamen, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se emita a través de cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico.
- Debe ser posible identificar al autor.
- Su implementación no debe impedir la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.
- Se debe resguardar que la voluntad de las partes corresponda a las mismas.
- Se debe asegurar que el trabajador pueda guardar copia física del documento electrónico.

te un Manual del Usuario que explica cómo debe cumplirse la obligación de registro por parte de los empleadores. Disponible en <https://bit.ly/3z4KNGf>.

Principio rector. Principio de no menoscabo y de igualdad de trato. Dictamen 1389/007

Uno de los principios rectores en materia de trabajo a distancia y teletrabajo es el de no menoscabo. Lo anterior se traduce en que este pacto no puede implicar un menoscabo de los derechos que la legislación laboral reconoce al trabajador, especialmente, de su remuneración, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 152 quáter G.

La doctrina ha manifestado que las expresiones «en especial, en su remuneración» deben interpretarse entendiendo que los trabajadores a distancia y teletrabajadores no podrán percibir una remuneración inferior a aquella que reciben los trabajadores que desarrollan la misma función para el mismo empleador, pero en modalidad presencial (Lizama y Lizama, 2020: 130).

Agrega esta misma norma legal, en su inciso final, que estos trabajadores gozan de todos los derechos individuales y colectivos contemplados en el Código del Trabajo (que tiene cualquier otro trabajador o trabajadora de la empresa), en tanto no sean incompatibles con la normativa que regula esta modalidad contractual, consagrando el principio de igualdad de trato entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales. Este principio estaba reconocido en materia de trabajo a domicilio en el Convenio 177 de la OIT de 1996 sobre Trabajo a Domicilio, sin perjuicio de que no ha sido ratificado por Chile.

Lo propio se sostiene en el artículo 2 del Decreto 18 del 3 de julio de 2020, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo, que establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a que deben sujetarse los trabajadores que prestan servicios en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo con los principios y condiciones de la Ley 16.744. La citada disposición es del siguiente tenor:

Los trabajadores que pacten con sus empleadores la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, al inicio o durante la relación laboral, tendrán iguales derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo que cualquier otro trabajador, salvo aquellas adecuaciones que deriven estrictamente de la naturaleza y características de la prestación convenida.

¿Cuáles son las adecuaciones que derivan de la naturaleza y características de la prestación de servicios convenida? Aquellas derivadas del elemento locativo inherente a estas modalidades no presenciales de prestación de servicios, como el modo en que el empleador ejerce sus potestades y los necesarios ajustes que se han formulado a la normativa sobre salud y seguridad del trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 101).

El artículo 152 quáter G tiene como antecedente el Mensaje Presidencial que le dio origen, por cuanto este explicita que el objetivo de la ley es hacerse cargo del uso de los avances tecnológicos y nuevas formas de comunicación como herramientas de inclusión laboral, permitiendo el desarrollo integral de los trabajadores y trabajadoras, pero sin que ello signifique un menoscabo en sus condiciones laborales y salariales.

Por su parte, el Dictamen Ord. 1389/007 del 8 de abril de 2020, se refiere al artículo 5 del Código del Trabajo, vinculando la normativa sobre trabajo a distancia y teletrabajo con esta disposición legal, en el siguiente contexto: señala que debe considerarse lo establecido en el artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo, ya que

el empleador, cuando adopte medidas de control en el marco del trabajo a distancia o el teletrabajo, deberá tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerando que la utilización indiscriminada o un ejercicio intensivo de sus facultades bajo un escenario tecnológico podría afectar los límites del espacio personal del trabajador.

Recordemos que esta norma explicita que las potestades del empleador tienen como límite el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores —específica o inespecíficamente laborales—,⁷ en especial cuando se pudiera afectar su intimidad, vida privada u honra.

En este mismo dictamen, la Dirección del Trabajo realizó una serie de prevenciones referidas a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con la supervisión o control funcional y directo que puede ejercer el empleador sobre la forma y oportunidad en que el trabajador desarrolla sus labores y, en definitiva, acerca de la po-

7 El inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo «hace referencia a las garantías constitucionales, por tanto, se comprenden los derechos fundamentales propiamente laborales, como la libertad sindical, y los inespecíficos (derechos civiles y políticos con proyección dentro del contrato de trabajo), como, entre otros, los que el mismo legislador señala en dicho artículo» (Gamonal y Guidi, 2020: 77).

sibilidad de ejercer fiscalización superior inmediata a través de medios tecnológicos por parte del empleador.

Se remite a la doctrina del mismo servicio, emanada de los dictámenes Ord. 2210/035 del 5 de junio de 2009, y 2856/162 del 30 de agosto de 2002, que establecen que los derechos fundamentales rigen plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles no solo a los poderes públicos, sino también a los sociales, y que, por lo tanto, desarrollan una eficacia horizontal que permea la relación de naturaleza laboral. Esto, porque sus objetivos consisten en favorecer el desarrollo integral de la persona humana y tutelar los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando de esta manera un estatus jurídico irrenunciable e irreductible.

En vistas a estas consideraciones, aplica lo antedicho al trabajo a distancia y teletrabajo, y señala que cuando el empleador adopte medidas de control en el marco de estas modalidades no presenciales de prestación de servicios, debe tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, tomando en especial consideración, como ya sostuvimos, que el uso indiscriminado o el ejercicio intensivo de sus potestades en un escenario tecnológico puede afectar la privacidad del trabajador.

Y profundiza en este aspecto a través de algunos ejemplos relacionados con la instalación de dispositivos de control audiovisual. Primero, se remite al Dictamen Ord. 2856/162 del 30 de agosto de 2002. Con relación a este sistema de control y al citado documento, la Dirección del Trabajo entiende que en los casos de trabajo a distancia o de teletrabajo, no pueden instalarse dispositivos de control audiovisual como forma de control o vigilancia permanente y continuada en el domicilio del trabajador o en el lugar donde preste sus servicios, porque medidas de tal intensidad generan un estado de tensión y presión no compatible con la dignidad de la persona.

En segundo lugar, cita el Dictamen Ord. 2328/130 del 17 de junio de 2002, en el cual la propia dirección sostuvo que

la utilización de un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, implica no solo un control extremo e infinitamente más intenso que el que realiza directamente la persona del empleador, sino que significa un poder total y completo sobre la persona del trabajador, siendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad.

Finalmente, destaca que se deben cumplir ciertos requisitos para que el empleador pueda supervisar o controlar al trabajador a distancia o al teletrabajador. Entre estos, figura que el trabajador tenga pleno conocimiento de las medidas establecidas de conformidad a las reglas generales que regulan la materia, que las medidas fijadas sean proporcionales, y por último, que se resguarde especialmente el derecho a la intimidad y vida privada del trabajador, en atención a las especiales condiciones en que se prestan los servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Volveremos sobre este punto al abordar la ciudadanía del trabajador en la empresa en el contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo.

Por su parte, el dictamen en análisis refuerza el artículo 5 inciso segundo del Código del Trabajo, que consagra en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la irrenunciabilidad de derechos, que prohíbe toda clase de actos que tengan por objeto disponer de los derechos laborales al celebrar el contrato y durante su vigencia. En este sentido, el inciso segundo del artículo 5 establece de manera expresa que «los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo». Lo anterior impide la incorporación en el contrato de trabajo —o en sus anexos—, de todas aquellas cláusulas que representen una renuncia a estos derechos, ya que supone un vicio del consentimiento, como presunción de derecho, mientras subsista la relación laboral que liga a las partes (Gamonal y Guidi, 2015: 116).

Los trabajadores a distancia y los teletrabajadores son titulares de los mismos derechos que los demás trabajadores de la empresa, siempre que no sean incompatibles con la normativa específica contemplada en el Código del Trabajo para regular su situación contractual.

En el contexto del derecho colectivo lo anterior implica que deben respetarse sus tres componentes esenciales, esto es, la organización, autonomía y autotutela, según la visión triangular del derecho colectivo postulada por De la Cueva (Gamonal, 2020: 20). Por ello, podrán ejercer sus derechos a la sindicación, negociación colectiva y huelga en similares condiciones que los demás trabajadores de la empresa (Lizama y Lizama, 2020: 148).

En cuanto a las medidas específicas consagradas en esta ley a propósito del derecho de sindicación, el inciso final del artículo 152 quáter N prescribe que, al inicio de las labores del trabajador bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, esto es, al celebrar el contrato respec-

tivo, el empleador debe informarle por escrito —sea a través de un medio físico o electrónico—, de la existencia o no de sindicatos de empresa o interempresa legalmente constituidos en ella.

Por su parte, si se forma un sindicato durante la vigencia del contrato el empleador tiene el deber de informárselo a los trabajadores dentro de los diez días siguientes de recibida la comunicación de celebración de la asamblea de constitución por parte del nuevo sindicato a que se refiere el artículo 225 del Código del Trabajo. Cualquiera que sea el caso, el empleador debe dejar constancia del cumplimiento de esta obligación y de que el trabajador a distancia o teletrabajador ha tomado conocimiento de esta circunstancia (Lizama y Lizama, 2020: 113).

El artículo 231 inciso cuarto del Código del Trabajo exige que los estatutos sindicales dispongan los resguardos necesarios para que los socios del sindicato puedan ejercer su libertad de opinión y su derecho a votar. Para asegurar el efectivo ejercicio de estos derechos por parte de los socios del sindicato que trabajan a distancia o teletrabajan, es necesario que los sindicatos hagan uso de los medios tecnológicos disponibles, como videoconferencias o votaciones electrónicas (Lizama y Lizama, 2020: 148).

En este sentido, la doctrina nacional cita el Dictamen 3362/53 del 1 de septiembre de 2014,⁸ que permitió el uso del sistema computacional propuesto por la empresa e-voting Spa, para llevar a cabo las votaciones de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, siempre que su implementación se ajustara a las garantías informadas para estos efectos a la misma Dirección del Trabajo, a saber:

- que el sistema computacional utilizado asegurase totalmente el anonimato del electorado, fuera auditable y no pudiera ser intervenido por terceros;
- que se utilizase cifrado o encriptación y firma digital;
- que el ministro de fe contase con las llaves o claves que le permitiesen controlar virtualmente todas las etapas del proceso de votación, aun cuando no estuviera presente de manera física;
- que se garantizase que no hubiera intervención de terceros en la

8 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 3362/53 del 1 de septiembre de 2014. Disponible en <https://bit.ly/3ag1EeD>.

confección del padrón electoral y que votasen solo aquellas personas que estuvieran debidamente autorizadas para ello.

A juicio de la Dirección del Trabajo lo anterior permitiría el desarrollo de votaciones en horarios inhábiles, a mucha distancia de la Dirección del Trabajo o bien en aquellos supuestos en que se requiriese el voto de electores impedidos de asistir personalmente por distintas razones, facilitando el proceso electoral.

Recientemente, el Dictamen Ord. 2532/48 del 5 de noviembre de 2021 permitió que los ministros de fe intervengan y ejerzan sus funciones en los procesos de votación de las organizaciones sindicales o de las asociaciones de funcionarios a través de plataformas de comunicación remota, siempre que estas cumplan las condiciones técnicas y jurídicas contenidas en el referido dictamen, lo que excluiría el uso de aplicaciones como Zoom, Meet, Teams u otras de similares características.⁹

En relación con el derecho de negociación colectiva es posible que los teletrabajadores participen de las asambleas por medio de videollamadas, que se informen sobre el curso del proceso negociador en el sitio web y en las redes sociales del sindicato, y que voten la última oferta del empleador utilizando sistemas electrónicos. Incluso, si la organización sindical solo está conformada por teletrabajadores, sería posible utilizar medios tecnológicos para relacionarse con la comisión negociadora, celebrar las reuniones de la negociación a través de videoconferencias y que la votación para decidir entre la última oferta y la huelga fuera electrónica (Lizama y Lizama, 2020: 149).

La evolución de las formas de trabajo y el surgimiento de la «empresa flexible» han ampliado el concepto tradicional de huelga. Actualmente la doctrina no se limita a definirla como «abstención colectiva de trabajo», sino que entiende que incluye «todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción» (Gamonal, 2020: 395 y 396). Este concepto recoge «diversas prácticas o formas de realizar la huelga» (Gamonal, 2020: 396), entre las que se incluyen distintas modalidades, como por ejemplo la huelga virtual, la huelga intermitente o de pensamiento (Gamonal, 2020: 397), que perfectamente podrían ser utilizadas como mecanismo de autotutela en el contexto del teletrabajo.

9 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 2532/48 del 5 de noviembre de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3wU7Im5>.

A través del Dictamen Ord. 2951 del 29 de diciembre de 2021,¹⁰ la Dirección del Trabajo sostuvo que era procedente mantener el Comité Paritario de Higiene y Seguridad aún para el caso en que todos los trabajadores de la empresa estuvieran prestando servicios bajo la modalidad de teletrabajo. Agrega que el citado organismo técnico debe adecuar su funcionamiento a esta modalidad contractual, sin que fuera procedente su disolución conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Supremo 54 de 1969, que consagra esta situación únicamente para el término de la faena, sucursal, agencia o empresa.

Argumenta que se advierte la continuidad de la prestación de servicios convenida, pero a través de otra modalidad, manteniéndose inalterables sus objetivos, esto es, el establecimiento de medidas preventivas, higiénicas y de seguridad frente a eventuales riesgos profesionales. De hecho, en el mismo documento se hace referencia al Dictamen 1233 del 31 de marzo de 2020, de la Superintendencia de Seguridad Social, que en el contexto del trabajo a distancia se refiere a la posibilidad de que las reuniones de los Comités Paritarios se realicen de forma remota a través de los medios tecnológicos disponibles, para mantener la continuidad de su funcionamiento y, en especial, para que se promuevan medidas preventivas en relación con el covid-19 y el trabajo a distancia. En tanto, la decisión contraria afectaría los derechos de los trabajadores a distancia, transgrediendo la prohibición de menoscabo contemplada en el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo.

La duda se había suscitado porque los trabajadores por los que se consulta no se encontraban asociados a un centro de trabajo específico. Por este motivo nos parece muy interesante la exigencia contemplada en el artículo 13.5 del Estatuto de los Trabajadores español que prescribe que los trabajadores a distancia estén adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa, para ejercer sus derechos colectivos, que al igual que en el caso chileno, son los mismos derechos que se les reconocen a los demás trabajadores de la empresa.

Por su parte, el artículo 152 quáter Ñ consagra el derecho de acceso a instalaciones y reuniones. ¿En qué consiste este derecho? En que el trabajador siempre podrá acceder a las dependencias de la empresa, y

¹⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 2951 del 29 de diciembre de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3t1V95X>.

participar en las actividades colectivas que se realicen sin que el empleador pueda impedirselo.

Para estos efectos, se entiende por actividades colectivas «todas aquellas que el empleador organice y financie en beneficio de todos los trabajadores de la empresa y que importen el traslado a un lugar distinto de las instalaciones del empleador, como, por ejemplo, un paseo anual» (Lizama y Lizama, 2020: 113). Además, serán de cargo del empleador los costos de traslado de los trabajadores.

Lo que persigue el legislador en este caso «es favorecer el bienestar de quienes trabajan a distancia o teletrabajan, incentivando de esta manera el intercambio social de estos con quienes trabajan de manera presencial en las instalaciones de la empresa» (Jünemann y Wiegand, 2021: 72).

Otras medidas que persiguen el mismo objetivo y que contribuyen al intercambio de ideas, al apoyo entre los equipos de trabajo, a la revisión de los objetivos de cada trabajo, y a despejar dudas, etcétera, son el teletrabajo parcial, sea que se trabaje parte del día o de la semana en la empresa, o incluso solo algunos meses del año, dependiendo de los requerimientos de los empleadores y las necesidades de los trabajadores; la promoción de actividades laborales y sociales de carácter presencial; y las reuniones virtuales semanales de los equipos de trabajo (Jünemann y Wiegand, 2021: 72).

Capítulo 6

La jornada laboral en el trabajo a distancia y en el teletrabajo

Duración, distribución y descansos semanales. Registro de asistencia

En cuanto a la duración y distribución de la jornada de trabajo, en principio los trabajadores que prestan servicios a distancia y los teletrabajadores están afectos a las reglas generales sobre jornada de trabajo contenidas en el capítulo IV del libro I del Código del Trabajo, con las excepciones y modalidades que contempla el artículo 152 quáter J.

Por consiguiente, quedan sujetos a las reglas y limitaciones generales establecidas a propósito de la jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo en los artículos 22 y 28, en el primer caso, y 30 y siguientes del Código del Trabajo, respecto de la segunda. Lo propio ocurre con los descansos semanales, a los que también se les aplica la regla general imperante en la materia, en este caso lo dispuesto en los artículos 35 y 38 del código del ramo.

En consecuencia, el empleador debe implementar a su cargo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 del Código del Trabajo, salvo que se haya pactado que el trabajador a domicilio o el teletrabajador queden excluidos de la limitación de jornada de trabajo en los términos contemplados en el artículo 22 incisos segundo y cuarto del Código del Trabajo, respectivamente. En efecto, para el caso en que se haya pactado que el teletrabajador está exento de jornada laboral, la Dirección del Trabajo, en el Dictamen 258/003 del 22 de enero de 2021, ha sostenido que las partes no están obligadas a indicar en el contrato de trabajo los mecanismos de supervisión o control que usará el empleador respecto de los servicios convenidos, de conformidad al artículo 152 quáter K número 4 del Código del Trabajo.

Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 33 inciso primero del mismo código, para controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador llevará un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro.

Por su parte, el artículo 20 inciso segundo del Decreto Supremo 969, Reglamento para la aplicación del título IV del libro I del Código del Trabajo, del 18 de noviembre de 1933, vigente a la fecha (Lanata, 2006: 143 y ss.), indica que «al fin de cada semana, el empleador sumará el total de las horas trabajadas por cada empleado, y este firmará en el mismo formulario o libro en señal de aceptación». Lo anterior permite establecer el cumplimiento de la jornada ordinaria o el exceso sobre la misma. Este registro debe llevarse cualquiera sea el número de trabajadores en la empresa.

Aparte del sistema de control contemplado en el artículo 33 inciso primero del Código del Trabajo, el legislador —en el inciso segundo de la misma disposición legal—, faculta a la Dirección del Trabajo para que de oficio o a petición de parte, establezca y regule mediante resolución fundada, un sistema especial de control de las horas trabajadas y de determinación de las remuneraciones correspondientes al servicio prestado. Esta resolución administrativa solo será procedente de cumplirse los requisitos que exponemos a continuación (Lanata, 2006: 135):

- Que no sea posible aplicar los sistemas contemplados en el artículo 33 inciso primero del Código del Trabajo, a saber, libros de asistencia del personal o reloj control con tarjetas de registro, o que estos sistemas de control dificulten la fiscalización administrativa de la Dirección del Trabajo.
- Que el sistema especial autorizado por la Dirección del Trabajo sea uniforme para una misma actividad, según prescribe el artículo 33 inciso segundo del Código del Trabajo (Walker Errázuriz, 2003: 312).

En el Dictamen Ord. 5248/199 del 17 de diciembre de 2004, la Dirección del Trabajo manifestó que pueden implementarse sistemas computacionales siempre que puedan asimilarse a los establecidos en el artículo 33. Por ejemplo, se ha permitido un sistema de control electrónico mediante un sistema de biometría (huella digital).

En la materia en examen, el Dictamen 1389/007 del 8 de abril de 2020 de la Dirección del Trabajo se remite a los dictámenes 1140/27 de 2016 y 5849/133 de 2017, en tanto permiten efectuar el registro de asistencia de forma remota si se prestan servicios fuera de las dependencias de la empresa, previa autorización de la Dirección del Trabajo, a través de un sistema implementado por el empleador y a su costo, el cual puede coexistir con otro sistema destinado al personal que preste servicios físicamente en la respectiva empresa. En la práctica, lo anterior se ha materializado a través del envío por parte del trabajador a su jefatura de un correo electrónico al comienzo y término de su jornada de trabajo y a través de softwares diseñados para estos efectos.¹

En la Causa RIT I-2016-2020, dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se precisó que el teletrabajo no exime al empleador de llevar un registro de asistencia. La empresa presentó una reclamación en contra de una resolución de la Dirección del Trabajo que la multó por no exhibir el correspondiente registro de asistencia por el período comprendido entre enero y julio de 2020, frente a lo cual intentó justificarse argumentando que no contaba con este registro atendido el teletrabajo y que el reloj control estaba en las instalaciones físicas de la empresa. Señala el tribunal en el considerando décimo de su sentencia que «la pandemia comenzó a afectar las labores y actividades habituales de todos los ciudadanos de la república solo a partir de mediados de marzo, no siendo un justificativo no exhibir registro de asistencia respecto a los meses anteriores y, el teletrabajo no lo exime de llevar dicho registro». Agrega que el empleador debe implementar a su costo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia conforme a la normativa vigente.

Según explicamos, pareciera haber una contradicción entre lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, que permite excluir de la limitación de jornada laboral a los trabajadores «contratados de acuerdo con este código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos», vale decir, trabajadores a distancia (de conformidad a los artículos 152 quáter G y 152 quáter H), quienes, por

¹ Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el informe «Trabajando en cualquier momento y en cualquier lugar: Consecuencias en el ámbito laboral», elaborado en 2019, citado por Jünemann y Wiegand (2021: 89).

tanto, se encontrarían eximidos del control de asistencia; y el artículo 152 quáter J inciso segundo del Código del Trabajo, que dispone que los trabajadores a distancia quedan sujetos a las reglas generales y limitaciones contenidas en el capítulo IV del libro I, con las excepciones y modalidades contempladas en la misma norma legal. Agrega que «cuando corresponda», el empleador implementará a su costo un mecanismo fidedigno de cumplimiento de jornada a distancia, estableciendo, por consiguiente, la obligación de registrar asistencia (Lizama y Lizama, 2020: 109). Así, la expresión «cuando corresponda» determina que esta contradicción sea solo aparente.

Parte de la doctrina nacional ha entendido que el trabajador a distancia está exento del límite de jornada de trabajo, salvo que las partes acuerden lo contrario. Como sostuvimos, explica esta interpretación señalando que «el único modo de interpretar la regla especial del inciso segundo del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo (que hace aplicable el artículo 22-1 del Código del Trabajo al trabajo a distancia con las excepciones y modalidades previstas en el mismo artículo) es entender que la expresión «cuando corresponda» significa que será posible contrariar la regla especial cuando las partes acuerden que el trabajador a distancia estará sujeto al régimen general, esto es, al máximo de jornada laboral previsto en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo» (Lizama y Lizama, 2020: 109 y 110).

Nuestra opinión difiere en algunos aspectos de la solución transcrita, si bien también consideramos que las expresiones «cuando corresponda» permiten una interpretación coherente de la normativa vigente. ¿Cómo pueden conciliarse estas normas contenidas en el Código del Trabajo? De la siguiente manera: salvo acuerdo en contrario, el trabajador a distancia debe quedar sujeto a las reglas generales contenidas en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo. Lo anterior por dos razones: la primera, porque la limitación de jornada de trabajo es la regla general en la materia. En este sentido, la jurisprudencia administrativa

ha dictaminado que en el respectivo contrato de trabajo debe dejarse constancia que el trabajador se encuentra en alguna situación del artículo 22, y ello, porque no obstante estar excluidos de la limitación de jornada, podría asignárseles alguna y, en ese caso, lo que exceda de ella constituiría jornada extraordinaria (Lanata, 2006: 130).

Por consiguiente, para que el trabajador a domicilio quede exento de la limitación de jornada de trabajo en los términos contemplados en el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo, será necesario que se deje constancia expresa de esta exención en el contrato de trabajo, o en el anexo correspondiente.

En segundo lugar, reafirma nuestra postura el propio artículo 152 quáter J incisos segundo, tercero y cuarto. Recordemos que el inciso segundo establece *prima facie* que el trabajador a distancia queda sujeto a las reglas generales de jornada de trabajo contenidas en el capítulo IV del libro I, que no son otras que las establecidas en el inciso primero del artículo 22, esto es, que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no podrá exceder de 45 horas semanales, y en el artículo 28, que establece que no podrá exceder de diez horas por día.

Agrega el artículo 152 quáter J que se aplicarán las excepciones y modalidades establecidas en el mismo precepto. A nuestro juicio, al hablar de «modalidades» el legislador está refiriéndose a la hipótesis contemplada en el inciso tercero de la misma norma legal del siguiente tenor: «Si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades», reiterando, a continuación, que en este supuesto deben respetarse los límites máximos de la jornada diaria y semanal y las reglas sobre descanso semanal. Esta modalidad excepcional en cuanto a la distribución de la jornada de trabajo también requiere pacto expreso y, además, igualmente en este caso es necesario que el empleador implemente un sistema de registro de asistencia para corroborar que efectivamente se cumplan los límites legales.

Por su parte, el teletrabajo es una especie de trabajo a distancia. En este contexto, las «excepciones» a que alude esta disposición legal estarían contempladas en su inciso cuarto, que permite a las partes acordar que el teletrabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo de conformidad al inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo.

Entonces, en síntesis, en principio se aplicará al trabajador a distancia y al teletrabajador la regla general contenida en el inciso primero del artículo 22 y en el artículo 28 y, por lo tanto, el empleador estará obligado a establecer un sistema fidedigno de control de asistencia según lo revisado, porque «corresponde» su implementación. Excepcionalmen-

te, podría acordarse por las partes que el trabajador a distancia quede exento del límite de jornada según lo previsto en el artículo 22 inciso segundo o que el teletrabajador quede excluido de este límite de conformidad al inciso cuarto del mismo artículo 22. En estas hipótesis «no corresponderá» establecer un mecanismo de registro de cumplimiento de jornada de trabajo, porque no están sujetos a una jornada de trabajo. Por su parte, el mismo artículo 152 quáter J permite que los trabajadores a distancia, a través de un acuerdo explícito, distribuyan libremente su jornada laboral en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, siempre que la naturaleza de sus funciones lo permita. En este caso también «corresponde» la implementación del sistema de registro porque debe respetarse la duración máxima de la jornada laboral y las reglas de descanso semanal conforme a la normativa citada.

Hechas estas precisiones, tal y como señalamos, la ley contempla de manera explícita ciertas excepciones a propósito del trabajador a distancia y del teletrabajador en el artículo 152 quáter J, que explicaremos a continuación.

En primer lugar, si la naturaleza de las funciones lo permite, las partes pueden pactar que el trabajador a distancia distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, y las normas sobre descanso semanal.

En otras palabras, las partes pueden pactar cualquier fórmula de distribución del máximo de 45 horas semanales, siempre que se respeten los mínimos irrenunciables contemplados en los artículos 22, 28 y 38 del Código del Trabajo.

En segundo término, según lo prescrito en el inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo, las partes pueden acordar que queden excluidos de la limitación de jornada los teletrabajadores, esto es, según el tenor literal de la misma norma, «los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones».

Según Lizama y Lizama, para efectos de aplicar esta excepción y en atención a la expresión «preferentemente» utilizada en la disposición legal, habría que distinguir:

- Aquellos teletrabajadores que cumplen la mayor parte de su jornada de trabajo en un lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, en cuyo caso sería posible acordar que queden excluidos de la limitación de jornada laboral de conformidad al artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo.
- Los teletrabajadores que cumplen su jornada laboral por partes iguales en un lugar ajeno a la empresa y en instalaciones del empleador, o bien, aquellos cuya jornada se desarrolla mayoritariamente en dependencias de la empresa, caso en el cual no se podría acordar que queden excluidos de la limitación de jornada de trabajo de acuerdo a lo previsto en esta norma legal. Por consiguiente, en estos supuestos quedan sujetos a las reglas y limitaciones generales establecidas a propósito de la jornada ordinaria de trabajo en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 135).

Estos autores agregan que esta distinción se desprende del tenor literal del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, que señala: «Con todo, en el caso del teletrabajo las partes podrán acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo de conformidad con lo señalado en el inciso cuarto del artículo 22» (Lizama y Lizama, 2020: 135).

Por lo demás, en el caso de los teletrabajadores, «la exención de los límites de la jornada de trabajo se encuentra vinculada principalmente con el hecho de que el trabajador no se encuentra afecto a fiscalización superior inmediata».²

¿Qué debemos entender por fiscalización superior inmediata? De acuerdo con el Dictamen Ord. 576/8 de 1991 de la Dirección del Trabajo, existiría «fiscalización» si es posible criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro, y es «superior» cuando se ubica en una posición de preeminencia respecto de otra (Melis y Sáez, 2000: 401).

A propósito de este criterio, también se ha sostenido que existe fiscalización superior inmediata si se cumplen las siguientes condiciones copulativas:

² Dirección del Trabajo, Circular 63 del 29 de julio de 2020, que informa aspectos relevantes de la Ley 21.220 y su Reglamento y establece consideraciones importantes en materia de fiscalización. Disponible en <https://bit.ly/3a2l5aK>.

- existe crítica o enjuiciamiento respecto de las tareas desarrolladas, es decir, una supervisión o control de la prestación de servicios;
- este control o supervisión está a cargo de personas de mayor jerarquía dentro de la estructura organizacional empresarial, y
- el referido control es ejercido de manera cercana, próxima o contigua. Esta condición debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor respectiva.

Para determinar la existencia de fiscalización superior inmediata es muy relevante estar atentos al avance de la tecnología, porque «el uso de aplicaciones informáticas, diseñadas para el monitoreo del trabajo permitiría al empleador efectuar un control funcional y directo respecto de la forma y oportunidad en que el trabajador desarrolle sus labores»,³ caso en el cual, conforme a la misma norma legal, se presume que el trabajador queda afecto a jornada ordinaria.

Por su parte, la posibilidad de que queden excluidos de la limitación de jornada de trabajo no los priva de su derecho a descanso semanal, según el Dictamen Ord. 4.603/262 del 2 de septiembre de 1999 de la Dirección del Trabajo —que responde a una consulta formulada por trabajadores que prestaban sus servicios a bordo de naves pesqueras—, citado por el Dictamen Ord. 1.389 del 8 de abril de 2020 del mismo organismo, salvo que se encuentre en alguna de las hipótesis de excepción contempladas en el artículo 38 del Código del Trabajo y así lo acuerden las partes.

En este contexto la doctrina plantea otro problema interpretativo, ya que el teletrabajador que se encuentra excluido de jornada no tiene jornada de trabajo, y por lo tanto tampoco la obligación de registrar asistencia, ni derecho al pago de sobresueldo ni a descanso semanal.

Sin embargo, precisa que al revisar el Dictamen Ord. 4.603/262 del 2 de septiembre de 1999 de la Dirección del Trabajo, este indica en un párrafo solitario, sin mayor argumentación, que «no obstante encontrarse los trabajadores que nos ocupan exceptuados de la limitación de jornada, esta, por regla general, debe ser distribuida conforme lo señala el inciso primero del precitado artículo 28» (Lizama y Lizama, 2020: 137). En relación con este párrafo del dictamen agrega:

3 Dirección del Trabajo, Circular 63 del 29 de julio de 2020, que informa aspectos relevantes de la Ley 21.220 y su Reglamento y establece consideraciones importantes en materia de fiscalización.

la Dirección del Trabajo quiere innovar su doctrina y no lo hace de un modo categórico. Por ello debería sostener derechamente que los trabajadores de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo no carecen de jornada laboral, sino que pueden pactar con su empleador una jornada semanal que puede exceder el límite máximo de 45 horas y que, en tal caso, gozarán del descanso semanal y de los festivos que prevé el artículo 25 del Código del Trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 137).

Los mismos autores concluyen que mientras esto no ocurra, debiera mantenerse el criterio clásico, es decir, que no tienen jornada de trabajo y que, por lo tanto, no tienen derecho a descanso semanal.

El artículo 152 quáter K del Código del Trabajo establece, en su número 4, que el contrato de trabajo —o el anexo de contrato en su caso— de los trabajadores a distancia o teletrabajadores deberá contener «los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador».

¿Cómo se concilia esta disposición legal con la normativa contemplada en el artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo a propósito de los teletrabajadores excluidos del límite de jornada de trabajo? Según el Dictamen Ord. 258/003 del 22 de enero de 2021, si el trabajador se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo, las partes deben expresarlo en el pacto correspondiente y podrán indicar los mecanismos a través de los cuales el trabajador entregará los resultados de sus gestiones y se reportará de manera esporádica, según lo previsto en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo. Según la opinión de este servicio, cualquier otro tipo de medida de control o supervisión contravendría la regulación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la exclusión de los límites de jornada, y haría presumir la existencia de jornada laboral, y agrega, como ejemplo, que se incorporen fórmulas para que el trabajador se reporte frecuentemente.

Algo similar sucede en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en Colombia, a los teletrabajadores no se les aplica la normativa sobre jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno, con la salvedad de que el Ministerio de Protección Social debe establecer una fiscalización especial para evitar las cargas excesivas de trabajo y, además, el contrato correspondiente debe indicar los días y horarios de trabajo para poder delimitar la responsabilidad por accidentes del trabajo (Álvarez, 2018:

13). Llama la atención que estas materias no hayan sido abordadas explícitamente en el caso chileno.

Agrega el artículo 152 quáter J que en estos dos casos excepcionales, es decir, en el supuesto de trabajadores a distancia que pueden distribuir libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador debe respetar el derecho a desconexión del trabajador, garantizando el tiempo en que ellos no están obligados a responder las comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador. Este espacio de tiempo debe ser de a lo menos doce horas continuas en un lapso de 24 horas. Del mismo modo, se prohíbe al empleador establecer comunicaciones, formular órdenes o requerimientos en los días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Alternativas de combinación de tiempos de trabajo presencial y no presencial. Dictamen Ord. 3079/031

Estas modalidades no presenciales de prestación de servicios pueden extenderse durante todo o parte de la jornada de trabajo, combinando tiempos de trabajo presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, según dispone el inciso primero del artículo 152 quáter J.

No obstante, como ya adelantamos, la ley no contempla ninguna regla que establezca algún porcentaje mínimo que deba respetarse al combinar estas modalidades, sin perjuicio de que previo a la dictación de la Ley 21.220 la jurisprudencia hablaba del principio de «habitualidad» y de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 22 a propósito de los teletrabajadores exentos del cumplimiento de jornada de trabajo.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico interno sí contempla reglas especiales en caso de que se haya pactado la combinación de tiempos de trabajo a distancia y presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, preceptuando que es posible pactar alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, de las cuales deberá dejarse constancia en el contrato de trabajo o en el anexo de contrato, según corresponda, siempre que el trabajador comunique al empleador la alternativa escogida con una semana de anticipación a lo menos, según lo prescrito en el inciso quinto del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo.

En relación con la posibilidad de combinar tiempos de trabajo pre-

sencial y no presencial, se consulta a la Dirección del Trabajo sobre la legalidad de la fijación de la siguiente jornada de trabajo combinada: tres días presenciales en dependencias de la empresa con un horario determinado (de 9.00 a 17.00 h) y dos días en modalidad de teletrabajo con exclusión de la limitación de jornada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo.

En el Dictamen Ord. 3079/031 del 16 de noviembre de 2020, este organismo administrativo sostuvo que no existe impedimento para combinar trabajo presencial y teletrabajo en una misma semana siempre que en ambos casos el trabajador esté sujeto a una jornada de trabajo. Agrega que no se puede combinar trabajo presencial sujeto a jornada laboral y teletrabajo exento de jornada laboral en la misma semana. En otras palabras, entiende que la ley permite la combinación de trabajo presencial sujeto a jornada de trabajo y de teletrabajo exento de dicha jornada, solo cuando esta combinación se pacte para tener lugar en semanas distintas.

¿Por qué la Dirección del Trabajo llega a esta conclusión? Dado que se trata de regímenes normativos distintos, lo contrario generaría dificultades en la aplicación y fiscalización de la normativa vigente. Ello, porque en la modalidad de teletrabajo no existe control de los tiempos de trabajo mientras que la jornada de trabajo se computa en base semanal a través de un sistema de registro de control de asistencia. Por consiguiente, en palabras de la propia Dirección «resulta contrario a la interpretación armónica de la normativa establecer que, dentro de una misma semana, puedan convivir sistemas en que durante ciertos días el trabajador se encuentra sujeto a jornada laboral y otros días no».

Por su parte, entiende que la exclusión contemplada en la ley a los límites de jornada semanal sería una circunstancia inherente al tipo de funciones o forma en que se presten. De hecho, la doctrina ha entendido que los criterios utilizados por el Código del Trabajo al establecer las exclusiones de las limitaciones de jornada ordinaria en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 22 serían los siguientes: control, gestión y administración de la empresa, autonomía o independencia en la prestación de servicios pese a que igualmente están subordinados a su empleador y el lugar físico donde se prestan los servicios (Gamonal y Guidi, 2015: 186 y ss.). Por lo tanto, si estos elementos se mantienen inalterados, no sería posible que el trabajador algunos días quedara sujeto a la limitación de jornada de trabajo y en otros no.

Trabajo a distancia, teletrabajo y derecho a la desconexión

Derecho a la desconexión en doctrina y derecho comparado

La evolución del tema de los tiempos de trabajo se ha ido orientando paulatinamente hacia su reducción (Gamonal y Guidi, 2015: 172); no obstante, la posibilidad de estar constantemente comunicado, propiciada por el uso de las nuevas tecnologías, ha desdibujado la frontera entre el tiempo destinado a la prestación de servicios y la vida personal

de manera que, por una parte, la flexibilidad que otorgan estas herramientas permiten a los trabajadores una mayor facilidad para conciliar vida personal y laboral pero, al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, estos se ven obligados a estar disponibles durante un mayor número de horas y atender a los requerimientos laborales en todo momento y lugar, lo que puede ocasionar ciertas intromisiones en su intimidad, además de la exposición a nuevos riesgos psicosociales derivados del tecnoestrés o la tecnoadicción (Reche, 2019: 33).

En este contexto, en el 2014, la Oficina Alemana para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (BAuA), a través de un informe que reunió 23 estudios internacionales sobre la materia, constató que cada vez los trabajadores sufren más estrés, más agotamiento o *burnout* e incapacidad para desconectarse.⁴ Lo anterior se debe al hecho de que estar conectado a través de comunicaciones electrónicas, una vez terminada la jornada de trabajo, limita su derecho a descanso efectivo, expandiendo indebidamente su jornada laboral, y poniendo en peligro su vida y salud. Lo propio se ha sostenido en el Informe Mettling,⁵ elaborado a solicitud del Ministerio de Trabajo francés por el director de Recursos Humanos de la empresa de Telecomunicaciones Orange, en el 2015, en los siguientes términos: «La utilización de equipos informáticos por el trabajador fuera del horario laboral podía producir en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su vida privada por el riesgo

4 Véase «El “derecho a desconectarse”, una idea que se abre camino en Europa». *La Segunda*, 27 de mayo de 2014, disponible en <https://bit.ly/3PPAOdC>.

5 Este informe constituye un importante precedente de la ley francesa «El Khomri» o Loi Travail de 2016, que regula la desconexión laboral.

de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales» (Aguilera y Cristóbal, 2017: 4). En este mismo orden de ideas, algunas investigaciones han constatado que una duración del tiempo de trabajo superior a 48-50 horas semanales podría exponer a los trabajadores a potenciales riesgos para su salud.⁶

No deja de sorprendernos que dos siglos después del surgimiento de esta rama del derecho y de la Primera Revolución Industrial, se siga pensando que el mercado de trabajo debe estructurarse traspasando el costo de producción a los propios trabajadores. Por ejemplo, en China, en el 2016 se constató que aproximadamente 1.600 personas mueren cada día por *guolaosi* o exceso de trabajo, según un reportaje publicado por BBC Capital. Este fenómeno social comenzó a ser reconocido en Japón a partir de 1987, bajo el nombre de *karoshi*. Si bien para que cuente como un caso de *karoshi* la víctima debe haber trabajado más de 100 horas extras en el mes anterior al de su muerte u 80 en dos o más meses consecutivos en los seis meses previos a su fallecimiento, al analizar la salud y hábitos de más de 600.000 personas, un grupo de investigadores llegó a la conclusión de que trabajar 55 horas semanales incrementa en un tercio la probabilidad de sufrir un infarto, en comparación con aquellos trabajadores que laboran menos de 40 horas.⁷

El tiempo libre del trabajador y los límites a la duración de la jornada de trabajo se constituyen como un derecho esencial (Gamonal y Guidi, 2015: 172). Ya en 1948, cuando aún no existían las tecnologías de la información y comunicación de que disponemos en la actualidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, vinculaba el derecho a feriado anual o las «vacaciones» con «la posibilidad de desarrollo social del individuo» (Reche, 2019: 35), y en especial, «con la necesidad de que el trabajador disponga de tiempo de ocio o que pueda destinar a aspectos de su vida privada y de sociabilidad con otros individuos» (Reche, 2019: 35).

A mayor abundamiento, es necesario hacer presente que «el derecho al descanso no puede entenderse sin su conexión con los derechos fundamentales de la personalidad» (Reche, 2019: 36), entre los que se

6 Estudio «El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa», citado por Aguilera y Cristóbal (2017: 12).

7 Caterina Guidi, «El régimen de trabajo 996», *RH Management*, 15 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/3NFEmxd>.

mencionan los derechos a la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal, garantías reconocidas a nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Por otra parte, no debemos olvidar que «se vincula el salario al tiempo de trabajo tasado» (Aguilera y Cristóbal, 2017: 6). Conforme al inciso tercero del artículo 32 del Código del Trabajo, la jornada extraordinaria debe pagarse con un recargo del 50 % sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Se trata de un esfuerzo mayor y extra al normal que, de conformidad a la ley, no puede exceder el límite de las dos horas diarias.

Por otro lado, ¿permanecer constantemente accesible y conectado puede ser considerado jornada pasiva de trabajo? Creemos que no. El concepto de jornada pasiva es difícil de delimitar. Se considera que es el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le son imputables. Nadie podría desconocer que «cuando el trabajador se encuentra excepcionalmente en su hogar sin efectuar labor, pero a disposición del empleador (personal médico, paramédico o de emergencia), continúa supeditado al vínculo de subordinación y dependencia propia de la relación de trabajo, como asimismo a la potestad de mando del empleador» (Gamonal y Guidi, 2015: 178); empero, en el caso en estudio el trabajador no se encuentra inactivo.

Se trata de una materia muy casuística y de difícil solución (Aguilera y Cristóbal, 2017: 11). Por esta razón, nos referiremos a algunas de las distintas modalidades de ejercicio de este derecho a la desconexión en doctrina y derecho comparado, para después abordar su estudio desde la perspectiva del derecho positivo interno (Reche, 2019: 39 y ss.).

Se ha sostenido que el derecho a la desconexión tecnológica es

el derecho que reconoce a los trabajadores la posibilidad de permanecer inaccesible o de no ser contactado a través de cualquier medio o herramienta digital por cuestiones relacionadas con su prestación de tareas cuando se encuentre fuera de su tiempo de trabajo, es decir, en sus tiempos de descanso, licencias, vacaciones, etcétera (Chiuffo, 2018: 12).

En derecho comparado han existido algunas iniciativas empresariales y sectoriales destinadas a proteger la privacidad de los trabajadores y a respetar efectivamente el derecho al descanso. Por ejemplo, en 2010,

Deutsche Telekom se comprometió a no exigir disponibilidad continua a sus trabajadores, decisión adoptada también por el operador francés France Telecom (actual Orange); y en el 2011, por iniciativa del sindicato IG Metall, Volkswagen decretó el bloqueo al acceso a comunicaciones corporativas en los teléfonos móviles profesionales entre las 18.15 y las 7.00 h.

Para favorecer el descanso de sus trabajadores, en 2015 la empresa estadounidense Vynamic estableció un sistema de interrupción al acceso a los servidores de la red de la empresa, durante los días hábiles entre las 22.00 y las 6.00 horas y durante los fines de semana, impidiendo la recepción de mensajes, requerimientos e incluso simples avisos durante este tiempo y los períodos de descanso semanal y anual.⁸

Desde una perspectiva legal, en 2016 se dictó la ley francesa «El Khomri» o Loi Travail, pionera en la materia, que introduce un apartado séptimo al artículo L 2242-8 del Código del Trabajo de ese país, que obliga a tratar el tema de la desconexión digital en la negociación anual sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad de vida en el trabajo, en los siguientes términos:

Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección (Reche, 2019: 33).

La ley francesa se limitó a reconocer la existencia de este derecho, sin dotarlo de un contenido específico que permita su plena operatividad (Chiuffo, 2018: 16). Sin embargo, consideramos que ante una materia tan casuística como esta, lo anterior constituye un muy buen punto de partida, ya que obliga a que este derecho se incluya en la negociación

8 Eurofound y OIT, «Trabajando en cualquier momento y en cualquier lugar: Consecuencias en el ámbito laboral», 2019. Citado por Jünemann y Wiegand (2021: 88).

colectiva, y esto permite que, al dotarlo de contenido concreto en este proceso anual, se atiendan las características del trabajo en cada empresa o sector empresarial (Aguilera y Cristóbal, 2017: 11). En todo caso, estamos plenamente conscientes de que una iniciativa como la descrita solo sería efectiva en nuestro país si primero se fortalecen los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Por su parte, en España se dictó la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales 3/2018 de diciembre de 2018, que introduce este derecho en el ámbito laboral, para garantizar el respeto al descanso e intimidad fuera del tiempo destinado al trabajo y potenciar la conciliación de la vida personal y laboral (Reche, 2019: 34). En tanto, en Inglaterra no se consagra el derecho a desconexión, sin embargo, el empleador debe elaborar un calendario que especifique las horas de trabajo y los períodos de descanso durante los cuales se prohíbe contactar al trabajador (Lizama y Lizama, 2020: 138).

Por último, la guía práctica «El teletrabajo durante la pandemia de covid-19 y después de ella», elaborada por la Organización Internacional del Trabajo en 2020, recomienda que las organizaciones y empresas adopten las siguientes medidas para mejorar el equilibrio entre vida laboral y vida privada de los trabajadores a distancia, permitiéndoles una desconexión efectiva, a saber:

- Establecer expectativas claras sobre los resultados del trabajo y ofrecer a los trabajadores sujetos a estas modalidades la flexibilidad para gestionar sus horarios según sus propias necesidades.
- Otorgar a los trabajadores a distancia y a los teletrabajadores la seguridad de que pueden desconectarse en determinados momentos reservados para el descanso, sin ver afectadas sus carreras profesionales.
- Fomentar la comunicación y colaboración entre los trabajadores y los directivos de las organizaciones o empresas en lo relativo a la programación, disponibilidad y establecimiento de límites al interior de los equipos de trabajo.
- Apoyar a los trabajadores con responsabilidades de cuidado a través de medidas específicas que les permitan cumplir con las expectativas de sus empleadores, tales como planes especiales de licencia parental a tiempo completo o parcial —los que durante la pandemia por covid-19 se han establecido en varios países—,

sobre la base del diálogo social y las consultas entre trabajadores y empleadores.⁹

Consagración legal del tiempo de desconexión y del derecho a la desconexión en Chile. Duración, aplicación práctica y sanciones por su infracción

Este derecho consiste en garantizar el tiempo en el cual los trabajadores a distancia y los teletrabajadores no estarán obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 152 quáter J de nuestro Código del Trabajo.

¿Cuánto dura? Según lo prescrito en la misma norma legal su duración no podrá ser inferior a doce horas continuas en un período de 24 horas. En este caso, parte de la doctrina habla del «tiempo de desconexión», distinguiéndolo del «derecho a desconexión» que se le reconoce al trabajador durante sus días de descanso semanal, permisos o feriado anual (Lizama y Lizama, 2020: 139 y ss.).

Tres precisiones relativas al «tiempo de desconexión» que nos parecen de especial interés. En primer lugar, que «en términos jurídicos, corresponde a un descanso entre jornadas diarias que deberá ser, a lo menos, de doce horas continuas» (Lizama y Lizama, 2020: 139).

Pese a no estar expresamente regulado en el Código del Trabajo —a excepción de las referencias sobre el tema contempladas a propósito de los trabajadores del transporte en los artículos 25, 25 bis, 26 y 26 bis, de los trabajadores de casa particular en el artículo 149 y de los trabajadores de los Cuerpos de Bomberos en el artículo 152 bis del citado código—, la Dirección del Trabajo ha considerado que «la regulación sobre el tiempo de trabajo lleva implícita la existencia de un tiempo destinado al reposo entre una jornada diaria y otra» (Lizama, 2003: 104 y 105) —por ejemplo, entre lunes y martes—, no inferior a doce horas, en concordancia con «la tesis de la extensión máxima de la jornada de doce horas, incluidos los descansos» (Rojas, 2004: 110).

Esto implica que el teletrabajador no podrá retomar su trabajo, sino hasta que haya terminado el tiempo de desconexión, vale decir, transcu-

9 Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <https://bit.ly/3GuvhoH>.

rridas doce horas desde el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente (Lizama y Lizama, 2020: 139).

Segundo, el artículo 152 quáter J permite al empleador que se comunique, imparta instrucciones y efectúe requerimientos al teletrabajador durante este período de descanso, sin perjuicio de que el trabajador no estará obligado a contestar estas comunicaciones, a ejecutar las instrucciones, ni tampoco a llevar a cabo los requerimientos efectuados por el empleador en este intervalo (Lizama y Lizama, 2020: 139).

Por último, el empleador no puede formular estas comunicaciones, instrucciones o requerimientos a través de medios tecnológicos de uso personal del trabajador, tales como Whatsapp o su correo electrónico personal, salvo que las partes hayan pactado que se pueden usar estos medios para fines laborales. Solo podrían formularse a través de medios electrónicos corporativos, como el correo electrónico de la empresa (Lizama y Lizama, 2020: 139).

Cabe hacer presente que la jurisprudencia comparada ha entendido que el uso del teléfono móvil o del Whatsapp personal del trabajador, para recibir o transmitir noticias, datos o informaciones relativas al trabajo, no constituiría vulneración alguna del derecho a la desconexión digital, siempre que el propio trabajador hubiera cedido voluntariamente su número de teléfono a la empresa. En este caso, resolvió que las comunicaciones enviadas a través de Whatsapp al celular de uso personal del trabajador fuera del horario de trabajo eran válidas y «proporcionadas» en el contexto de un entorno digitalizado.¹⁰

Ahora bien, en la norma en comento también se explicita que el empleador no puede establecer comunicaciones, formular órdenes ni efectuar otros requerimientos en los días de descanso, permisos o feriados anuales de los trabajadores, sean estos convencionales o legales. Es decir, se consagra el «derecho a la desconexión» del trabajador.

Como es posible observar, este supuesto es más estricto que el anterior porque prohíbe al empleador comunicarse, formular órdenes o efectuar requerimientos durante estos días de descanso. No se limita solo a garantizar el tiempo en el cual los trabajadores a distancia y los teletrabajadores no estarán obligados a responder las comunicaciones, órdenes o requerimientos de su empleador. En otras palabras, como «el

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la causa rol del recurso 252/2022 de 29 de marzo de 2022.

verbo rector utilizado por la ley es “comunicar”, esto es, el empleador no está autorizado a transmitir mensaje alguno al teletrabajador durante los días de descanso o permisos, aunque no aguarde respuesta del dependiente en el tiempo indicado» (Lizama y Lizama, 2020: 140).

A mayor abundamiento, este derecho permite que el trabajador a distancia o el teletrabajador simplemente se niegue a recibir la comunicación de su empleador o la omita, apagando su teléfono celular, no aceptando el llamado de su empleador o bloqueando temporalmente su número telefónico; que rechace el trabajo que se le formula o lo evada, por ejemplo, no contestando los mensajes o respondiéndolos y negándose a cumplir lo que se le encarga; o bien, que ignore o incumpla la orden, leyendo el mensaje y no contestando. En todos estos casos, el empleador no podrá aplicar ninguna medida disciplinaria ni despedir al trabajador a distancia o teletrabajador por alguna de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 140). Sin duda estamos en presencia de

un nuevo derecho laboral, que debe seguir los mismos parámetros establecidos por el Orden Público Laboral, en la tónica de proteger al trabajador como parte hiposuficiente de las relaciones de trabajo. Ergo, el principio de protección, y los argumentos utilizados por la doctrina en la construcción de la limitación de jornada de trabajo son argumentos que se suman a esta nueva forma de tutela (Pessoa, 2019: 23).

No se trataría solo del «viejo derecho al descanso con nuevas características» (Pessoa, 2019: 26), ya que también está asociado al derecho a la intimidad (Pessoa, 2019: 26). En estos términos, constituye un avance importante en la materia, no obstante, sus verdaderos alcances dependerán de su adecuada implementación y de su aplicación.¹¹

Como ya sostuvimos, si la naturaleza de las funciones lo permite, las partes pueden pactar que el trabajador a distancia distribuya libremente

11 En este contexto, «el estudio español sobre “Teletrabajo/Trabajo Presencial” (2020) que encuesta a 400 profesionales españoles, muestra, por un lado, que el 46 % evalúa que lo peor de teletrabajar es el “tener que estar conectado”, y el 33 % declara que “le han faltado momentos de desconexión”. Esto hace patente la importancia y necesidad del derecho a la desconexión. Asimismo, es fundamental considerar momentos de descanso para las personas que teletrabajan, ya que el 28 % dice que lo que más extraña del trabajo presencial son “los momentos de descanso, como almuerzo, café y otros”» (Jünemann y Wiegand, 2021: 66).

su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, y las normas sobre descanso semanal.

En este caso, según el Dictamen Ord. 258/003 de la Dirección del Trabajo, del 22 de enero de 2021, «la circunstancia que el trabajador distribuya libremente su horario no exime al empleador de observar y controlar los límites legales referidos, considerando el carácter irrenunciable de la normativa legal». Y agrega que

la libre distribución de la jornada diaria, ya sea que abarque la totalidad del margen de doce horas desde reiniciada la prestación de servicios o un lapso menor, hacen necesario que el trabajador comunique el momento en que se decidirá iniciar el derecho de desconexión para computar las doce horas continuas en que corresponde que quede eximido de su obligación de responder requerimientos de su empleador, de conformidad a lo que se pacte en su contrato de trabajo, ya que al tenor de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, en el contrato de trabajo se deberá indicar el tiempo que corresponderá al derecho a desconexión, el que deberá ser, a lo menos, de doce horas continuas.

Asimismo, las partes pueden acordar que el teletrabajador quede excluido de la limitación de jornada, por no encontrarse afecto a fiscalización superior inmediata, según lo prescrito en el inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo. Sobre el particular, en el mismo Dictamen Ord. 258/003, la Dirección del Trabajo ha sostenido que no resulta procedente que el trabajador excluido de limitación de jornada de trabajo se reporte al inicio y término del período en que hace uso de su derecho de desconexión, sea vía correo electrónico o a través de otro medio similar.

Esto, porque lo contrario implicaría que el empleador está ejerciendo control sobre la forma y oportunidad en que se prestan los servicios y, por consiguiente, supondría una fiscalización superior inmediata, en los términos ya descritos. En palabras de la Dirección del Trabajo, «el trabajador dejaría de estar en la hipótesis que lo habilita para estar exento del límite de jornada laboral», y agrega que «el hecho de que el contrato de trabajo deba indicar el tiempo de desconexión del trabajador, no habilita al empleador para efectuar controles respecto a la oportunidad en que aquel volverá a estar disponible para responder sus requerimientos». Por

lo tanto, única y exclusivamente para efectos del adecuado ejercicio de este derecho sería necesario que el trabajador informase al empleador del inicio de su derecho a desconexión.

La doctrina ha destacado que existe un núcleo que está constituido por la dignidad, libertad de opinión e intimidad del trabajador que no puede verse afectado por la potestad de mando del empleador y en cuyo ejercicio no puede estar sujeto a subordinación respecto de este último (Martín, 1992: 52). En la actualidad, ya nadie pondría en duda el fortalecimiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral ni el límite que estos constituyen respecto de las potestades del empleador. Si a lo anterior se suma que el perfeccionamiento del poder de control del empleador se ve acrecentado por tecnologías invasivas de la privacidad, la dictación de la Ley 21.220 podría haber sido el escenario propicio para que el derecho a desconexión digital se acogiese en términos generales en nuestro ordenamiento jurídico laboral, y no solo a propósito del trabajo a distancia y del teletrabajo.¹²

En este sentido, cabe citar el proyecto de ley 11110-13 de la Cámara de Diputados, del 25 de enero de 2017, que proponía modificar el numeral quinto del artículo 10 del Código del Trabajo, el cual de aprobarse estas modificaciones habría quedado redactado de la siguiente manera:

El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: Núm. 5, duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiera el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno; Deberá quedar

12 A propósito de los trabajadores de plataformas digitales que presten servicios como independientes, la Ley 21.431, del 11 de marzo de 2022, incorporó al Código del Trabajo los artículos 152 quáter X y 152 quáter Z (vigentes desde el 1 de septiembre de 2022). El primero se refiere a las estipulaciones que debe contener el contrato de prestación de servicios de trabajadores de plataformas digitales independientes, entre las cuales, incluye en su letra f) el tiempo máximo de conexión continua y la obligación de desconexión que debe cumplir la empresa de plataforma digital de servicios (EPD). Por su parte, el artículo 152 quáter Z establece que la empresa de plataforma digital de servicios debe resguardar el cumplimiento de un tiempo de desconexión mínimo del trabajador independiente, de doce horas continuas dentro de un período de veinticuatro horas. Agrega que para hacer efectivo este derecho puede desconectarlo temporalmente. Sin embargo, no puede efectuar desconexiones temporales o adoptar otras medidas de sanción en base a hechos tales como el rechazo por parte del trabajador independiente del servicio ofrecido o su no conexión a la plataforma digital de servicios en un determinado espacio de tiempo.

también establecido el Derecho a la Desconexión. Eso es, el derecho a no ser requerido por el empleador para asuntos laborales, por medios digitales o electrónicos, fuera del horario establecido para la jornada de trabajo.

Además, este proyecto buscaba modificar el artículo 306 del Código del Trabajo, para incorporar como materias de negociación colectiva

aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo, incluidas las que se refieren al derecho de desconexión (Pessoa, 2019: 25).

El proyecto de ley recién citado no aclaraba qué pasaría en caso de que no se respetase este derecho, «como, por ejemplo, la fiscalización y multa que podría aplicar la Dirección del Trabajo, o mismo si se considerará el tiempo de conexión comprobado como jornada extraordinaria, sujeta al pago del valor hora con el recargo del 50 % prevista en el Código Específico (artículo 32, inciso tercero del Código del Trabajo)» (Pessoa, 2019: 25). Lo mismo ocurrió a propósito de la consagración legal del tiempo y del derecho a desconexión en la Ley 21.220: tampoco esta normativa contempla una sanción específica para el caso de su incumplimiento, y por lo demás, en el caso del trabajador a distancia y del teletrabajador sujetos a los incisos segundo y cuarto del artículo 22, el tiempo de conexión comprobado no podría computarse como horas extras o jornada extraordinaria, porque precisamente se trata de trabajadores que no tienen jornada de trabajo y, por consiguiente, a su respecto no procede el pago de sobresueldo o sobretiempo. Justamente esta es la paradoja que plantea su incorporación en el artículo 22 del Código del Trabajo.

Existe, además, una serie de interesantes discusiones planteadas por Pessoa, y que se pueden vincular con su actual consagración legal. Entre otras, si debe tratarse de conductas reiteradas, o si basta una conducta aislada, para entender que se ha vulnerado el derecho a la desconexión del trabajador.

Concordamos con este autor en que «una única conducta no sería suficiente para configurar una vulneración» (Pessoa, 2019: 27). Para justificar su postura agrega que «una requisición de trabajo por TIC es suficiente para reactivar la mente del trabajador en sus quehaceres labo-

rales, pero [...] no es suficiente para generar un daño extrapatrimonial» (Pessoa, 2019: 27), sin perjuicio de que «cualquier requisición fuera del horario de trabajo podría generar horas extraordinarias dependiendo del tiempo empleado para ejecutar la solicitud» (Pessoa, 2019: 27), con la salvedad que ya expusimos a propósito de los trabajadores a distancia y de los teletrabajadores sujetos a la exención de jornada de trabajo según lo establecido en el artículo 22 del Código del Trabajo.

En derecho comparado esta problemática se ha solucionado de manera distinta. En Brasil, por ejemplo, se establece que el teletrabajador no tendrá derecho al pago de horas extras, pago adicional por trabajo nocturno ni por régimen de sobreaviso por estar excluidos del control de jornada —igual que en Chile—, empero, esta regla solo resulta aplicable «en los casos de imposibilidad de obtener el tiempo de trabajo y los intervalos para descanso, ya que actualmente existen sistemas con *login* de red, entre otros» que sí lo permitirían (Álvarez, 2018: 7).

Entonces, sería perfectamente posible constatar que se vulneró el derecho a la desconexión digital, incluso respecto de trabajadores no sujetos a jornada laboral, porque a través de las mismas tecnologías de la información y de la comunicación que se utilizan para cumplir con la prestación de servicios convenida, es posible verificar el momento específico en que se realiza una determinada acción vinculada al trabajo. Ejemplos de estas herramientas son los «registros de *login*, acceso a nubes, fecha y hora de modificación de archivos (como Word, Excel, Powerpoint y otros editores), hora de envío de mensajes, sea por Whatsapp o correo electrónico, o por redes sociales (como LinkedIn, Facebook, Twitter, Instagram, etcétera)» (Pessoa, 2019: 28).

Por consiguiente, para entender que se ha vulnerado el derecho a la desconexión digital, debiera seguirse «la misma lógica temporal del *mobbing* o acoso laboral» (Pessoa, 2019: 28), esto es su carácter reiterativo, de acuerdo a la definición legal contenida en el artículo 2 del Código del Trabajo.

Agrega, que además de su carácter reiterativo, para que se configure la vulneración de este derecho, se requiere que las solicitudes de trabajo a través de las tecnologías de la información y comunicación sean formuladas por el empleador o los superiores jerárquicos del trabajador, o bien que los trabajadores estén obligados a estar atentos a las redes de comunicación con la empresa fuera de su horario de trabajo, por dispo-

nerlo así una cláusula contractual o el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (Pessoa, 2019: 29).

Por su parte, la Dirección del Trabajo, en el dictamen Ord. 1162/24 del 7 de julio de 2022, estimó que no resulta ajustado a derecho que los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad de teletrabajo y que se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo, remitan correos electrónicos u otras comunicaciones a su empleador durante el período de desconexión para dar cumplimiento a las obligaciones propias de su prestación de servicios, esto es, con el objeto de «mantener el trabajo al día». Fundamenta su decisión en el carácter irrenunciable del derecho al descanso de los trabajadores. En este escenario, sostuvo que el derecho a la desconexión «también garantiza que el trabajador no tenga que ocuparse de otros aspectos de la relación laboral, como mantenerse alerta a avisos, notificaciones o incluso remitir comunicaciones, pese a que estas no respondan a una solicitud inmediata del empleador».¹³

¹³ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1162/24 del 7 de julio de 2022. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-122408.html>.

Capítulo 7

Contenido del contrato de trabajo a distancia y de teletrabajo. Deberes del empleador

Deber de ocupación adecuada y efectiva. Ajenidad. Costos y gastos de cargo del empleador

Según lo dispuesto en artículo 152 quáter L, el empleador debe cumplir con la obligación de entregar al trabajador los elementos necesarios para que pueda desarrollar la prestación de servicios convenida en el contrato. El principio subyacente a esta normativa sería el de ajenidad y, por consiguiente, resulta aplicable lo sostenido por la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 8177/331 del 18 de diciembre de 1995. Según este organismo los

trabajadores realizan su trabajo «por cuenta de otro» o «por cuenta ajena» lo que de acuerdo al principio de ajenidad que caracteriza la relación jurídico laboral se traduce en que estos son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y adoptar todas las medidas de resguardo y de protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión.¹

Como señalan Lizama y Lizama (2020: 18), este principio se deduce del concepto legal de empleador contemplado en el artículo 3 del Código del Trabajo.² En el mismo sentido, agregan que es una expresión de la ajenidad de los medios de producción que son de propiedad del em-

¹ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 8177/331 del 18 de diciembre de 1995. Disponible en <https://bit.ly/3lV1nk4>.

² El artículo 3 letra a) del Código del Trabajo define empleador como «la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo».

pleador (Lizama y Lizama, 2020: 140), en consonancia con lo expuesto por la jurisprudencia administrativa recién citada.

Del mismo modo, en el considerando decimoquinto del Recurso de Unificación de Jurisprudencia rol 3.687-2013, se indica que

a la luz de la discusión introducida por la demandante, preciso es traer a colación otro de los elementos de la esencia de toda relación laboral e implícita en la misma, esto es, la ajenidad. Con ello se apunta a que el trabajo personal debe verificarse por cuenta de otro; constituye un atributo primordial del trabajo regulado, que los frutos, entendidos como la utilidad patrimonial del trabajo que origina la labor, pertenezcan a un sujeto diverso del trabajador, se expresa en el hecho que el riesgo de la empresa lo asume el empleador, es este quien incorpora al mercado los frutos del trabajo y percibe directamente su beneficio. Se trata entonces, según diversos autores, de una triple vertiente de la ajenidad: la ajenidad en los frutos, en el mercado y en los riesgos. Por otra parte, la subordinación y dependencia, como conceptos abstractos se encuentran presentes en relaciones civiles, mercantiles y laborales; sin embargo, la ajenidad aparece como elemento dilucidador de los conflictos que surgen sobre la materia, pero siempre unido a la idea de dependencia jurídica. Siguiendo a los autores, la ajenidad se centra en el destino del trabajo y la dependencia, en la ejecución misma de la actividad, que supone la capacidad del otro —patrón— de apropiarse de los frutos que la actividad del trabajador produce, bajo una potestad que reglamenta la ejecución de los servicios. Conforme a lo expuesto, la ajenidad y la dependencia constituyen elementos delimitadores de aquellas prestaciones de servicios efectuadas en el marco de la laboralidad y que permiten distinguir las de otras, sea para incluir ciertas actividades de índole laboral que se encubren a través de relaciones civiles o comerciales con la finalidad de abstraerse de la protección del Derecho del Trabajo o bien para excluir aquellas que escapan al ámbito del mismo.

¿Qué incluye? Todo aquello que requiera para el normal desempeño de la prestación de servicios convenida, ya que esta obligación forma parte del contenido personal del contrato de trabajo, específicamente del deber de ocupación adecuada y efectiva, que permite al trabajador exigir a su empleador que le proporcione los elementos necesarios para la prestación de los servicios y le impone una prohibición al empleador de dejarlo inactivo, salvo que exista caso fortuito o fuerza mayor u otra causa eximente de responsabilidad (Lizama, 2003: 67).

Desde una perspectiva legal, conforme al artículo 152 quáter L, incluye los equipos, herramientas y materiales necesarios para llevar a cabo la labor convenida, los elementos de protección personal, en caso de ser necesarios para el trabajo a distancia o teletrabajo, y los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos. Nada obsta a que las partes acuerden que otros gastos sean cubiertos por el empleador a título de asignación, de conformidad a las reglas generales y, en especial, al carácter unilateral del orden público laboral.

Agrega la norma que el trabajador nunca puede ser obligado a usar elementos de su propiedad para cumplir con la prestación de servicios convenida en el contrato. Si el trabajador a distancia o teletrabajador presta sus servicios con elementos de su propiedad, debe explicitarse en el contrato o anexo, en su caso, que «los utiliza consintiendo en ello y sin que el empleador se lo haya impuesto» (Lizama y Lizama, 2020: 142). En este caso, las partes deben acordar el pago por parte del empleador de asignaciones compensatorias o indemnizatorias en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo.

Las primeras para compensar o reembolsar los gastos efectuados por el trabajador en el cumplimiento de la prestación de servicios convenida, como la cuenta telefónica, la conexión a internet o el gasto de energía eléctrica y, las segundas, a fin de resarcir el perjuicio sufrido por el trabajador con ocasión de la prestación de servicios, como sería una asignación por el desgaste de las herramientas de propiedad del trabajador (Lizama y Lizama, 2020: 143).

Podría darse el caso de que se trataran de disimular pagos remuneratorios en las asignaciones que hemos explicado. Por ello, la Dirección del Trabajo ha señalado que estas asignaciones que no constituyen remuneración, del artículo 41, deben ser de monto razonable y prudente, y concordantes con los gastos efectivos en que se incurra. La razonabilidad de estas asignaciones para la Dirección del Trabajo implica que deben interpretarse restrictivamente y que:

- No deben ser excesivas en relación con los costos del mercado y al ingreso que percibe el trabajador.
- No pueden ser desproporcionadas en consideración a la jerarquía que ocupa el trabajador dentro de la empresa.
- No deben perseguir un objeto distinto a la finalidad con que se establecieron en la ley (Gamonal y Guidi, 2015: 234).

Además, para el caso de las asignaciones por desgaste de herramientas, deben guardar relación con el costo real o aproximado de reemplazo o reparación de la herramienta, según se consigna en el Dictamen Ord. 1.367/80 del 30 de marzo de 1998, de la Dirección del Trabajo (Lizama y Lizama, 2020: 144).

La Dirección del Trabajo en la Circular 63 del 29 de julio de 2020, que informa aspectos relevantes de la Ley 21.220 y su reglamento y establece consideraciones importantes en materia de fiscalización, define qué debe entenderse por «equipos», «materiales», «herramientas» y «elementos de protección personal». Así, entiende por *equipos*, el «conjunto de elementos, máquinas o utensilios necesarios para poder desarrollar las tareas en su puesto de trabajo». A propósito del teletrabajo, agrega que «es el conjunto de aparatos constituidos por una computadora, impresora, cables, *pendrive*, grabadoras, así como también su escritorio, silla ergonómica, entre otras».

Señala que la expresión *materiales* incluye «los elementos o insumos necesarios para elaborar los productos contratados», y menciona los siguientes ejemplos: energía necesaria para su producción y almacenamiento, sistema comunicacional que vincula al trabajador con la empresa, artículos de escritorio, y para el caso del teletrabajo, la electricidad y el acceso a internet y a las comunicaciones.

Las *herramientas* se refieren al «conjunto de instrumentos para desarrollar el trabajo contratado como, por ejemplo, herramientas eléctricas para corte, herramientas de golpe como martillos, herramientas para motricidad fina, como agujas o palillos, entre otros».

Mientras que el término *elementos de protección personal* comprende «todo equipo, aparato o dispositivo fabricado para proteger el cuerpo humano, en todo o en parte, de riesgos específicos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, como guantes de seguridad, lentes o antiparras, protección respiratoria, entre otros».

Por otro lado, el artículo 10 del Decreto 18 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo, contempla la obligación del empleador de proporcionar a sus trabajadores, los equipos y elementos de protección personal adecuados al riesgo que se intenta mitigar o controlar. Aclara, además, que nunca puede cobrarles su valor y que estos equipos y elementos de protección personal solo deben utilizarse en aquellos casos en que existan riesgos residuales que no hayan podido evitarse o limi-

tarse suficientemente a través de otras medidas de control adoptadas por el empleador.

Lo anterior se explica porque el artículo 7 del citado reglamento establece que las medidas preventivas y correctivas que corresponda aplicar deben ser implementadas en el siguiente orden de prelación: en primer lugar, deben eliminarse los riesgos, y en segundo término, si esto no es posible, los riesgos deben controlarse en su fuente, y a continuación, en caso de que lo antedicho no sea viable, se debe reducir al mínimo los riesgos a través de la elaboración de medidas que instauren métodos seguros de trabajo. Si todavía existen riesgos residuales, recién ahí el empleador debe proveer al trabajador de los referidos equipos y elementos de protección personal adecuados. Por su parte, el trabajador a distancia o el teletrabajador tiene la obligación de cuidar los equipos, herramientas y materiales que le entrega el empleador para cumplir con la prestación de servicios convenida (Lizama y Lizama, 2020: 141).

El empleador también debe asumir los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos. Según la jurisprudencia administrativa, en su Dictamen Ord. 258/003 del 22 de enero de 2021, son *costos de operación* «aquellos que permiten la realización de las labores, desde el momento que tales servicios se inician y siempre que se encuentren directamente relacionados con los mismos», y agrega a modo de ejemplo, el consumo de electricidad y la conexión a internet, entre otros. Precisa la doctrina que «si el teletrabajador utiliza su propia línea telefónica, conexión a internet y energía eléctrica, el empleador deberá pagar estos costos en forma proporcional al uso dado para fines laborales» (Lizama y Lizama, 2020: 142).

En el mismo dictamen se definen los *costos de funcionamiento* como «aquellos que permiten a los equipos ejecutar las tareas necesarias para el cumplimiento efectivo de las labores por las cuales el trabajador fue contratado, como sería la habilitación de softwares, aplicativos, licencias para la ejecución de determinados programas, entre otros».

También el empleador deberá hacerse cargo de los *costos de mantenimiento*, entre los que se incluyen los «gastos de conservación y protección de los equipos del teletrabajador: contratación y pago de seguros que cubran el robo o pérdida de los computadores, teléfonos móviles y tabletas» (Lizama y Lizama, 2020: 142); y la *reparación* de los equipos, herramientas, elementos de protección personal u otros materiales necesarios para el cumplimiento de la prestación de servicios convenida,

siempre que sufran algún desperfecto a consecuencia del cumplimiento de sus labores.

Hechas estas precisiones, y ahora en cuanto a los efectos del incumplimiento por parte del empleador de esta obligación, es necesario precisar lo que sigue: así como el trabajador contrae la obligación de prestar los servicios para los cuales fue contratado, le asiste el derecho correlativo de prestarlos efectivamente. Desde el punto de vista del empleador, la Dirección del Trabajo ha dicho que «sus principales obligaciones consisten en proporcionar al dependiente el trabajo convenido y en pagar por estos servicios la remuneración que hubiere convenido» (Ugarte, 1996: 21). Ciertamente, lo anterior se funda en el carácter bilateral del contrato de trabajo celebrado. De este modo, el trabajador ha celebrado un negocio jurídico para laborar y la obligación que contrae es bilateral en relación con el deber del empleador de proporcionarle una ocupación real y adecuada (Thayer y Novoa, 2008: 200).

El trabajador frente al incumplimiento contractual de su contraparte podría, en vistas a este derecho, alegar un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato por parte de su empleador, accionando por despido indirecto al tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo. Incluso, el empleador podría incurrir en conductas de acoso laboral o *mobbing* si incumple el deber de proporcionar las herramientas necesarias para cumplir con la prestación de servicios convenida en el contrato de trabajo a distancia o teletrabajo y, no obstante, de manera reiterada, le exige al trabajador resultados que no puede cumplir por no contar con las herramientas para hacerlo (Jünemann y Wiegand, 2021: 85).

Ante lo casuístico de estas materias, desde la entrada en vigor de esta disposición legal, diversos dictámenes se han pronunciado sobre las implicancias concretas de esta obligación legal del empleador. Así, en el Dictamen Ord. 1389/007 del 8 de abril de 2020 se indicó que, en cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 152 quáter L, las partes pueden acordar una asignación por el uso de internet, de energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones que deba prestar el trabajador. Por lo demás, señaló que los costos de operación y funcionamiento son un aspecto casuístico que dependerá de la «realidad de cada relación laboral».

Agrega que cuando se combinen los lugares en los que se presten los servicios, esto es, si se reparte el tiempo de trabajo entre las dependen-

cias de la empresa y otros u otros lugares fuera de ella, el costo de traslado podría ser considerado como un costo necesario de operación y los traslados se darían intrajornada para efectos del cómputo del tiempo de trabajo.

El Dictamen Ord. 950 del 15 de marzo de 2021 reitera que las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deben ser proporcionados por el empleador al trabajador, sin perjuicio que según la jurisprudencia administrativa las partes pueden acordar que el trabajador voluntariamente decida utilizar elementos de su propiedad, de conformidad a lo expuesto por la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 258/003 del 22 de enero de 2021, esto es, siempre que el empleador pague una asignación por su uso para efectos laborales, y que esta asignación sea por un monto razonable y suficiente para cubrir los costos en que el trabajador a distancia o teletrabajador ha debido incurrir efectivamente.

Precisa que a partir del 1 de julio del 2020 entró en vigor la totalidad del articulado de la Ley 21.220 incluido el nuevo artículo 157 quáter L del Código del Trabajo, zanjando las dudas interpretativas que se habían generado en relación con los trabajadores que habían comenzado a prestar servicios a distancia o a través del teletrabajo antes de la entrada en vigencia de la ley en análisis a raíz de la crisis sanitaria. En otras palabras, aclara que esta obligación es exigible desde el momento en que se pactó la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Por su parte, el Dictamen Ord. 2250 del 20 de septiembre de 2021, hace presente que las asignaciones derivadas de la aplicación de la Ley 21.220, en la medida que respondan al concepto de «devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo», no tienen el carácter de remuneración y por tanto no están afectas a cotizaciones previsionales. Lo anterior en perfecta consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41. Sobre su tributación señala que corresponde pronunciarse al Servicio de Impuestos Internos. A propósito del tratamiento tributario de los gastos producidos en esta modalidad, el Servicio de Impuestos Internos publicó la Circular 53 de 2020 (Ord. 2139 del 29 de septiembre de 2020), relativa al pago de bonos a trabajadores para compensar gastos ocasionados por el teletrabajo.

En esta circular señala que las remuneraciones percibidas por los trabajadores dependientes constituyen renta conforme lo dispuesto en el artículo 42 número 1 de la Ley de Impuesto a la Renta y, por lo tanto,

estarán gravadas con el Impuesto Único de Segunda Categoría en los términos del artículo 43 número 1 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, en este caso se trata de una asignación compensatoria, que constituye una especie de reembolso de los gastos incurridos por el trabajador con ocasión del teletrabajo, atendiendo a las circunstancias y montos involucrados y, por consiguiente, dicho bono no constituye remuneración ni forma parte de la base imponible del Impuesto Único de Segunda Categoría.

Por lo tanto, conforme lo señalado anteriormente, el pago de una asignación compensatoria de gastos incurridos con motivo del trabajo a distancia o teletrabajo no constituye renta para el trabajador y, en consecuencia, no es tributable. Por lo demás, de acuerdo a los dictámenes 258/003 del 22 de enero de 2021 y 1194 del 5 de abril de 2021, el monto destinado a cubrir los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos necesarios para el trabajo a distancia o teletrabajo debe cumplir los criterios de suficiencia (costo total) y razonabilidad (proporcionales), siendo su determinación un aspecto casuístico que debe considerar las particularidades de la prestación de servicios en el caso concreto, no pudiendo fijar *ex ante* esta Dirección un valor destinado a cumplir con esta obligación establecida en el artículo 152 quáter L del Código del Trabajo.

En lo que respecta al otorgamiento de dichos beneficios, su terminación o modificación, para perder su naturaleza compensatoria se requerirá siempre de la manifestación escrita donde conste la voluntad de las partes que los convinieron, independiente de si dicho beneficio se entregaba en dinero, tarjetas, tickets canjeables o de cualquier otra forma. Lo anterior también de conformidad al ya citado Dictamen Ord. 258/003 del 22 de enero de 2021. Por consiguiente, no sería procedente el cese unilateral de las asignaciones de movilización y colación por haber perdido su naturaleza compensatoria, debiendo respetarse para efectos de su pago las condiciones establecidas por las partes, quienes son las habilitadas para modificarlas o suprimirlas al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 5 del Código del Trabajo, según dispone este documento y el Dictamen Ord. 1195 del 5 de abril de 2021.

En relación con el deber de ocupación adecuada y efectiva a que está obligado el empleador en el caso del personal docente que presta sus servicios bajo la modalidad de teletrabajo, la jurisprudencia ha entendido que no procede la entrega de computador e internet por tratarse de

una «modalidad excepcional de trabajo». A su juicio tampoco procede compensar al docente por la conexión a internet o el teléfono con plan adicional.³ En la misma sentencia se entiende que no se cumplen los requisitos para el pago de las asignaciones de colación y movilización, sin perjuicio de que sí sería procedente el pago de un «bono de estímulo de asistencia» por aplicación del principio de primacía de la realidad, ya que

el pactado estímulo de asistencia, por su naturaleza, es de aquellos que forma parte de la remuneración, dado su carácter regular y permanente, y que, si bien en condiciones de normalidad se encuentra asociado a una presencialidad en el recinto educacional para ser devengado, no es menos cierto que su establecimiento por la vía contractual apunta a la prestación efectiva de los servicios, que los docentes se han visto obligados a cumplir con la presencialidad del modo que les fue impuesto en la emergencia sanitaria, lo cual no se dio por la concurrencia al establecimiento, pero sí en la forma que se les exigía virtualmente.

Una de las deficiencias en la implementación de la Ley 21.220 en nuestro país se ha vinculado con el incumplimiento de esta obligación por parte de los empleadores. Según se ha constatado por el *Informe estudio teletrabajo* de la Mutual de Seguridad, la Cámara Chilena de la Construcción (CChC) y Cadem, efectuado en 2020, «hay cierta falta de elementos adecuados para el teletrabajo». En este sentido, el 42 % de los trabajadores que prestan servicios bajo esta modalidad de trabajo dice que lo que más extraña del trabajo presencial es «la implementación del lugar de trabajo: impresora, internet» (Jünemann y Wiegand, 2021: 70).

³ Corte de Apelaciones de Santiago, RIT 582-2021 del 13 de septiembre de 2021, considerando décimo.

Deber de protección y de seguridad. Análisis del artículo 184 del Código del Trabajo en el contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo

Principales deberes en la materia. Deberes de información, capacitación, implementación de medidas y de entrega de elementos de protección personal

Una de las principales obligaciones del empleador consiste en proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo. Hay que tener presente que en materia de trabajo a distancia y teletrabajo la prestación de servicios ocurre en un ámbito extraño y ajeno al empleador, en vistas al elemento locativo característico de esta modalidad contractual, lo que obsta a que el empleador pueda ejercer sus potestades de dirección de manera presencial (García, citado por Lizama y Lizama, 2020: 152). Entonces, ¿cómo cumple el empleador su deber de protección y de seguridad en los términos dispuestos en el artículo 184 del Código del Trabajo? A través de las siguientes obligaciones contempladas en los artículos 152 quáter M y 152 quáter N del Código del Trabajo, a saber:

- 1) El empleador debe comunicar al trabajador las condiciones específicas de seguridad y salud que el puesto de trabajo debe cumplir según un reglamento que para estos efectos debía dictar el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Además, debe velar por el cumplimiento de tales condiciones en cumplimiento de su deber de protección del artículo 184 del Código del Trabajo.

El Decreto 18 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo, que establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a que deben sujetarse los trabajadores que prestan servicios en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo con los principios y condiciones de la Ley 16.744. Este reglamento fue publicado en el *Diario Oficial* el 3 de julio de 2020, sin embargo, sus disposiciones comenzaron a regir a partir del 2 de octubre de 2020, ya que según su artículo transitorio entraría en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación.

En lo no regulado por el presente reglamento, tiene aplicación supletoria el Decreto Supremo 594 de 1999, que aprueba el Reglamento sobre

Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, y los Protocolos de Vigilancia de la Exposición de Factores de Riesgos para la Salud de los Trabajadores, ambos dictados por el Ministerio de Salud, siempre que sean aplicables a los riesgos a que se exponen los trabajadores sujetos a estas modalidades de trabajo.

De acuerdo con el artículo 3 del citado Decreto 18 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el empleador debe tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores que presten servicios en la modalidad de trabajo a distancia o de teletrabajo. Para estos efectos debe gestionar los riesgos laborales presentes en el domicilio del trabajador o en el lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, que se hayan acordado para prestar los servicios a distancia o de teletrabajo.

El artículo 12 del mismo reglamento establece la obligación de respaldar documentalmente toda la información sobre gestión de riesgos laborales, además de mantenerla, ya sea en formato papel o electrónico, a disposición de la Inspección del Trabajo. La obligación del empleador de gestionar los riesgos laborales a que pueden verse expuestos los trabajadores a distancia y teletrabajadores difiere dependiendo de si los servicios convenidos se prestan desde el domicilio del trabajador u otro lugar determinado previamente por las partes, o si se pactó que el trabajador puede elegir libremente el lugar donde prestará sus servicios y esto es posible por la naturaleza de las funciones convenidas.

Así, conforme al artículo 4 del citado reglamento, si las partes estipularon que los servicios se prestarán desde el domicilio del trabajador u otro lugar previamente determinado, y así se ha consignado en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo, el empleador está obligado a comunicar adecuada y oportunamente al trabajador las condiciones de seguridad y salud que debe cumplir el puesto de trabajo. Cumplirá con esta obligación confeccionando una matriz de identificación de peligros y evaluación de los riesgos laborales asociados a los puestos de trabajo (también denominada «matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos»).

Según dispone el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, para confeccionar la referida matriz el empleador debe identificar y evaluar las condiciones ambientales y ergonómicas del puesto de trabajo según las características del puesto de trabajo y del lugar o lugares en que se de-

sarrollará, y la naturaleza de la prestación de servicios, los equipos, las herramientas y los materiales requeridos para su desempeño.

También debe evaluar eventuales factores de riesgos psicosociales derivados de la prestación de servicios a distancia o a través del teletrabajo, entre otros, los contemplados en la referida disposición reglamentaria, a saber: el aislamiento social, el trabajo repetitivo, la falta de relaciones interpersonales con sus pares, la indeterminación de los objetivos, la inobservancia del derecho a desconexión.

El artículo 5 del reglamento agrega que es posible sancionar el incumplimiento, la falta de oportunidad o veracidad de la información proporcionada, a través de lo dispuesto en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa. Para estos efectos, el organismo administrador de la Ley 16.744 entregará a los empleadores un instrumento de autoevaluación de riesgos, y estos, a su vez, lo pondrán a disposición de sus trabajadores una vez iniciada la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, para que en un plazo no menor a cinco días ni superior a diez, cumplan con las obligaciones de aplicar y reportar el referido instrumento.

Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción del instrumento de autoevaluación y con base al mismo, el empleador confeccionará la matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos, la cual debe ser informada al organismo administrador correspondiente dentro de los tres días siguientes a su confección.⁴ Esta matriz deberá ser revisada, a lo menos, una vez al año. En caso de ser necesario, para estos efectos se puede requerir la asesoría técnica del organismo administrador de la Ley 16.744. En esta matriz constarán los peligros asociados a la función a desempeñar junto a la evaluación de cada uno de estos riesgos.⁵

4 Según la Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 3572 del 15 de enero de 2021, este instrumento cuenta con dos partes: una, obligatoria, que consta de dieciocho preguntas destinadas a identificar los peligros inherentes al puesto de trabajo en específico y que necesariamente deben ser considerados en la confección de la matriz de riesgo y en el programa preventivo, y una segunda parte, voluntaria, que se llama «autoevaluación adicional», que a través de catorce preguntas permite identificar aquellos peligros que no son intrínsecos a la actividad a desarrollar, pero que igual deben ser conocidos por el trabajador. No es imprescindible que estos últimos sean considerados en la confección de la matriz de riesgo y en el programa preventivo, a diferencia de los primeros. Disponible en <https://bit.ly/3lV41pW>.

5 Dirección del Trabajo, Circular 63 del 29 de julio de 2020, que informa aspectos relevantes de la Ley 21.220 y su Reglamento y establece consideraciones importantes

Dentro de los quince días siguientes contados desde la confección de la matriz, el empleador debe desarrollar un programa de trabajo. Este programa debe contener: las medidas preventivas y correctivas a implementar —incluidas las de ejecución inmediata a instaurar por el empleador—, su plazo de ejecución, y las obligaciones que le asisten al trabajador en su implementación.

En cambio, si los servicios, por su naturaleza, pueden prestarse en distintos lugares, y se ha convenido que el trabajador puede elegir libremente donde ejercer sus funciones, no será necesario contar con la referida matriz. No obstante, el empleador igual debe cumplir con su deber de cuidado de la salud y seguridad de los trabajadores, comunicando al trabajador: i) los riesgos inherentes a sus tareas, ii) las medidas de prevención, y iii) los requisitos mínimos de seguridad que debe considerar en la elección de los lugares de trabajo.

En este caso, de acuerdo a la Superintendencia de Seguridad Social en su Circular 3572 del 15 de enero de 2021, que modifica y complementa las instrucciones de los libros I y III del Compendio de Normas del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley 16.744 sobre los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador no está obligado a aplicar el instrumento de autoevaluación de riesgos de trabajo a distancia o teletrabajo. Además, esta circular reitera que tampoco estará obligado a confeccionar la matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos.

En relación con el deber de proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, la jurisprudencia rechazó un recurso de protección deducido por un trabajador en contra de ENAP por la decisión unilateral adoptada por la empresa de incluirlo en un grupo de riesgo de contagio de covid-19 por su edad (65 años) y destinarlo a prestar servicios a través de teletrabajo, lo que a su juicio lo perjudicaba ya que no podía acceder a un bono especial que se le pagaba cada vez que ejecutaba trabajo en terreno. El recurrente estimaba vulnerados los derechos fundamentales consagrados en los números 16 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas descarta la ilegalidad de este acto en consideración a los artículos 5 y 184 del Código del Trabajo

en materia de fiscalización.

y sostiene que no se configura la arbitrariedad denunciada porque esta decisión fue «adoptada en virtud de las facultades legales, en protección de los derechos garantizados constitucionalmente y comunicada oportunamente al trabajador»,⁶ y de conformidad a un instructivo extraordinario y transitorio dictado por la misma empresa, aplicable a nivel nacional, en consonancia con los Protocolos de Manejos de Contacto de covid-19, Fase 4, contenido en el Ord. 939 del 24 de marzo de 2020, que individualiza a las personas que tienen mayor riesgo de enfrentar un cuadro grave por esta enfermedad, que incluye a los adultos mayores, personas inmunodeprimidas o con enfermedades crónicas como hipertensos, diabéticos o afectos a problemas cardíacos.

2) El empleador debe cumplir con la obligación de informar por escrito al trabajador de los riesgos que entraña su prestación de servicios, las medidas preventivas y los medios de trabajos correctos según cada caso en particular y de acuerdo con la normativa vigente, ya sea que se trate de trabajadores que prestan servicios en su domicilio, en otro lugar determinado previamente o, que el trabajador pueda elegir libremente el lugar donde ejercerá sus funciones.

El artículo 8 del reglamento establece que, por lo menos, el empleador debe entregar la siguiente información a sus trabajadores, a saber:

- Las características mínimas que debe reunir el lugar donde se prestarán los servicios, entre ellas: i) El espacio de trabajo, que comprende los pisos, los lugares de tránsito, las vías de evacuación y procedimientos de emergencia, y la superficie mínima del lugar de trabajo. ii) Las condiciones ambientales del puesto de trabajo, referidas a la iluminación, ventilación, ruido y temperatura. iii) Las condiciones de aseo y orden que se exigen para el puesto de trabajo. iv) El mobiliario requerido para el desempeño de la prestación de servicios como, por ejemplo, la mesa, el escritorio, la silla, etcétera. v) Las herramientas de trabajo que se utilizarán. vi) El tipo, estado y uso de instalaciones eléctricas.
- Organización del tiempo de trabajo, vale decir, las pausas y descansos dentro de la jornada de trabajo y los tiempos de desconexión, conforme a la normativa vigente.

⁶ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 1844-20 del 28 de enero de 2021, considerando octavo.

Si la prestación de servicios consiste en realizar labores de digitación, se deben especificar los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso que se deben cumplir. Así, el artículo 152 quáter C reconoce a los trabajadores de centros de contacto o de llamadas sujetos a conexión continua los siguientes derechos: i) A una interrupción de diez segundos entre cada atención, y ii) a un descanso diario por un total de treinta minutos, según la planificación pactada con el empleador, siempre que no se acuerden fracciones inferiores a diez minutos ni se extienda por el total de su duración.

- Las características y formas de almacenamiento de los productos que se manipularán, y el uso de los equipos de protección personal.
- Riesgos ergonómicos, químicos, físicos, biológicos, psicosociales, entre otros, a los que eventualmente se podrían ver expuestos junto a las correspondientes medidas preventivas.
- Prestaciones y procedimientos de acceso a estas contemplados en la Ley 16.744.

Por su parte, el artículo 10 del reglamento, además de especificar los casos en que el empleador debe entregarle a los trabajadores elementos de protección personal —según tuvimos oportunidad de analizar—, establece que las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que deban confeccionar un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de conformidad a las reglas generales y que cuenten con trabajadores que hubieren convenido la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, están obligadas a incorporar entre sus disposiciones «la prohibición de ejecutar estas labores bajo los efectos del alcohol y del consumo de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilícitas».

3) Previo al inicio de la prestación de servicios bajo las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, debe realizar una capacitación acerca de las principales medidas de salud y seguridad que el trabajador debe considerar en el desempeño de los servicios convenidos en el contrato, de manera directa o a través del organismo administrador del seguro de la Ley 16.744.

Como en esta etapa aún no es posible identificar y evaluar los riesgos del puesto de trabajo en particular, de acuerdo a la Circular 3572 de la Superintendencia de Seguridad Social, del 15 de enero de 2021, estas capacitaciones versarán sobre las principales medidas de salud y seguridad que los trabajadores a distancia y teletrabajadores deben tener en

cuenta, según los riesgos inherentes a su prestación de servicios y sobre la correcta aplicación del instrumento de autoevaluación de riesgos de trabajo a distancia o teletrabajo.

Además, según dispone el artículo 9, el empleador debe capacitar periódicamente⁷ a sus trabajadores acerca de las principales medidas de seguridad y salud que deben tener presentes para desempeñar sus labores, a través de un curso presencial o a distancia que reúna las siguientes características: debe durar a lo menos ocho horas pedagógicas, puede ser realizado directamente por el empleador o a través del organismo administrador del seguro de la Ley 16.744, se deben utilizar metodologías que permitan un adecuado aprendizaje, y debe ser evaluado. Por disposición del reglamento, esta capacitación deberá abordar los siguientes temas:

- Factores de riesgo presentes en el lugar en que se prestarán los servicios.
- Efectos a la salud por la exposición a factores de riesgo e información sobre enfermedades profesionales relacionadas con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo que se está ejecutando por parte del trabajador.
- Medidas preventivas destinadas a controlar los riesgos identificados y evaluados, si el trabajador presta sus servicios en un lugar previamente determinado; o los riesgos inherentes a sus funciones, para el caso que la prestación de servicios se ejecute en un lugar libremente elegido por este, como el uso correcto y mantenimiento de los dispositivos, de los equipos de trabajos y elementos de protección personal.

La Circular 3572 de la Superintendencia de Seguridad Social, ya referida, agrega que también deben incluir la normativa sobre trabajo a distancia y teletrabajo, la cobertura de prestaciones del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales contemplada en la Ley 16.744, los procedimientos, recursos e instancias de reclamación rela-

⁷ Según esta misma disposición, la periodicidad estará definida en el programa preventivo, con el límite de que no podrá exceder de dos años. Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 11 inciso primero del Decreto Supremo 18, anualmente debe evaluar el cumplimiento del programa preventivo, especialmente la eficacia de las acciones programadas, disponiendo las medidas de mejora continua que sean necesarias.

tivas a las citadas prestaciones, y los otros temas que los organismos administradores de esta ley estimen pertinentes.

4) El empleador debe disponer medidas de control y vigilancia de las medidas de seguridad y salud adoptadas, con la periodicidad y en los casos determinados en el programa preventivo, de conformidad al artículo 11 del Decreto Supremo 18.

Es posible ejecutar estas medidas de forma presencial, a través de inspecciones del empleador al domicilio del trabajador o a los otros lugares fijos de trabajo estipulados, o de manera no presencial, a través de medios electrónicos idóneos, siempre que, en ninguno de estos casos, se vulneren los derechos fundamentales del trabajador. Las inspecciones presenciales o no presenciales al domicilio del trabajador o del tercero donde se presten los servicios, siempre requerirán la autorización previa de uno u otro, según corresponda.

Agrega esta disposición reglamentaria que la negativa infundada para otorgar esta autorización o la falta de facilidades para realizar una visita que ya ha sido autorizada, sea al empleador o al organismo administrador competente, podrán ser sancionadas de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad. Por su parte, el empleador puede solicitar al organismo administrador de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que, previa autorización del trabajador, acceda a su domicilio e informe acerca de si el puesto de trabajo cumple con todas las condiciones de seguridad y salud establecidas en el reglamento y demás normativa vigente sobre la materia.

De conformidad al mismo artículo 11 del reglamento, el organismo administrador debe evaluar la pertinencia de asistir al domicilio del trabajador, tomando en especial consideración la matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos. Ahora bien, si al efectuar la visita constata que las condiciones en las cuales se pretende ejecutar o se ejecuta el trabajo bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, ponen en riesgo la seguridad y salud de los trabajadores, prescribirá al empleador la implementación de las medidas preventivas o correctivas necesarias para subsanar las deficiencias detectadas, las que también deberán ser acatadas por el trabajador, en los términos prescritos.

Según el Dictamen Ord. 1389/007 de la Dirección del Trabajo del 8 de abril de 2020, y el Compendio de Normas del Seguro de la Ley 16.744 de la Superintendencia de Seguridad Social del 24 de enero de 2021, si la

prestación de servicios se realiza en el domicilio del trabajador o de un tercero, para poder calificar la naturaleza común o laboral de un accidente o enfermedad, el organismo administrador solo podrá ingresar a estos lugares previa autorización otorgada por escrito por el propietario del inmueble. Para estos efectos, el organismo administrador deberá extender una solicitud de ingreso que deberá ser firmada por el propietario en la que se indique de manera expresa la o las gestiones que requiere efectuar en dicho domicilio. Si no se autoriza el ingreso, el organismo administrador puede calificar el origen común o laboral del accidente o enfermedad según los antecedentes de que disponga (Jünemann y Wiegand, 2021: 99).

5) La Dirección del Trabajo, en cualquier momento puede fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral en el puesto de trabajo, previa autorización del trabajador (a fin de respetar el derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar, consagrado en el artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República). Según la Circular 63 de la Dirección del Trabajo, del 29 de julio de 2020, esta autorización debe constar por escrito.

De conformidad al artículo 13 del reglamento, corresponde a la Dirección del Trabajo la inspección, fiscalización y sanciones a las infracciones de este, sin perjuicio de las facultades conferidas a la Superintendencia de Seguridad Social y a otros servicios públicos de acuerdo con la legislación aplicable.

Por último, cabe precisar que un inspector del trabajo puede ingresar al lugar donde el trabajador a distancia o teletrabajador presta sus servicios en virtud de una resolución judicial, aun cuando ni la ley ni el reglamento contemplen esta posibilidad (Lizama y Lizama, 2020: 161).

Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Cobertura del seguro de la Ley 16.744 de 1968. Facultades del organismo administrador de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales

Según lo previsto en el inciso primero del artículo 5 de la Ley 16.744, se entiende por accidente del trabajo toda lesión que sufra una persona a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Se considera que un accidente tiene lugar a causa del trabajo si «tiene un origen inmediato y directo en el trabajo ejecutado y en el lugar y horas de trabajo», y ocurre con ocasión del trabajo, si «existe una relación indirecta con el trabajo ejecutado» (Arellano, 2015: 282).

Según el artículo 5 inciso segundo de la Ley 16.744 también se consideran accidentes del trabajo los de trayecto, definidos como aquellos que ocurren en el recorrido directo, ya sea de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, como también, los siniestros que tengan lugar en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aun cuando correspondan a distintos empleadores, caso en el cual se considerará que el accidente está relacionado con el trabajo al que se dirigía el trabajador. Se trata del «trayecto más directo entre ambos lugares, sin desvíos innecesarios, y que se pruebe este accidente con una constancia a carabineros o un certificado de atención de urgencia» (Arellano, 2015: 284).

Luego, esta norma incluye los accidentes sufridos por dirigentes sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales, y excluye, los que se deban a una fuerza mayor extraña sin relación alguna con el trabajo y los producidos por la víctima de manera intencional. Desde una perspectiva doctrinaria y siguiendo a Arellano (2015: 283), del referido concepto legal se desprenden los siguientes elementos:

- El accidente debe ser consecuencia de un agente o fuerza lesiva.
- Debe existir una relación de causalidad u ocasionalidad entre el agente lesivo y el trabajo. Es necesario precisar que la noción de ocasionalidad «ayuda a ampliar el concepto y no restringirlo solamente a que el trabajo sea la causa inmediata de la fuerza lesiva, sino que bastaría con que sea mediata» (Arellano, 2015: 283).
- La lesión debe dar origen a un resultado, ya sea la incapacidad o muerte del trabajador víctima del accidente.

Según el artículo 7 de la referida ley, se entiende por enfermedad profesional aquella «causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que produzca, en la víctima, incapacidad o muerte». Entre sus elementos destacan:

- La presencia de un elemento enfermante. Actualmente el artículo 18 del Decreto Supremo 109, Reglamento para la Calificación y Evaluación de los Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales contempla un listado de agentes específicos que entrañan el riesgo de producir enfermedades de origen profesional.⁸

⁸ En esta disposición se enumeran agentes químicos, físicos, biológicos y polvos que entrañan el riesgo de producir enfermedades profesionales. Por su parte, el citado reglamento en su artículo 19 señala las enfermedades que se entenderán como

- Debe existir una relación de causalidad directa entre el trabajo y el elemento enfermante, y entre este último y el resultado.
- Debe producirse un resultado que traiga como consecuencia la incapacidad o muerte del trabajador víctima de la enfermedad (Arellano, 2015: 285).

Teniendo presente el concepto y elementos de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, ¿cómo se concilia la normativa sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con el trabajo a distancia y el teletrabajo? Previo a la dictación de la Ley 21.220 de 2020, la Superintendencia de Seguridad Social, a través de la Circular 3370 del 10 de agosto de 2018, ya había sostenido que el trabajador que desempeñaba sus labores en modalidad a distancia o teletrabajo quedaba cubierto por el seguro de la Ley 16.744, tanto por los accidentes producidos a causa o con ocasión del trabajo, como por las enfermedades que fueran causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o trabajo respectivo.

Por consiguiente, siguiendo la lógica planteada, no quedarían cubiertos por esta ley los accidentes domésticos por tratarse de siniestros de origen común, como labores de aseo, preparación de alimentos, lavado, planchado, reparaciones, actividades recreativas u otras similares, según los ejemplos citados en el Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Laborales del 24 de enero de 2021.

Esta circular de 2018 de la Superintendencia de Seguridad Social, también reconocía la posibilidad de que el trabajador a distancia o teletrabajador sufriera accidentes de trayecto, y para estos efectos era preciso distinguir si el lugar de trabajo era el domicilio del trabajador u otro lugar distinto definido por las partes para cumplir con la prestación de servicios bajo este régimen no presencial. Así, si el lugar de trabajo era el domicilio del trabajador, se entendía que eran accidentes de trayecto:

profesionales. Sin embargo, si una enfermedad no está contemplada en el reglamento, el trabajador igual puede probar que su enfermedad es de origen profesional ante el organismo administrador del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. La resolución dictada por este organismo será consultada ante la Superintendencia de Seguridad Social, la que debe decidir en el plazo máximo de tres meses, previo informe del Servicio de Salud correspondiente.

- Los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar, distinto de su habitación, en el que realice el teletrabajo.
- Los sufridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación del trabajador y las dependencias de su entidad empleadora.

Si el lugar de trabajo era otro distinto al domicilio del trabajador, se consideraban accidentes de trayecto los que sufría entre el lugar definido para el trabajo a distancia o teletrabajo y las dependencias de la entidad empleadora o viceversa.

Además, la referida circular exigía que el empleador presentara un Formulario de Notificación de Contrato a Distancia al Organismo Administrador en el que se informaba de la celebración de un contrato de trabajo bajo la modalidad a distancia. Este formulario debía presentarse de manera individual para cada trabajador o mediante una planilla única consolidada. Por su parte, el empleador podía cumplir esta obligación en papel o a través de medios electrónicos (Lizama y Lizama, 2020: 162).

Esta obligación fue reemplazada por lo dispuesto en el artículo 152 quáter O, vale decir, por la obligación de registrar de manera electrónica el contrato de trabajo, o el anexo de contrato en su caso, en la Dirección del Trabajo, organismo que, por su parte, debe remitir copia del referido registro a la Superintendencia de Seguridad Social y al organismo administrador de la Ley 16.744 de 1968, al que se encuentre afiliado el empleador. También el empleador debe informar al organismo administrador del seguro del término del contrato de trabajo a distancia o teletrabajo.

En todo caso, el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador no impide que se califique como laboral un accidente o enfermedad sufrido por un trabajador a distancia o teletrabajador (Lizama y Lizama, 2020: 162).

El Dictamen 1160 del 18 de marzo de 2020 de la Superintendencia de Seguridad Social, emitido previo a la entrada en vigor de la Ley 21.220, fijó determinados criterios de aplicación de la Ley 16.744 de 1968 sobre Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales y del Compendio de Normas del Seguro de esta ley, respecto de los trabajadores que se desempeñaban bajo la modalidad a distancia, producto de la contingencia provocada por el covid-19. Sostuvo que

en atención a que el contrato de trabajo es consensual y no requiere de escrituración para perfeccionarse, la cobertura señalada en el párrafo

anterior debe extenderse a aquellos casos en que el empleador, como consecuencia de la contingencia provocada por el coronavirus covid-19, haya dispuesto la modalidad de trabajo a distancia sin efectuar la correspondiente modificación por escrito, de los respectivos contratos de trabajo. [...] en los casos de trabajo a distancia dispuestos como consecuencia de la contingencia provocada por el coronavirus covid-19, en que no exista contrato de trabajo escriturado ni formulario de notificación de contrato a distancia, el organismo administrador deberá requerir a la entidad empleadora la remisión de cualquier antecedente (como por ejemplo correos electrónicos que dispongan el trabajo a distancia, instructivos internos de la empresa, u otros de similar índole) que permita determinar las condiciones en que se desarrolla dicho trabajo a distancia, a fin de proceder a la calificación del origen común o laboral del siniestro.⁹

Por su parte, la Circular 3532 de la Superintendencia de Seguridad Social, del 4 de septiembre de 2020, que imparte instrucciones respecto de los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, modificando los libros I, III y IV del Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley 16.744, complementa lo anterior, y explicita que se entiende como accidente sufrido con ocasión del trabajo, aquel siniestro que ocurra entre el lugar distinto del domicilio —en el que el trabajador desempeña sus funciones— y las dependencias de la entidad empleadora o viceversa.

Además, el compendio citado establece que pueden ser «calificados como de origen laboral aquellos accidentes asimilables a accidentes a causa o con ocasión del trabajo que puedan ocurrir cuando se trabaja de manera presencial» (Jünemann y Wiegand, 2021: 79).

En consecuencia y a modo de síntesis, los accidentes y enfermedades que sufren los trabajadores a distancia y los teletrabajadores quedarán cubiertos por la Ley 16.744 en los siguientes casos, siempre que, según los antecedentes del caso concreto, sea posible establecer la relación de causalidad correspondiente (Jünemann y Wiegand, 2021: 79):

a) Si los accidentes se producen a causa o con ocasión del cumplimiento de la prestación de servicios convenida en el contrato respectivo.

⁹ Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 1160 del 18 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.suseso.cl/612/w3-article-586585.html>.

De conformidad a la Circular 3572 del 15 de enero de 2021 de la Superintendencia de Seguridad Social, los accidentes de trabajo ocurridos mientras el trabajador realiza su colación podrían ser considerados un accidente laboral con ocasión del trabajo, porque existiría una relación mediata o indirecta entre el accidente y el trabajo. Como sostuvimos, lo anterior dependerá de si se logra acreditar, según los antecedentes del caso concreto, la correspondiente relación de causalidad. De lo contrario, se considerarán accidentes domésticos.

Lo propio se establece en el Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Laborales, del 24 de enero de 2021, a propósito de los accidentes sufridos por un trabajador en el trayecto entre dos dependencias de la misma entidad empleadora.

Siguiendo esta misma lógica, también podrían considerarse accidentes del trabajo los que siguen: aquellos sufridos al realizar un acto destinado a proveerse de insumos o dispositivos utilizados por el trabajador para cumplir con la prestación de servicios, siempre que el siniestro ocurra durante la jornada de trabajo; los que ocurran por desperfectos de elementos o dispositivos usados con este mismo fin o derivados de su reparación; los sufridos por un trabajador que presta servicios presencialmente, pero que debe desplazarse por motivos laborales a lugares distintos de aquel donde se ha obligado a laborar de manera presencial; y aquellos ocurridos entre el lugar de trabajo y el desplazamiento destinado a satisfacer una necesidad biológica. Lo mismo podría sostenerse respecto de aquellos accidentes sufridos con motivo de la atención de un cliente, usuario de la empresa, proveedor de insumos o elementos de trabajo u otra persona por motivos de índole laboral, por ejemplo, si el trabajador se accidenta cuando se dirige a abrir la puerta (Jünemann y Wiegand, 2021: 96 y ss.).

b) Si las enfermedades tienen por causa directa el ejercicio de la profesión o trabajo que estos trabajadores desempeñan en cumplimiento del contrato de trabajo a distancia o teletrabajo.

c) Por los accidentes de trayecto, en los términos ya referidos, esto es, los sufridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar, distinto de su habitación, en el que los trabajadores prestan sus servicios, o bien por aquellos ocurridos entre la habitación del trabajador y las dependencias de su entidad empleadora, incluso si el domicilio ha sido designado como el lugar donde el trabajador prestará sus servi-

cios bajo la modalidad no presencial, de acuerdo a la Circular 3532 de la Superintendencia de Seguridad Social.

También podrían considerarse accidentes de trayecto aquellos siniestros sufridos por el trabajador en el trayecto de ida o regreso entre la empresa y su casa habitación, cuando el motivo del desplazamiento sea tomar su colación, salvo que el lugar donde el trabajador tome su colación o se provea de ella sea distinto de su casa habitación. En este caso se entiende que se trata de un accidente con ocasión del trabajo (Jünemann y Wiegand, 2021: 94).

Según la Circular 3532 ya citada, para determinar la naturaleza común o laboral de los accidentes ocurridos en el domicilio o en el lugar convenido para cumplir la prestación laboral, o la naturaleza, común o laboral, de las enfermedades atribuidas a factores de riesgos presentes en el trabajo, los organismos administradores de la Ley 16.744 deben considerar la información contenida en el registro de contratos de trabajo en que se hayan pactado estas modalidades no presenciales de prestación de servicios, que administra la Dirección del Trabajo de acuerdo al artículo 152 quáter O del Código del Trabajo.

Agrega que los organismos administradores de la Ley 16.744 deben solicitar al empleador copia de los contratos de trabajo o de los anexos de contrato, en su caso, a falta de registro o de ser necesario para complementar o verificar la información registrada.

Por su parte, aclara que la no formalización del acuerdo o la falta de registro del contrato de trabajo o del anexo correspondiente, no impide que el siniestro o enfermedad sea calificado como laboral, siempre que durante la investigación del accidente o el proceso de calificación de la enfermedad se recopilen antecedentes que permitan acreditar la relación de causalidad entre el accidente o la enfermedad y las labores desempeñadas bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Por último, cabe hacer presente que el artículo 6 inciso segundo del Decreto Supremo 18 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo, contempla el deber de corresponsabilidad de la persona que trabaja a distancia o teletrabaja, respecto del deber de cuidado de su salud y seguridad, como la de su familia y demás personas que trabajen cerca de su puesto de trabajo (Jünemann y Wiegand, 2021: 62).

Lo anterior se desprende del elemento locativo propio de estas figuras contractuales, ya que el trabajador prestará sus servicios en su domici-

lio, en otro domicilio o en un lugar ubicado fuera de las dependencias de la empresa. En lo pertinente, esta norma reglamentaria dispone que

sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidades del empleador en la adopción e implementación de medidas preventivas eficaces, el trabajador que ejecute sus labores a distancia o teletrabaje, deberá observar una conducta de cuidado de su seguridad y salud en el trabajo procurando con ello evitar, igualmente, que el ejercicio de su actividad laboral pueda afectar a su grupo familiar y demás personas cercanas a su puesto de trabajo.

En este orden de ideas, en el artículo 3 del mismo reglamento se contempla la prohibición de manipular, procesar, almacenar o ejecutar labores que impliquen la exposición del trabajador, su familia o terceros a sustancias peligrosas o altamente cancerígenas, tóxicas, explosivas, radioactivas, combustibles u otras como sílice cristalina y todo tipo de asbestos, en los lugares en que debe ejecutarse el trabajo a distancia.

A su vez, de este deber de autocuidado se desprende la obligación para los trabajadores a distancia y teletrabajadores de aplicar el instrumento de autoevaluación de riesgos, y reportarlo al empleador, para que este pueda confeccionar la matriz de identificación de peligros y evaluación de riesgos. Por su parte, el trabajador debe acatar las medidas preventivas y correctivas contenidas en el programa de trabajo elaborado por el empleador, como también las medidas de ejecución inmediata prescritas por el organismo administrador de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, cuando este último haya constatado que las condiciones del lugar de trabajo ponen en riesgo su salud o seguridad. Por último, desde una perspectiva empírica

se observa que el total de denuncias de accidentes del trabajo, así como también el total de estos finalmente calificados como de origen laboral, disminuyó aproximadamente en un 30 % en 2020 respecto a 2019. Además, se observa que, del total de accidentes denunciados en 2020, alrededor de 1.500 son en el contexto de trabajo a distancia/teletrabajo (lo que representa un 0,5 % del total de denuncias). Si bien se desconoce de la información disponible en la Superintendencia de Seguridad Social de cuántos trabajadores se encuentran realizando trabajo a distancia/teletrabajo, lo que permitiría obtener una tasa de accidentabilidad separada para esta modalidad de trabajo, los números agregados ya mencionados, podrían hacer pensar que efectivamente esta modalidad laboral genera menos accidentes, lo cual es algo esperable (Jünemann y Wiegand, 2021: 78).

Capítulo 8

Ciudadanía del trabajador en la empresa, trabajo a distancia y teletrabajo

Privacidad, nuevas tecnologías, y cibern subordinación, telesubordinación o videovigilancia

El desarrollo de las TIC y la llamada Cuarta Revolución Industrial han generado un efecto paradójico en el contexto de la relación laboral subordinada, ya que, por un lado, los trabajadores son más autónomos al disponer de nuevas tecnologías —entre las que destaca internet—, que les permiten organizarse y desarrollarse de mejor manera, pero al mismo tiempo, el empleador cuenta con nuevas y mejores herramientas de control que amenazan los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial su intimidad y vida privada (Ugarte, 2004: 145).

Se ha perfeccionado el poder de control del empleador y, en la actualidad, es posible vigilar la conducta de los trabajadores por medio de tecnologías invasivas de la privacidad que incluso permiten comprobar de manera constante si el trabajador cumple la prestación de servicios convenida. En otras palabras, el factor tecnológico revive el fantasma de la «empresa panóptica», retratada por Orwell en el Gran Hermano (Ugarte, 2004: 176). Para designar esta nueva realidad se utiliza la siguiente terminología: cibern subordinación, cibervigilancia, telesubordinación o videovigilancia (Gamonal y Guidi, 2015: 292).

Los rápidos avances en esta área han implicado un cambio de paradigma en lo relativo a la vigilancia en el lugar de trabajo. Así, el control visual, descentralizado y discontinuo ejercido por los superiores jerárquicos o empleadores se ha transformado en un control real, centralizado e ininterrumpido, ejercido de manera constante a través de instrumentos tecnológicos como tarjetas de identificación personal, GPS, datos biométricos, revisión de telefonía móvil celular con transferencia de datos y multimedia, de pulsaciones y destinatarios, instalación de cámaras de video, registro físico o a través de softwares espías del com-

putador asignado, regulación y revisión del correo electrónico personal y corporativo, revisión de *cookies* de los sitios visitados en internet, pruebas mediante polígrafos, entre otras (Guidi, 2021: 134).

Existen distintos tipos de herramientas informáticas destinadas al control, seguimiento y vigilancia del trabajador a distancia o teletrabajador, según su finalidad:

- Programas que controlan o registran asistencia y el inicio o término de la jornada de trabajo.
- Programas que vigilan el cumplimiento de la jornada de trabajo, a través de capturas de pantallas aleatorias de los computadores que se realizan cada cierto tiempo, mediante sistemas de geolocalización, o aplicando sistemas de monitoreo de las horas efectivamente trabajadas.
- Programas que permiten medir la productividad de los teletrabajadores, verificando si teclearon y con qué rapidez (Lizama y Lizama, 2020: 147).

En muchos de estos casos se trata de herramientas que permiten «vigilar las actividades y recopilar datos, cada vez más completos de sus trabajadores, que podrían servir incluso para intensificar las acciones de control empresarial mediante la aplicación de tecnologías centralizadas, objetivas y en tiempo real» (Aparicio, 2016: 80; citado por Castro, 2020: 109).

La utilización de la figura del teletrabajo y el control o supervisión que puede ejercer el empleador a través de medios tecnológicos puede dañar o poner en riesgo diversas manifestaciones o aspectos específicos de los derechos a la intimidad o vida privada del trabajador, de la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, y de la protección de datos personales de los teletrabajadores (Castro, 2020: 225).

Los empleadores han justificado este nuevo tipo de control y vigilancia aduciendo que sería necesario para proteger los bienes de la empresa, conocer el desempeño de los trabajadores en el puesto de trabajo respectivo, y adoptar medidas de higiene y seguridad adecuadas a la prestación de servicios convenida (Gamonal y Guidi, 2015: 293). Sin embargo, solo serían lícitas por razones técnicas o de seguridad.

En materia de teletrabajo se justifican solamente si su objetivo es el control técnico de la ejecución del trabajo convenido, sin alcanzar a la persona del teletrabajador. Esto determina que no sea posible instalar

programas y aplicaciones en los equipos de trabajo destinados a recoger y tratar datos del trabajador más allá de las finalidades legítimas (Lizama y Lizama, 2020: 147). La Corte Suprema en la causa rol 5.234/2005 de 2006, sostuvo que

dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, que se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero este no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación, que solamente son la protección y seguridad empresarial (Ugarte, 2004: 177 y 178).

Con mayor razón debe respetarse el derecho a la privacidad e intimidad del trabajador si este presta servicios fuera del ámbito espacial de la empresa (elemento locativo propio del teletrabajo). La misma lógica resulta aplicable respecto de aquellos equipos y herramientas que el empleador pone a disposición del trabajador en cumplimiento de su deber de ocupación adecuada y efectiva, para que pueda prestar los servicios convenidos.

Para efectos de esta reflexión es preciso reiterar que las potestades del empleador deben ser reformuladas o limitadas al tenor de los derechos fundamentales del trabajador. En este contexto, nos referiremos a lo dispuesto en los artículos 5, 153, 154 y 154 bis del Código del Trabajo, que en lo sustancial persiguen «lograr un equilibrio entre el ejercicio de las potestades del empleador y la dignidad del trabajador» (Lizama, 2003: 69).

La Ley 19.759 de 2001 modificó el Código del Trabajo y, además de incorporar la figura del teletrabajo al artículo 22 del Código del Trabajo, reconoció que las garantías constitucionales limitan las potestades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, de conformidad al inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo, disposición legal crucial al momento de ponderar los derechos fundamentales en conflicto.

También corresponde mencionar que la misma ley en el inciso final del artículo 154 del mismo código estableció ciertos límites a las medidas de control de que pueden ser objeto los trabajadores, preceptuando que estas solo pueden efectuarse por medios idóneos y concordantes con la

naturaleza de la relación laboral, y su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida respectiva a fin de resguardar la dignidad del trabajador. La vigilancia de las telecomunicaciones y la implementación de medidas de control sobre el uso de medios informáticos de la empresa suponen una grave injerencia en la intimidad de los trabajadores que debe ser sometida al principio de legalidad y, especialmente, al de proporcionalidad.¹

Según lo dispuesto por el artículo 153 del Código del ramo, aquellas empresas que ocupen diez o más trabajadores deberán «confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento», sujeto a un control previo de legalidad por parte de la Dirección del Trabajo.

En efecto, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad es el único mecanismo idóneo y disponible en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual podrían constar estas medidas de control, siempre que hayan sido oportunamente informadas, y se cumplan los requisitos contemplados para estos efectos en el artículo 154 recién citado. Por consiguiente, los mecanismos de control y vigilancia incorporados en manuales de procedimiento o códigos de conducta no tienen valor y no son exigibles a los trabajadores a distancia (Lizama y Lizama, 2020: 146).

Sin embargo, los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo resultan insuficientes en la materia, ya que aquellas empresas que tienen menos de diez trabajadores no están obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad. De ahí que exista el riesgo de que la regulación del tema en análisis quede entregada al arbitrio del empleador, producto de la asimetría en el poder negociador de las partes, en el entendido de que las medidas de control podrían incorporarse en los contratos individuales de trabajo, no sujetos por cierto al control previo de legalidad por parte de la Dirección del Trabajo.

En 2002, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (Amet)² es-

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 85/1994 del 14 de marzo, citada por Mercader (2002: 109).

2 Se trata de un acuerdo voluntario cuyo objetivo consistía en negociar convenios para modernizar la organización del trabajo y establecer un marco general a nivel europeo, incluyendo acuerdos de trabajo flexible para mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y lograr el equilibrio necesario entre flexibilidad y

tableció determinados acuerdos relativos a distintas materias, entre las cuales destacan para efectos de esta sección: la protección de la vida privada del trabajador y la protección de datos.

En relación con el primero de estos aspectos establece que el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador. Por consiguiente, si instala un sistema de vigilancia, este debe ser proporcional al objetivo que se persigue y, además, al introducirlo, el empleador debe respetar la Directiva 90/270 de la Comunidad Económica Europea que establece Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud relativas al Trabajo con Equipos que incluyen Pantallas de Visualización de 1990. Lo señalado por este acuerdo, a propósito de la protección de datos personales del trabajador, será revisado en la próxima sección.

Algunas referencias a la protección de datos personales

En cuanto al reconocimiento legal de la protección de datos personales del trabajador, específicamente respecto de la legislación laboral nacional, cabe consignar que la misma Ley 19.759 incorporó al ordenamiento jurídico laboral el actual artículo 154 bis del Código del Trabajo que dispone que «el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral».

Esta norma resulta limitada en sus alcances al momento de regular adecuadamente el uso de medios informáticos en la relación laboral, ya que solo se refiere a la información que ya ha sido recogida por el empleador, generalmente derivada de aquellos datos puestos a su disposición por la celebración del contrato de trabajo o aquellos derivados de las obligaciones de seguridad social, y no abarca la etapa precontractual laboral. Tampoco protege en forma expresa y adecuada la información privada de que es titular el trabajador, sus comunicaciones de carácter personal, ni los demás datos personales disgregados y procedentes de su navegación en internet (Guidi, 2021: 136).

Desde siempre los empleadores han recabado datos personales acerca de los candidatos a un puesto de trabajo o de trabajadores bajo su dependencia, con los fines de «acatar la legislación; respaldar la selección

seguridad. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (Amet), de 2002. Disponible en <https://bit.ly/3Gu64dQ>.

de candidatos, la formación y promoción del personal; salvaguardar la seguridad personal y laboral, el control de calidad, el servicio que se presta a la clientela y la protección de los bienes».³

Lo anterior, pese a que solo estarían autorizados para recabar aquellos datos o antecedentes que permitan evaluar su capacidad o idoneidad personal para el trabajo, es decir, las calificaciones exigidas para ese empleo en particular (Gamonal, 2006: 220), al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 número 16 párrafo tercero de la Constitución Política de la República y del artículo 2 del Código del Trabajo.

Es así como, dada la naturaleza de la relación laboral, si permitimos que el empleador pueda almacenar datos personales de trabajadores bajo su dependencia —obtenidos a partir de las herramientas anteriores—, previo consentimiento del trabajador pero *sin expresar la finalidad de este derecho*, es posible que se vulnere el derecho a la intimidad no solo por la recopilación directa de los datos, sino porque la compilación de noticias fragmentadas que en principio aparentan ser inocuas, una vez unidas pueden develar mucha información relativa a un determinado sujeto (Mercader, 2002: 107), que puede decir relación con sus hábitos personales, raza, ideología u opiniones políticas o religiosas, es decir, con datos sensibles del trabajador. Por lo tanto, su recopilación, en principio inofensiva, puede devenir en una fuente de riesgo para su titular según los usos a que se destine (Cerdea, 2003: 5).

En la práctica, el empleador podría acceder a datos sensibles de titularidad del trabajador, y además existe el peligro de que, exclusivamente con base en la información recabada a través del tratamiento informático de estos datos personales, se tomen decisiones que tengan efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación de este, los ascensos, la remuneración o cualquiera otra materia relativa al empleo, como señala el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre Protección de los Datos Personales de los Trabajadores de 1997. Por lo demás, el empleador podría controlar indiscriminadamente a los trabajadores, sin cumplir los requisitos que prescriben los artículos 153 y 154 del Código del Trabajo, ya analizados, en atención a que se puede obtener «muchísima información respecto de la ejecución de los servicios de un trabajador analizando el número

3 Véase «Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT: Protección de los datos personales de los trabajadores», OIT, 1997. Disponible en <https://bit.ly/38UaazK>.

de operaciones efectuadas, los errores cometidos, el tiempo empleado y el número, frecuencia y la duración de las interrupciones, en sus propios computadores» (Lizama, 2001: 390).

Lo anterior en concordancia con los principios generales contemplados en el citado Repertorio, que en lo pertinente prescribe: «Los datos personales reunidos en función de disposiciones técnicas o de organización que tengan por objeto garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores».

La finalidad técnica u organizativa de estas medidas de control justifica limitar los derechos fundamentales de los trabajadores. En otras palabras, solo serán lícitas si tienen por objeto exclusivo verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte de los trabajadores (no su comportamiento) (Lizama, 2001: 390), y deberán dejarse sin efecto cuando se satisfaga la finalidad que justificaba su implementación (Mercader, 2002: 111). Lo contrario implica una transgresión al derecho a la autodeterminación informativa,⁴ que actualmente tiene un reconocimiento constitucional expreso, en el numeral cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas «el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y, asimismo, la protección de sus datos personales». Agrega la norma constitucional que el tratamiento y protección de estos datos se debe efectuar en la forma y condiciones determinadas en la ley.

Extrañamos, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, alguna referencia al derecho a la información, en el entendido que este derecho «supone que el titular de los datos personales debe ser informado en el momento mismo en que son recogidos los datos de quién, para qué y por qué se requiere la información» (Cerde, 2003: 7), por ejemplo, a través de «la aparición en pantalla de mensajes de advertencia sobre dicho control» (Mercader, 2002: 111). En el contexto laboral, caracterizado por la subordinación y dependencia, lo dicho cobra especial relevancia porque el reconocimiento de este derecho impediría que el consentimiento

4 Este derecho, también conocido como *libertad informática*, consiste no solo en la «libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático», según la Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 254/1993 del 20 de julio, citada por Mercader (2002: 108).

del trabajador sea obtenido con tanta facilidad. Se trataría de un consentimiento informado (Guidi, 2021: 138).

El acceso y recolección de información por parte del empleador debiera excluir los datos sensibles en forma expresa. Por lo demás, debiera precisarse la manera en que operaría este consentimiento, porque de aplicarse las reglas generales imperantes, «los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a su formal reconocimiento, pueden quedar relegados en la cotidiana experiencia jurídico-laboral a simples enunciados normativos vacíos de contenido» (Rojas, citada por Lizama y Ugarte, 1998: 168).

En cuanto a la protección de datos, el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 2002, responsabiliza al empleador de tomar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador con fines laborales y profesionales, especialmente en lo referente a software.

Del mismo modo, señala que corresponde al empleador informar al teletrabajador de toda la legislación o normas vigentes en la empresa sobre protección de datos, debiendo el teletrabajador darles cumplimiento. Especialmente, debe anunciar cualquier limitación en el uso de los equipos o herramientas informáticas y las sanciones por la infracción de esta normativa.

Algunas consideraciones acerca del uso del correo electrónico corporativo

La progresiva transformación de las prácticas organizativas, como ocurre a propósito del trabajo a distancia y del teletrabajo, ha implicado que las medidas de control por parte de los empleadores se traduzcan en la revisión de las comunicaciones efectuadas vía correo electrónico por los trabajadores y en el acopio de datos sensibles de estos mediante la revisión de las *cookies*, lo que según la teoría del mosaico (Herrera, 2016: 103), puede revelar información confidencial relativa a la vida privada del trabajador, resurgiendo, por un lado, el problema de la violación de correspondencia (pero con nuevas aristas) (González, 2001: 170)⁵ y, por

⁵ En este sentido, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas «comprende la protección de la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, electrónicos, télex y los emitidos por cualquier otro medio, y la inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven

otra parte, provocando, el problema de la libertad informática de los trabajadores (Lizama, 2001: 388).

Lo cierto es que los problemas enunciados se suscitan básicamente debido a que es el empleador quien debe entregar a los trabajadores las herramientas, equipos, redes y soportes técnicos para el desarrollo de las funciones para las cuales se les ha contratado, en el caso del teletrabajo, en los términos que ya revisamos.

Entonces, pese a que una conducta o actividad íntima o privada del trabajador no deja de serlo por el solo hecho de desarrollarse en un contexto laboral (Gamonal, 2004: 51), si los medios o bienes materiales utilizados por el trabajador para el envío y recepción de correos electrónicos u otras formas análogas de comunicación electrónica, o bien los servidores que les permiten navegar por internet son suministrados por el empleador para el desarrollo de la prestación de servicios convenida, entran en conflicto los siguientes valores amparados por nuestro ordenamiento jurídico: por una parte, las garantías constitucionales que protegen la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas y su familia (Ugarte, 2011: 75) de titularidad del trabajador y, por la otra, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de los derechos de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, todas contempladas en la Constitución Política de la República (Gamonal, 2004: 55).

En consecuencia, se hace necesaria una ponderación racional de los derechos fundamentales en conflicto, para resolver cómo deben compatibilizarse y en qué condiciones priman unos sobre otros, en cuanto no se trata de reglas excluyentes entre sí, sino de principios complementarios y sujetos a la idea de optimización (Alexy, 2004: 61).

El empleador, al amparo del derecho de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, consagrados en los numerales 24 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respectivamente, ha defendido su postura argumentando que «las empresas pueden verse obligadas a rendir cuentas de los envíos de correo electrónico remitidos por sus empleados [...] que las direcciones de correo electrónico utilizadas en el trabajo suelen incluir el nombre de

consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas», según Evans de la Cuadra (2004: 224).

la sociedad, lo que puede hacer pensar que estos mensajes constituyen en algún sentido comunicaciones oficiales» (Bibby, 2001: 2), o bien en el hecho de que «el correo electrónico representa además una vía de acceso para importantes virus informáticos a las redes corporativas internas» (Bibby, 2001: 2).

Con todo, el empleador no puede implementar medidas de control desviadas de la finalidad propia de estas, materializando actos en perjuicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, aun cuando sea titular de las potestades de mando, reglamentaria y disciplinaria. Lo propio ha señalado la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 260/19 del 24 de enero de 2002, frente a la consulta sobre la licitud o ilicitud de la revisión de correspondencia electrónica de los trabajadores, en el supuesto que estos utilicen bienes de propiedad del empleador. En este acápite nos limitaremos a revisar la doctrina de este Servicio, pese a no ser vinculante para los Tribunales de Justicia.⁶

Según la Inspección del Trabajo, el empleador podría regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, de acuerdo con las facultades con que cuenta para administrar su empresa, pero en ningún caso podría acceder a la correspondencia electrónica enviada y recibida por los trabajadores.⁷ Según ha sostenido la dogmática nacional, esto se vincula con los alcances del uso extraproductivo del correo electrónico (Gamonal, 2006: 225). En

6 Por ejemplo, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la Causa RIT T-385-2011, caratulada *Negrete Herrera, Jorge con Gesfor S. A.*, del 15 de diciembre de 2011, sostuvo, en su considerando séptimo, lo siguiente: «Cabe señalar que el carácter de privado del documento en cuestión no se ve afectado por el hecho que la empresa sea dueña de la casilla institucional a la cual se envió, puesto que lo que le da el carácter de privado es que tanto el remitente como los demás destinatarios tenían la legítima expectativa de que su comunicación no fuera interceptada ni conocida por personas diversas a las que el correo fuera dirigido». Agrega, que «tampoco pierde el carácter de privado la comunicación en cuestión por el hecho que el trabajador que tenía asignada la cuenta intervenida o redireccionada haya dejado de prestar servicios para la empresa [...]. En este sentido, el redireccionamiento del correo del Sr. Soto es el medio por el cual la empresa accede a la comunicación privada del demandante y, en cuanto medio, puede revisarse su legitimidad, sin embargo, el acto que se estima lesivo, específicamente, alude a la decisión de conocer el contenido de una comunicación privada que evidentemente no iba dirigida a la empresa y utilizar dicha información en contra de sus destinatarios».

7 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 260/19 del 24 de enero de 2002. Disponible en <https://bit.ly/3PReCzI>.

efecto, un uso mínimo y razonable del correo electrónico corporativo para fines extralaborales no sería sancionable, al igual que el uso del teléfono de la empresa o de los artículos de escritorio, pero un uso abusivo que desvíe al trabajador del cumplimiento de sus labores podría ser sancionado según su gravedad, incluso con un despido disciplinario (Gamonal, 2006: 225).

Por lo tanto, el empleador puede limitar o restringir el uso de estos medios en ámbitos que excedan las funciones para las cuales el trabajador se ha obligado, siempre que haya sido oportunamente informado. ¿Cómo? A través del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad según lo dispuesto en los artículos 153 y siguientes. A modo de ejemplo, indica que en este reglamento podría establecerse que todo envío de correos electrónicos por parte del personal de la empresa se haga con copia a alguna gerencia o unidad específica de la misma, perdiendo de este modo su condición de comunicación privada, con la salvedad de que esta regulación nunca podría aplicarse a la recepción de correspondencia electrónica, la que siempre conserva su carácter de privada.

Por su parte, en el Dictamen Ord. 5342/31 del 15 de noviembre de 2019,⁸ la Dirección del Trabajo estimó ajustada a derecho la cláusula contractual que a continuación se transcribe:

El ejecutivo deberá cumplir con las siguientes obligaciones: k) Utilizar el servicio de correo electrónico provisto por la Empresa exclusivamente para fines laborales, esto es, para llevar a cabo las tareas propias de su cargo. Por consiguiente, se deja expresa constancia que todo correo electrónico enviado por el ejecutivo desde la cuenta de correo electrónico proporcionada por la Empresa, será copiado en forma automática y depositado en una carpeta del empleador, no teniendo por tanto el carácter de comunicación privada, sino que de registro de la Empresa, la que se encuentra plenamente facultada para monitorear y conocer dichos correos electrónicos, aun después de terminada la relación laboral.

La Dirección del Trabajo se remite a la doctrina sostenida anteriormente por el mismo servicio en el Dictamen Ord. 260/19 de 2002, reiterando que el empleador puede regular el uso del correo electrónico

⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 5342/31 del 15 de noviembre de 2019. Disponible en <https://bit.ly/3GuWJTe>.

corporativo, pero no puede inmiscuirse en las comunicaciones privadas que sostenga el trabajador a través de dicha herramienta tecnológica.

También señala que es necesario actualizar su doctrina ya que, desde el 2002 a la fecha de dictación de este dictamen (2019), el mundo del trabajo ha sufrido importantes cambios debido al acelerado avance que han experimentado las tecnologías de la información y comunicación, lo que impacta en la expectativa de privacidad que tiene el trabajador al usar y compartir las herramientas tecnológicas de que dispone en la actualidad.

El correo electrónico alojado en el servidor de la empresa ha pasado a ser solo uno de los elementos o herramientas que el empleador puede poner a disposición del trabajador para el cumplimiento de las funciones contratadas. Por esta razón, considera necesario analizar otras herramientas tecnológicas que, en la práctica, pueden exceder la figura tradicional de control del empleador, por estar alojadas en la «nube», como es el caso de los «equipos de trabajo abiertos, calendarios compartidos, comunicaciones instantáneas, flujos de trabajo con aprobaciones remotas y la generación y gestión de información y documentos en forma conjunta o alternativa al correo electrónico». Esto se conoce como *cloud computing*, lo cual, en palabras de este mismo organismo, permite que las jefaturas y demás miembros de la empresa puedan acceder en línea al contenido e información que allí se genera por un trabajador en particular o a los documentos, información y cuentas electrónicas de los demás compañeros de trabajo.

Este dictamen pone en el centro del debate el concepto de «expectativa de privacidad». Este elemento permitiría dirimir si la gestión o revisión del producto de una determinada herramienta tecnológica por parte del empleador se ajusta o no a derecho. La premisa básica es la siguiente: mientras más altas sean las expectativas de privacidad del trabajador, menores serán las facultades de revisión del empleador.

Aplicando este criterio, sostiene que el trabajador tendrá una alta expectativa de privacidad respecto al contenido de su casilla de correo electrónico corporativo si no existe regulación relativa a su uso y si no es utilizada en forma colaborativa o conjunta. En caso contrario, de existir regulación que limite su utilización o si es usada de manera colaborativa o conjunta, estas expectativas necesariamente disminuirán. Lo propio ocurriría, a juicio de este organismo, con el trabajador receptor o emisor de una llamada de teléfono recibida o realizada a través del aparato

telefónico de la empresa: tiene una alta expectativa de privacidad sobre el contenido de sus conversaciones telefónicas mientras no se le informe que el contenido de estas llamadas está siendo grabado.

Por las razones esgrimidas, concluye que solo es posible revisar los correos electrónicos de los trabajadores si estos saben de antemano que existe dicha posibilidad de revisión, vale decir, siempre que sea proporcional a las legítimas expectativas de privacidad que tiene el trabajador respecto de su casilla de correo electrónico corporativo, con la salvedad de que se trata de una materia que siempre se debe determinar en forma casuística.

Nos parece fundamental destacar que la propia Dirección del Trabajo señala que estas directrices exclusivamente pueden apuntar al legítimo ejercicio de las facultades directivas y organizativas del empleador, dirigidas a favorecer una mayor cooperación y un mejor desempeño de los distintos estamentos y equipos de trabajo de la empresa. Por consiguiente, no pueden estar motivadas por una sospecha sobre la utilización indebida de las herramientas puestas a disposición del trabajador. Clarifica que la doctrina establecida en el dictamen en análisis no resulta aplicable si la revisión tiene fines investigativos, debiendo remitirse en esa hipótesis a la doctrina relativa a la aplicación del Principio de Proporcionalidad, informada por la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 2210/035 del 5 de junio de 2009.

Con todo, uno de los principales riesgos de la doctrina contenida en el dictamen en comento, consiste en que el empleador puede pretender acceder a todos los correos electrónicos del trabajador, y demás herramientas compartidas de trabajo, por el simple hecho de notificar al trabajador que no tiene expectativas de privacidad sobre estas, lo cual afectaría el contenido esencial de las garantías consagradas en el artículo 19 números 4 y 5 de la Constitución Política de la República (Gamonal y Guidi, 2020: 54 y 55).

En este punto cobra especial relevancia la perentoriedad del artículo 19 número 5 de la Constitución, cuyo texto es del siguiente tenor: «La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y forma determinados por la ley».

Parece indicar que solo el legislador puede determinar qué es privado y que el empleador jamás podría revisar documentos o interceptar

comunicaciones, y menos aún por vía del reglamento interno de su empresa. No obstante, el artículo 485 del Código del Trabajo en su inciso primero se refiere expresamente al artículo 19 número 5 respecto de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, reconociendo que este derecho fundamental puede ser modulado al interior del contrato de trabajo, siempre y cuando se respeten los parámetros de proporcionalidad contemplados en el inciso tercero del mismo artículo 485. En otras palabras, según lo dispuesto en este inciso tercero, serán lesionados los derechos de los incisos anteriores —entre ellos, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada—, cuando las potestades del empleador limiten su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Por consiguiente, como esta norma (el artículo 485) es una ley, no se ve violentado el mandato constitucional contemplado en el artículo 19 número 5 (Gamonal y Guidi, 2020: 59).

Por nuestra parte, postulamos una postura intermedia. Por un lado, compartimos el criterio informado por la Dirección del Trabajo en 2002, en el sentido de que el empleador puede advertir a los trabajadores que revisará los correos electrónicos corporativos enviados, pero jamás los recibidos, lo que, respecto del caso de los correos enviados por el trabajador, suprime la expectativa de privacidad respecto a dichas comunicaciones. De conformidad a los incisos primero y tercero del artículo 485, en este supuesto, el empleador estaría modulando este derecho del trabajador, pero respetando el estándar de proporcionalidad. Por otro lado, disentimos de la doctrina contenida en el dictamen de 2019, que denota una perspectiva poco protectora e incluso estaría eximiendo de delito a conductas tipificadas en el derecho chileno (Gamonal y Guidi, 2020: 61).

Para los penalistas, el correo electrónico es una comunicación privada inviolable (Couso, 2018: 31 y 35), y desde la perspectiva criminal podría aplicarse el tipo penal contemplado en el artículo 146 del Código Penal si el empleador revisa los correos electrónicos de sus trabajadores, incluso los utilizados desde el soporte otorgado por la empresa, es decir, los correos institucionales o corporativos (Couso, 2018: 42 y ss.). En este punto, Couso sostiene que el tipo penal aplicable está en la Ley de Telecomunicaciones o Ley 18.168, artículo 36 B letra c), que estatuye como delito de acción pública: «c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado

con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM (Couso, 2018: 53 y ss.)», siendo también aplicable la Ley de Delitos Informáticos o Ley 19.223, cuyo artículo 2 establece: «El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio» (Couso, 2018: 59 y ss.). En este último caso, el empleador habría realizado un *hacking blando*, es decir, un acceso indebido sin intención de dañar el sistema o los datos (Couso, 2018: 60).

¿Cómo se puede armonizar la perspectiva penal con la laboral, sobre todo con la tesis de la Dirección del Trabajo de que el empleador puede regular en el reglamento interno el uso del correo electrónico y determinar en ciertos casos que revisará los correos institucionales o corporativos enviados? El artículo 146 inciso tercero del Código Penal establece que este delito no es aplicable «a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena», y el artículo 36 B letra c) de la Ley de Telecomunicaciones habla de que la interceptación o captación maliciosa debe ser «sin la debida autorización», y la del tipo que hemos citado de la Ley de Delitos Informáticos, artículo 2, también hace referencia a que la acción (apoderarse, usar o conocer) debe ser «indebida».

Entonces, al aplicar estas causales de justificación en materia laboral debiésemos concluir lo siguiente: el trabajador puede autorizar expresamente y para un caso concreto el acceso a su comunicación privada, es decir a su correo. Pero esta autorización no puede realizarse de forma genérica en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, como postula la Dirección del Trabajo (Couso, 2018: 63-65), ya que se estaría renunciando al derecho fundamental respectivo (Gamonal y Guidi, 2020: 61).

Solo nos resta mencionar la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver el caso *Barbulescu con Rumania*, del 5 de septiembre de 2017, que concluyó que el Estado de Rumania vulneró el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), que establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Concretamente, estimó que se había vulnerado este derecho al vigilar los mensajes enviados por un trabajador a través de medios propios de la empresa y

acceder al contenido de estos, debido a que no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso existiendo normativa en la empresa que prohibía su uso para fines personales. En este sentido, se estima que marcó un hito fundamental en la materia.

Redes sociales y privacidad

Las redes sociales han irrumpido fuertemente en la vida de las personas, masificándose a tal punto que han cambiado de manera significativa los hábitos de sociabilización presentes en nuestra sociedad. En muchas ocasiones, el uso de estas herramientas trasciende el espacio privado del usuario y afecta el ámbito de las relaciones laborales (Grande y Gordillo, 2013: 11). Por razones obvias este fenómeno puede ser aún más intenso en el caso del teletrabajo. Surgen en este escenario nuevos problemas por resolver desde la perspectiva del derecho del trabajo. En esta exposición limitaremos nuestro examen específicamente a las siguientes aristas:

- La colisión entre los derechos a la intimidad —a la no discriminación laboral y a la libertad de expresión—, de los postulantes a un empleo, o del trabajador, en su caso, y las potestades del empleador.
- El acceso a las redes sociales por parte del trabajador durante la jornada laboral —siempre que no se encuentre excluido de esta conforme al artículo 22 del Código del Trabajo—, centrándonos, especialmente, en la cibervigilancia y en la potestad disciplinaria del empleador (Grande y Gordillo, 2013: 11).

¿Qué se entiende por redes sociales? Han sido definidas como «un espacio de diálogo y coordinación, a través del cual se vinculan personas u organizaciones en función de un objetivo común y sobre la base de normas y valores compartidos» (Ramírez, 2013: 49). En este sentido, han permitido que se establezcan relaciones de intercambio, colaboración y reciprocidad entre sus usuarios, generando la posibilidad de reunir recursos, desarrollar actividades de beneficencia, ampliar y estrechar vínculos, crear sentido de pertenencia, sociabilizar conocimientos y experiencias, entre otros (Ramírez, 2013: 49).

Castells las concibe como «una sociedad cuya estructura social está construida en torno a redes de información a partir de la tecnología de información microelectrónica estructurada en internet» (Ramírez, 2013:

50). Se trata, entonces, de un sistema de interacción social abierto y en permanente construcción, que permite el intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones que se identifican en las mismas necesidades y problemas, y que se organizan a fin de potenciar sus recursos (González, 2019: 2).

Para efectos de nuestro análisis, cobran especial relieve las redes sociales *online*, vale decir, aquellas que se originan y desarrollan a través de medios electrónicos (González, 2019: 2). Algunas de sus principales características plantean importantes riesgos para la privacidad y la protección de información personal de sus usuarios y terceras personas. Por una parte, posibilitan la interacción y el intercambio de información simultánea con un gran número de personas con base en los perfiles personales creados por sus propios usuarios registrados, sin necesidad de que los miembros de dicha red estén presentes físicamente; creándose, a su vez, una ficción de «privacidad» que permite que las palabras fluyan a la velocidad de la escritura (Ramírez, 2013: 48). De este modo, «los datos personales relativos a las personas son accesibles de forma pública y global, de una manera y en unas cantidades sin precedentes, incluidas enormes cantidades de fotografías y videos digitales».⁹

Comenzaremos analizando lo que ocurre en la etapa precontractual. Variados y disímiles son los desafíos a que se ha enfrentado la doctrina laboral y el legislador nacional en la etapa que precede al inicio del vínculo contractual, entre otros, y a nuestro juicio uno de los principales, los que se derivan de las distintas interpretaciones y posiciones acerca del ámbito de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en específico, si procede o no demandar la tutela laboral por actos vulneratorios de derechos fundamentales ocurridos en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo (Guidi, 2021: 145).

Como se desprende del tenor literal de los artículos 485 inciso segundo y 2 inciso sexto del Código del Trabajo, el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales pareciera excluir la etapa precontractual, en cuanto margina expresamente de la protección que contempla a las ofertas de trabajo. Precisamente esta sería una de las principales deficiencias en la materia, ya que nuestro ordenamien-

9 «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales», elaborado por la Agencia Española de Protección de Dato y citado por González (2019: 5).

to jurídico no contemplaría una acción judicial destinada a proteger al postulante a un empleo frente a las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que pueda sufrir en la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo, en un procedimiento simplificado y en el que se contemple un sistema de prueba indiciaria, que posibiliten la determinación de estos actos y el posterior resarcimiento de los daños y perjuicios que estos ocasionan (Caamaño, 2007: 117).

Sin embargo, este criterio ha ido cambiando, y en la actualidad hay quienes sostienen la tesis contraria, esto es que «la acción de tutela laboral que consagra nuestra legislación laboral es plenamente procedente respecto de los actos de discriminación que se produzcan durante una entrevista de selección de personal, esto es, durante una etapa precontractual» (Iturriaga, 2016: 54 y ss.).¹⁰ Lo propio ha sostenido la jurisprudencia a propósito de la libertad sindical, en la sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Antofagasta en la causa rol 116-2010.¹¹

Ahora bien, desde una perspectiva legal solo existen algunas pocas normas jurídicas que regulan aspectos referidos a esta etapa del iter contractual, a saber: el inciso séptimo del artículo 2 del Código del Trabajo, que prohíbe condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones económicas, financieras, bancarias o comerciales que, de conformidad a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales, ni exigir para dichos fines declaración ni certificado alguno, salvo los casos que se mencionan en la

¹⁰ Según Iturriaga, esta tesis se basa en «una interpretación armónica y coherente de las distintas normas legales, constitucionales e internacionales que se refieren a este tema», al estatuto de responsabilidad contractual que correspondería aplicar a los daños generados al postulante a un empleo que negocia con el empleador, y al principio de buena fe (Iturriaga, 2016: 66). Además, «la interpretación en favor de la tutela precontractual estaría acorde con los principios *pro libertate* (como presunción general en favor de la libertad del ciudadano) y *pro homine* (siempre en favor del individuo), ambos contextualizados en materia laboral por la *regla in dubio pro operario*, dado que el trabajador es la parte débil. Además, es aplicable la regla *a contrario sensu*, es decir, el mismo legislador ha excluido en la etapa precontractual la tutela por las «ofertas de trabajo», por tanto, más allá de la oferta, en las entrevistas, test psicológicos, etcétera, cualquier discriminación o afectación de derechos fundamentales es tutelable vía el artículo 485 del Código del Trabajo (Gamonal y Guidi, 2020: 129 y 130).

¹¹ Véase César Toledo Corsi, «Análisis crítico de la sanción de las prácticas anti-sindicales en la Ley 20.940», citado por Arellano, Severín y Feres (2016: 138 y 139).

misma disposición legal;¹² el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo, que prohíbe supeditar la contratación de una mujer al hecho de estar o no embarazada, como también exigir certificados o exámenes destinados a verificar si se encuentra o no en estado de gravidez; el artículo 7 de la Ley 19.779 de 2001, que en esta etapa previa a la relación laboral prohíbe condicionar la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, a los resultados de la prueba destinada a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, y requerir con este objetivo la realización del mencionado examen; y los artículos 1 y 2 de la Ley 21.422 de 2022. El artículo 1 de esta ley prohíbe condicionar la contratación de un trabajador a la ausencia de mutaciones o alteraciones en su genoma que causen una predisposición o alto riesgo a una patología que pueda manifestarse durante la vigencia de la relación laboral, como asimismo, exigir certificados o exámenes para verificar que no posee mutaciones o alteraciones de material genético en su genoma humano que pudieran derivar en el desarrollo o manifestarse a futuro a través de una enfermedad o anomalía física o psíquica, salvo que manifieste su consentimiento libre e informado para su realización, este test esté dirigido a asegurar que reúne las condiciones físicas o psíquicas necesarias e idóneas para desarrollar trabajos o faenas calificados como peligrosos, y esta exigencia tenga por objeto la protección de su vida o integridad física o psíquica, o la de otros trabajadores, de acuerdo a lo previsto en su artículo 2. Y el inciso segundo del artículo 485, que hace aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para conocer de los actos discriminatorios contemplados en el artículo 2 del código del ramo, con excepción de los consignados en su inciso sexto (Guidi, 2021: 146).

A propósito del tema que nos convoca, es precisamente en la etapa de selección de personal donde las empresas intentarán obtener la mayor cantidad de información posible acerca de sus potenciales trabajadores, con el objeto de proyectar su futuro desempeño laboral. Ya no bastarán los exámenes físicos y psíquicos para evaluar a los candidatos a un empleo, sino que como se ha informado ampliamente por la prensa nacio-

12 Se exceptúan de esta prohibición los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que estén a cargo de la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

nal, «en Chile, las empresas ya utilizan las redes sociales para filtrar los candidatos, de acuerdo con los gustos o comentarios que publican».¹³

Según se consigna en la misma noticia recién citada, a la fecha de su publicación al menos en un 60 % de las 500 empresas más importantes de nuestro país se estaban utilizando las redes sociales para recabar información sobre los candidatos a un puesto de trabajo, antes de citarlos a una entrevista de trabajo. Así, Facebook serviría «para conocer datos y características del postulante, y en Twitter se puede conocer cómo piensa y opina». Agrega que, según una investigación realizada por las universidades Northern Illinois, Evansville y Auburn, en Estados Unidos, Facebook «ayuda a medir las capacidades y rendimientos de las personas para obtener un empleo».

Este tipo de prácticas violenta derechos fundamentales y acrecienta el desnivel de poder y las asimetrías de información entre empleador y trabajador. En Estados Unidos son varios los estados que han dictado legislación que prohíbe al empleador investigar las redes sociales en las entrevistas de trabajo (*password protection legislation*), es el caso de Maryland, Illinois, California, Delaware, Michigan y Nueva Jersey (Buckley, 2013: 884).

Durante la vigencia del contrato es posible distinguir dos hipótesis distintas. La primera dice relación con el acceso a las redes sociales por parte del trabajador durante la jornada de trabajo, siempre que —como adelantamos—, el trabajador no se encuentre excluido de esta en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Código del Trabajo y, la segunda se vincula con la actividad en redes sociales y sus eventuales consecuencias desde una perspectiva laboral.

El primer problema enunciado se enlaza con las llamadas «licencias comportamentales», relativas a «aspectos que, si bien se verifican en el puesto de trabajo o con ocasión de la prestación de servicios, se expresan en las naturales pausas que toda actividad humana supone [...] y que, como tales, no tienen por qué ser conocidas por el empleador» (Gamonal, 2004: 51). Lo cual en la materia en estudio justificaría, en principio, que el teletrabajador, a quien se le entregan herramientas informáticas asociadas a internet para cumplir con la prestación de servicios convenida, pueda utilizarlas para actividades ajenas al ámbito laboral.

¹³ Ignacia Pinto Pozo, «El perfil de Facebook también ayuda a encontrar trabajo», *El Mercurio*, 27 de febrero de 2012.

Con todo, el trabajador se ha obligado a través del contrato de trabajo a prestar de buena fe determinados servicios dentro de la jornada laboral estipulada en este. Entonces, en la materia que nos convoca, la obligación de ejecutar el contrato de buena fe se manifestaría, por ejemplo, en la prohibición de usar en su propio beneficio los recursos que le ha proporcionado el empleador para el desempeño de las funciones convenidas en el contrato (Lizama, 2003: 75), siempre que estas limitaciones y restricciones le hayan sido oportunamente informadas y se respete su derecho a acceder a los sitios de internet o intranet que traten asuntos relativos al empleo, la salud y seguridad, la igualdad de oportunidades y cualquier otro asunto vinculado con sus derechos laborales, como es el caso, por ejemplo, de los sitios gestionados por los sindicatos (Barba Ramos y Rodríguez-Piñero, 2019: 32 y 33).

En derecho comparado existen una serie de sentencias referidas a este tema, de las cuales es posible extraer criterios orientadores. La premisa fundamental es la siguiente: es preferible restringir el acceso a las redes sociales que vigilar al trabajador. En este sentido la doctrina y jurisprudencia afirman que es necesario «diseñar, establecer y comunicar unas políticas de uso de herramientas informáticas que fijen unas directrices claras para los empleados, mediante la aplicación de prohibiciones absolutas o parciales» (Grande y Gordillo, 2013: 11 y 12).¹⁴

¹⁴ Esta conclusión la desprenden de los siguientes fallos: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, 2011: Ratifica la procedencia de un despido disciplinario por un acceso abusivo a redes sociales (Facebook y Tuenti) durante el horario de trabajo. Entiende que hay un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones, quebranto de la buena fe contractual y un abuso de confianza, quedando, además, acreditado que la empresa había realizado previas advertencias al trabajador para que cesara en su conducta. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 2011: Declara procedente el despido de un trabajador por acceder, durante su jornada, a webs ajenas a la actividad laboral (Facebook), aun cuando la empresa había establecido las reglas de uso de sus recursos informáticos, en las que advertía expresamente que el uso del computador era para fines exclusivamente laborales y se prohibía el acceso a determinadas páginas web. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2011: Declara procedente el despido de un informático que visitaba páginas web y redes sociales a través del servidor de un cliente de la empresa, ya que, a pesar de que la empresa no disponía de políticas internas de uso de herramientas de trabajo, lo cierto es que cuando el trabajador intentaba acceder a redes sociales o de ocio, aparecía un aviso que indicaba que dicho acceso estaba prohibido. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 2011: Declara improcedente el despido de un trabajador que visitaba webs con fines particulares durante la jornada laboral, por considerar que su conducta no revestía gravedad suficiente,

Se habla de una «escala de tolerancia» sobre el uso asociado a las herramientas de trabajo. Así, por ejemplo, se ha acuñado el término *e-break* o e-descanso, que permite a los trabajadores utilizar sus equipos o los de propiedad del empleador para acceder a sus correos electrónicos, redes sociales, o navegar por internet, pese a estar prestando servicios dentro de su jornada de trabajo (Ramírez, 2013: 63).

En este supuesto, «la supervisión recaerá sobre el tiempo que dure el e-descanso y su forma de uso, pero si también se quiere revisar las informaciones y contenidos publicados por el trabajador desde los equipos del empleador, este deberá contar con autorización previa para ello, garantizando así el derecho a la intimidad y vida privada del trabajador» (Ramírez, 2013: 63 y 64).

Según un estudio encargado por la empresa PopCap a psicólogos de la Universidad de Goldsmiths en Londres, la práctica del *e-break* o e-descanso «tiene efectos positivos sobre la productividad del trabajador, toda vez que reduce el estrés, ayuda a despejar la mente del trabajador, a la vez que se contribuye a crear un ambiente de trabajo basado en la confianza y aumentar la moral del equipo de trabajo» (Ramírez, 2013: 63); con mayor razón, si el teletrabajador presta servicios desde su domicilio, lo que ocurre con frecuencia en la figura de teletrabajo.

También sería factible que se restrinja el acceso deliberado a sitios web de contenido pornográfico, terrorista, que promuevan el racismo o la intolerancia, de juegos *online*, o incluso de redes sociales (Barba Ramos y Rodríguez-Piñero, 2019: 31 y ss.). Por su parte, el teletrabajador no debe recoger o distribuir contenido ilegal de internet (Lizama y Lizama, 2020: 141).

Lo anterior asociado a la potestad disciplinaria del empleador, empero teniendo presente que la aplicación de sanciones debe ser igualmente gradual, en consideración a factores como la gravedad, reincidencia y el perjuicio causado. En el caso chileno, esto debiera materializarse en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, cumpliendo íntegramente cada uno de los requisitos contemplados para el establecimiento de las medidas de control en la norma legal pertinente y en el fallo del caso *Barbulescu*, ya examinados. Para que los registros efectuados sean lícitos y las pruebas obtenidas sean válidas, se debe ad-

y la empresa no había realizado advertencias sobre restricciones a este respecto ni había informado sobre la facultad de control de las herramientas de trabajo.

vertir a los trabajadores que el empleador puede monitorear y controlar el correcto uso de las herramientas tecnológicas de trabajo (Grande y Gordillo, 2013: 12).

Este problema se acrecienta a propósito del teletrabajo, porque la ley permite que el teletrabajador esté exento de jornada laboral y, por lo tanto, pese a la consagración legal del derecho a desconexión, resulta muy difícil limitar el control que puede ejercer el empleador por sobre el trabajador, convirtiéndose muchas veces en indiscriminado.

Por su parte, actos privados del trabajador, como cargar fotos o publicar comentarios en redes sociales pueden generar consecuencias en el espacio laboral. Generalmente lo anterior se vincula con el derecho a la libertad de expresión y con la intimidad del trabajador. En este contexto, ¿puede el empleador usar como justa causa de despido hechos conocidos a través de las redes sociales? ¿Resulta esto una violación a la privacidad?

A través de las redes sociales los usuarios pueden generar un perfil público en el que plasman datos e información personal y disponen de las herramientas que les permiten interactuar con los demás usuarios (Herrera, 2016: 93). Como ya sostuvimos a propósito de las características de las redes sociales existe una ficción de «privacidad» y, por consiguiente, «el trabajador es sujeto del ejercicio de todos sus derechos fundamentales incluyendo la libertad de expresión, lo que implica la posibilidad de publicar contenidos de su esfera íntima o relacionados con terceros incluyendo su empleo y a su empleador, lo que supone la existencia de nuevos conflictos laborales» (Ramírez, 2013: 48).

En la actualidad, esta discusión está estrechamente vinculada con la libertad de expresión y con la expectativa de privacidad del usuario. Por consiguiente, de conformidad al planteamiento propuesto, para establecer los límites del derecho a la vida privada en lo relativo a la actividad del trabajador en redes sociales, se deben considerar los elementos que explicaremos a continuación.

La libertad de expresión es inmune a la interferencia empresarial, salvo que su ejercicio afecte de manera directa la imagen de la empresa por imputaciones falsas hechas por el trabajador. Por lo tanto, las expresiones proferidas por el trabajador desvinculadas de una afectación de derechos fundamentales del empleador, en relación con la empresa, están exentas del veto empresarial, como ocurre, por ejemplo, con la expresión de ideas políticas, religiosas o sexuales (Ugarte, 2018: 183).

En Estados Unidos, el National Labor Relations Board protege la libertad de expresión de los trabajadores, a través del concepto de «actividad concertada protegida», que resguarda la discusión de temas relativos al trabajo (términos, condiciones, desempeño laboral y niveles de personal) en Facebook y otros sitios web sin temor a represalias.¹⁵

Por su parte, la noción de expectativa de privacidad ha sido desarrollada por la jurisprudencia norteamericana para evaluar los límites del derecho a la privacidad (Herrera, 2016: 96), e incorporado a la discusión nacional por los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Este criterio determina que para establecer los límites del derecho a la vida privada en lo relativo a la actividad del trabajador en redes sociales, se deben considerar los siguientes elementos: grado de configuración del perfil, cantidad de contactos, y perfil del usuario indexado o no a motores de búsqueda (Herrera, 2016: 96). Así,

la expectativa de privacidad del usuario será mayor en aquellos casos donde opte por comunicarse mediante mensajería privada, su perfil tenga un número reducido de contactos y no esté indexado a un motor de búsqueda, pues son acciones objetivas que demuestran la intencionalidad del usuario de mantener ciertas áreas de su vida excluidas del conocimiento público en general (Herrera, 2016: 96).

En la misma dirección propuesta, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña, en la Sentencia 3636/2007, sostuvo que «la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza». Se trata de un espacio abierto que no va dirigido a ninguna persona en particular, por lo tanto, se renuncia a la privacidad de su contenido y cualquier persona puede tener acceso al mismo (Carro y Espinoza, 2012: 120).

Por su parte, la doctrina ha reflexionado sobre la base de la proporcionalidad del despido, considerando, además, otros elementos en este razonamiento, como la vinculación directa entre lo publicado y su autor, el número de personas que se puede haber enterado de los comentarios, la veracidad y magnitud de lo publicado, y si los comentarios están

¹⁵ La actividad concertada protegida o acción concertada está consagrada en la National Labor Relations Act y ha permitido interesantes acciones colectivas de los trabajadores en defensa de sus derechos, incluyendo las redes sociales. Véase Gamonal y Rosado (2019: 48).

dirigidos de manera absoluta al empleador o a compañeros de trabajo (Carro y Espinoza, 2012: 122 y ss.).

Teletrabajo y acoso laboral

El acoso moral es de común ocurrencia en algunos contextos laborales y su estudio no solo es abordado por el derecho, sino que por otras disciplinas como la psicología, la sociología y la administración. El trabajo a distancia y el teletrabajo no escapan de esta realidad. A propósito de estas materias, es de suma importancia tener presente que «los medios remotos pueden ser más invasivos y afectar más la vida privada y la dignidad de las personas que los medios presenciales» (Jünemann y Wiegand, 2021: 82). Comenzaremos repasando algunos conceptos claves a propósito del acoso moral laboral o *mobbing*, y después, revisaremos cuáles son los límites, acuerdos y obligaciones que deben respetarse y cumplirse, al interior de la empresa, para evitar su ocurrencia.

El acoso moral ha sido definido como «toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de la persona poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo» (Hirigoyen, 2001: 19).

Dado el poder de mando del empleador este tipo de acoso puede ser extremadamente dañino y la variedad de conductas que comprende es amplia (Viscomi, 2002: 57), por ejemplo, puede consistir en no hablarle a la víctima, criticar su labor por correo electrónico enviado a los restantes trabajadores de la empresa, no darle trabajo, marginarla de las reuniones habituales de su grupo de trabajo, encomendarle un trabajo excesivo o irrealizable, etcétera. En la materia en análisis, también podría traducirse en negarle el acceso a las dependencias de la empresa o no entregarle los implementos necesarios para cumplir las funciones encomendadas.

A su vez, el fin perseguido a través de las conductas constitutivas de acoso moral puede ser de distinta índole. Muchas veces, el empleador persigue eliminar a un trabajador de la empresa mediante una renuncia forzada (Piñuel y Zabala, 2005: 58), para evitar el despido y ahorrarse el pago de las indemnizaciones legales correspondientes. Del mismo modo, puede buscar crear un ambiente que facilite el posterior despido del acosado, tras el deterioro de su rendimiento o la comisión de errores,

o bien, coaccionar al sujeto pasivo del acoso para que renuncie a algunos de sus derechos (prestaciones, sueldo, cargo, etcétera) o a la defensa jurídica de estos (Guidi, 2006: 68).

Otra razón que motiva las conductas de *mobbing* es lo que se denomina acoso discriminatorio, que emana del rechazo por parte de la organización —jefes y compañeros de trabajo— de una diferencia que presenta la víctima (Hirigoyen, 2001: 92 y ss.), que puede ser de distinta naturaleza: por ser mujer o tener cierta orientación sexual, por sus creencias políticas o religiosas, o bien por su nacionalidad, etnia, etcétera (Gamonal y Guidi, 2015: 322).

El acoso moral, por su parte, puede clasificarse en vertical u horizontal. El primero se presenta cuando el autor inmediato de las conductas de acoso laboral es el empleador. El segundo, cuando los sujetos activos de estas conductas son los compañeros de trabajo o incluso los subordinados. En estos supuestos el empleador puede llegar a ser indirectamente responsable por incumplir su deber legal de protección contemplado en el artículo 184 del Código del Trabajo (Gamonal y Guidi, 2015: 322).

También se distingue un acoso moral institucional y otro estratégico (Monteiro, 2003: 278). El primero se refiere a un comportamiento organizacional y de manejo de personal que implica condiciones estresantes de trabajo. El segundo persigue como objetivo que un determinado trabajador considerado como «indeseable» renuncie a su puesto de trabajo (Gamonal y Guidi, 2015: 322).

En Chile, tras la dictación de la Ley 20.607 en 2012, el artículo 2 del Código del Trabajo define acoso laboral como «toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo».

Se trata de una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales, porque aparte de vulnerar el derecho a la integridad psíquica de la víctima, puede afectar otros derechos fundamentales de que es titular, como podría ser su privacidad, honra, libertad de culto, etcétera, dependiendo de las conductas constitutivas del acoso laboral. Por lo tanto, resulta aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Por ende, conforme a lo dispuesto en los artículos 160 y 171, el trabajador afectado tendrá las siguientes opciones judiciales:

a) Si el *mobbing* involucra como victimario o sujeto activo directamente al empleador, el trabajador afectado podrá accionar por tutela de derechos fundamentales, sin por ello poner término al contrato de trabajo (artículos 485 y 495); o podrá poner término al contrato por despido indirecto y demandar simultáneamente por despido atentatorio de derechos fundamentales (artículos 171, 160 número 1 f) y 489 del Código del Trabajo).

b) Si el acoso laboral involucra como victimarios o sujetos activos a uno o más compañeros de trabajo o subordinados, y el empleador no ha cumplido con su deber de protección del artículo 184 del Código del Trabajo, el trabajador podrá accionar por tutela de derechos fundamentales, sin por ello poner término al contrato de trabajo (artículos 485 y 495); o podrá optar por poner término al contrato por despido indirecto y demandar simultáneamente por despido atentatorio de derechos fundamentales (artículos 171 y 160 números 1 a), 5 y 7; y 489 del Código del Trabajo). Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual de los acosadores directos (compañeros de trabajo o subordinados).

En este caso, a diferencia de la hipótesis contemplada en la letra a) precedente, el empleador es indirectamente responsable del acoso e incurre en falta de probidad e incumplimiento grave de sus obligaciones al no velar por un ambiente de trabajo en el cual no se produzcan situaciones de este tipo. Asimismo, comete un acto, omisión o imprudencia temeraria que afecta la salud del trabajador acosado (Gamonal y Guidi, 2015: 326).

Con relación al trabajo a distancia y al teletrabajo y, siguiendo la estructura propuesta por Jünemann y Wiegand (2021: 83 y ss.), los límites que debieran respetarse para mantener un ambiente laboral digno y libre de acoso laboral son los que siguen:

a) Acatar la normativa sobre jornadas y descansos, junto con respetar el derecho a desconexión contemplado en nuestra legislación. En este contexto, las autoras citadas estiman que «la exigencia reiterada y hostigadora de respuesta a órdenes, requerimientos o comunicaciones mediante Whatsapp, correo electrónico y otros, podrían ser constitutivas de acoso» (Jünemann y Wiegand, 2021: 83).

b) Cumplir los acuerdos destinados a conciliar la vida laboral, familiar y personal del trabajador. En la materia, cobra especial relevancia el respeto de los pactos relativos a la parcialidad del trabajo a distancia, vale decir, aquellos en que se ha acordado trabajar en parte en forma

presencial y en parte en el domicilio u otros lugares acordados (Jünemann y Wiegand, 2021: 83 y 84).

Asimismo, la empresa debe cumplir la modalidad pactada de trabajo a distancia, la forma en que se ha acordado distribuir los horarios de trabajo en caso de existir jornada laboral y la posibilidad de volver a la presencialidad si esta condición se estipuló originalmente (Jünemann y Wiegand, 2021: 84).

c) Respetar los derechos a la vida privada, a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar de titularidad de los trabajadores a distancia y teletrabajadores, y utilizar medios de control no invasivos y proporcionales.

El respeto a la vida privada e intimidad tiene una serie de consecuencias prácticas desde la perspectiva del trabajo a distancia y del teletrabajo, entre las que destacan las que enunciaremos a continuación, y que deben entenderse como un complemento al análisis efectuado en el acápite relativo a la *Consagración legal del tiempo de desconexión y del derecho a la desconexión en Chile. Duración, aplicación práctica y sanciones por su infracción* y en la sección sobre *Privacidad, nuevas tecnologías, y ciber subordinación, telesubordinación o videovigilancia*.

Es muy frecuente que el acoso moral en el trabajo a distancia o teletrabajo tenga por causa el ejercicio abusivo de la potestad de dirección o de mando del empleador, especialmente de las medidas de control (Jünemann y Wiegand, 2021: 84). De este modo, la supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que el trabajador desarrolla sus labores puede traducirse en una afectación de sus derechos fundamentales, especialmente de su vida privada e intimidad (Jünemann y Wiegand, 2021: 84).

Basta recordar la doctrina sostenida por la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ord. 1389/007 del 8 de abril de 2020. En palabras de este organismo

el empleador, cuando adopte medidas de control en el marco del trabajo a distancia o el teletrabajo, deberá tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerando que la utilización indiscriminada o un ejercicio intensivo bajo un escenario tecnológico, podría afectar los límites del espacio personal del trabajador.¹⁶

¹⁶ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1389/007 del 8 de abril de 2020, citado por Jünemann y Wiegand (2021: 84).

De este modo, para evitar situaciones de acoso en el contexto laboral, el empleador debe tomar todas las medidas de resguardo que exige el ordenamiento jurídico para la implementación de estos mecanismos de control, vale decir, las medidas deben ser proporcionales, con especial consideración al derecho a la intimidad, y conocidas plenamente por sus destinatarios (Jünemann y Wiegand, 2021: 84).

En el mismo dictamen, la dirección sostiene que no está permitido vigilar a los trabajadores de manera continua y permanente a través de dispositivos de control audiovisual. Por lo tanto, «no se le puede solicitar o exigir a la persona que permanezca conectada permanentemente a la cámara de su computador, puesto que el uso indiscriminado o ejercicio intensivo de las facultades por parte de la entidad empleadora, afecta los límites personales de la persona trabajadora generando tensión y presión. Siendo estas medidas incompatibles con la libertad y dignidad humana».

Por lo demás, según Castro, el artículo 152 quáter J, incorporado por la Ley 21.220 al Código del Trabajo para proteger la privacidad de los trabajadores a distancia y de los teletrabajadores a través del reconocimiento legal del derecho a desconexión, es una forma muy parcial de protección, ya que se limita a reconocer el derecho a descanso efectivo y a un mínimo de vida familiar, sin hacerse cargo de otros problemas que se han generado a propósito de estas figuras contractuales, y que también podrían ser constitutivas de acoso laboral, como ocurre, por ejemplo, con las extensas jornadas de trabajo (Castro, 2020: 225).

El derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar, consagrado en el numeral quinto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, limita las facultades del empleador, del organismo administrador de la Ley 16.744 de 1968 y de la Dirección del Trabajo, en lo que dice relación con el deber de protección y seguridad del empleador en materia de trabajo a distancia y teletrabajo.

De este modo, el empleador puede solicitar al organismo administrador de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que acceda al domicilio del trabajador a fin de que informe si el puesto de trabajo cumple o no con las condiciones de seguridad y salud establecidas en la legislación, en el reglamento respectivo y en la demás normativa vigente, pero requiere que el trabajador lo autorice previamente. Lo propio se exige para efectos de que la Dirección del Trabajo pueda fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral en el puesto de trabajo.

Una precisión final en relación con este derecho fundamental. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 24 del DFL 1, de 1967, de Trabajo y Previsión Social, pareciera que este derecho no solo comprende el domicilio doméstico del trabajador, sino que también incluye el lugar escogido por el trabajador para prestar sus servicios, por ejemplo, un hotel, un café o un espacio de *coworking* (Lizama y Lizama, 2020: 161). Esta norma permite que los inspectores del trabajo, en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, visiten los lugares de trabajo a cualquier hora (del día o de la noche), debiendo los empleadores darles todas las facilidades para el debido cumplimiento de sus funciones, entre otras, permitirles el acceso a las dependencias y sitios de las faenas. La doctrina entiende que, en el trabajo a distancia, estas facultades de la Dirección del Trabajo se limitan, porque se exige que el trabajador autorice previamente a los inspectores para que puedan ingresar a su domicilio, al domicilio de un tercero o al lugar que ha elegido para cumplir con la prestación de servicios convenida, porque se trata de espacios que no son administrados ni controlados por el empleador (Lizama y Lizama, 2020: 161).

d) Cumplir con el deber de proporcionar los equipos, herramientas y materiales necesarios para llevar a cabo la labor convenida, los elementos de protección personal, en caso de ser necesarios, y los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos, de conformidad con lo establecido en el artículo 152 quáter L. En este contexto, el empleador podría incurrir en conductas de acoso laboral si, por ejemplo, no cumple con su deber de ocupación adecuada y efectiva, y no entrega al trabajador las herramientas necesarias para cumplir sus funciones y, sin embargo, de forma reiterativa, exige al trabajador resultados que no puede cumplir precisamente por no contar con las herramientas necesarias (Jünemann y Wiegand, 2021: 85).

Por su parte, el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en 2019 por la Conferencia Internacional del Trabajo, sobre la Violencia y el Acoso, contempla dentro de su ámbito de aplicación la violencia y acoso en el mundo del trabajo que ocurra durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación» (artículo 3 letra d)). Lo anterior determina «la importancia de abordar este fenómeno desde una perspectiva de derechos y de género, a la luz de los instrumentos internacionales sobre

Conducta Empresarial Responsable y Empresas y Derechos Humanos» (Jünemann y Wiegand, 2021: 87), como la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y la Declaración de Principios del mismo organismo internacional sobre Empresas Multinacionales y Política Social de 1977, actualizada en 2017.

Trabajo a domicilio, teletrabajo y discapacidad

Pocas medidas se han adoptado en nuestro ordenamiento jurídico para insertar laboralmente a las personas con discapacidad. Una de ellas fue la dictación de la Ley 21.015 que «incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral», que se publicó en el *Diario Oficial* el 15 de junio de 2017. Esta ley introdujo una serie de modificaciones legales al Código del Trabajo. Así, el artículo 3 de la citada ley modificó el título III del libro I del Código del Trabajo, reemplazando su denominación por Del Reglamento Interno y la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad, para luego agregar un nuevo capítulo II De la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad, que se compone de los artículos 157 bis y 157 ter, nuevos.¹⁷ Asimismo, derogó el artículo 16 de la Ley 18.600 de 1987, del siguiente tenor: «En el contrato de trabajo que celebre la persona con discapacidad mental, podrá estipularse una remuneración libremente convenida entre las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo».

17 El artículo 157 bis dispone lo siguiente: «Las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados, según corresponda, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, con relación al total de sus trabajadores». Del mismo modo, el inciso final de dicho artículo ordenó la dictación de un reglamento por parte del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Por su parte, el artículo 157 ter permite a las empresas cumplir alternativamente esta obligación. Así, los incisos primero y segundo del precepto establecen que «las empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, deberán darle cumplimiento en forma alternativa, ejecutando alguna de las siguientes medidas: a) Celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad, b) Efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 19.885. Solo se considerarán razones fundadas aquellas derivadas de la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado».

Sin duda, el trabajo a distancia y el teletrabajo pueden contribuir a la inserción laboral de las personas con discapacidad, sin embargo, ni la Ley 21.015 ni la Ley 21.220 introdujeron alguna norma de fomento en este sentido. Este es uno de los desafíos que quedaron pendientes tras su dictación.

Llama la atención que no se haya incorporado en esta última ley alguna norma explícita sobre la materia, sobre todo porque entre los objetivos que se consignaron en su historia legislativa se contemplaba la incorporación al mercado laboral de aquellas personas que por distintos motivos no habían podido ingresar a este, e incluso entre los ejemplos que se mencionaban se aludía de manera expresa a las personas con discapacidad que tuviesen alguna dificultad de traslado o movilidad.

Desde una perspectiva sociológica, también extraña esta omisión, ya que estadísticamente se ha constatado que «las personas discapacitadas tienen seis veces más posibilidades de estar sin trabajo y sin beneficios que las personas sin discapacidades» (O'Reilly, citado por Salazar, Rojas y Contreras, 2007: 7), en circunstancias que se trata de personas con «un alto grado de necesidad de logro y de competencias para teletrabajar» (Salazar, Rojas y Contreras, 2007: 2).

El mercado laboral no ha sido capaz de visualizar sus competencias, potencial y talento. Por este motivo,

aunque las competencias de los teletrabajadores con discapacidad se ajustan a los requerimientos de las empresas para contratar teletrabajadores, estos no son tomados en cuenta, ya que para algunas organizaciones contratar a un discapacitado tendría un sinnúmero de dificultades y de costos adicionales, sin vislumbrar que mediante el TT se puede ocupar esa mano de obra que está dispuesta a entregar lo mejor de sí a cambio de una oportunidad (Salazar, Rojas y Contreras, 2007: 9).

En este sentido, la encuesta «El teletrabajo como aporte a la inclusión laboral de las personas con discapacidad y con formación profesional en Chile»,¹⁸ del Instituto de Administración de la Universidad Austral de Chile, y que se estuvo aplicando desde diciembre de 2006, constató que frente a la pregunta efectuada a personas con discapacidad «¿Estaría

18 Esta encuesta estuvo dirigida a personas mayores de 20 años con algún tipo de discapacidad, ya sea física, visual, auditiva o multidéficit en los niveles de leve, moderada o severa (Salazar, Rojas y Contreras, 2007: 3).

dispuesto a teletrabajar?», el 87 % de las personas encuestadas contestó de manera afirmativa.

En derecho comparado existen distintas experiencias en las que se ha utilizado el teletrabajo para beneficiar y dar oportunidades a las personas con discapacidad. El elemento locativo y el factor tecnológico, inherentes a esta figura contractual, coadyuvan a superar sus problemas de desplazamiento. De esta manera permiten su integración a la vida económica y, por consiguiente, evita que dependan del sistema de seguridad social (Álvarez, 2018: 5).

Por ejemplo, la legislación francesa establece que el acuerdo colectivo o el acta constitutiva del empleador sobre teletrabajo, en su caso, debe especificar, entre otras menciones, las disposiciones para que los trabajadores con discapacidad puedan acceder a una organización de teletrabajo, de acuerdo con las medidas contempladas para estos efectos (Álvarez, 2018: 9).

En Estados Unidos, la Ley para Americanos con Discapacidad (Americans with Disabilities Act, ADA) contempla las siguientes obligaciones para los empleadores que tengan contratados quince o más trabajadores:

- Que proporcionen la posibilidad de adaptar y adecuar razonablemente la organización del trabajo para los postulantes y trabajadores con discapacidad, entendiéndose por tales los cambios en el entorno de trabajo o en la manera en que se cumple con la prestación de servicios, que le permitan a una persona con discapacidad acceder a un trabajo, ejecutarlo u obtener los mismos beneficios que los demás trabajadores de la empresa.
- Si el empleador ofrece a sus trabajadores la posibilidad de cambiar al régimen de teletrabajo, debe permitir que todos ellos —incluidos aquellos que tengan alguna discapacidad—, puedan participar en el programa ofrecido.
- En caso de que el teletrabajo haya sido ofrecido a un trabajador con discapacidad como una acomodación razonable, o si ha sido solicitado por el sindicato o esta posibilidad está contemplada en su contrato, el empleador debe pagarle el mismo salario que le paga a los demás trabajadores que se encuentran en las mismas condiciones laborales (Álvarez, 2018: 19).

Históricamente, los tribunales norteamericanos se han mostrado reacios a otorgar el teletrabajo como una adaptación razonable, basándose

en la presunción, ahora obsoleta, de que la presencia física es un requisito esencial de la mayoría de los trabajos que no se pueden realizar de manera efectiva en el hogar (Gilette, 2021: 264). Sin embargo, el surgimiento de la pandemia de covid-19 ha aumentado el teletrabajo, evidenciando niveles sin precedentes de acuerdos exitosos de teletrabajo sin pérdida de productividad. Como tal, ha puesto de relieve las claras deficiencias en la jurisprudencia de la ADA y, por lo tanto, la necesidad de modificarla en este mismo sentido (Gilette, 2021: 264).¹⁹

La ley colombiana sobre teletrabajo planteó como uno de sus objetivos principales la generación de empleo y autoempleo y, en este contexto, estableció que una de las obligaciones del Ministerio de Protección Social era instaurar una política pública tendiente a incorporar al teletrabajo a la población vulnerable, que para estos efectos comprendía a las personas en situación de discapacidad, desplazamiento forzado, a las mujeres cabeza de hogar, entre otros (Álvarez, 2018: 12).

Unas palabras finales sobre este tema. «Una ciudadanía igualitaria significa más que el mero derecho a la protección: también conlleva la responsabilidad de la contrapartida. Las personas con discapacidad demandan tanto el derecho a participar como el derecho igualitario de contribuir» (Jiménez, citado por Salazar, Rojas y Contreras, 2007: 8). Sin duda, se requieren políticas públicas en este sentido.

Trabajo a distancia, teletrabajo y género

Mujeres y hombres gozan de iguales derechos, pero solo formalmente. La perspectiva de género no ha estado presente en el relato fundacional del surgimiento y consolidación del derecho del trabajo (Gamonal, 2021: 324).

Históricamente, la sociedad ha impuesto ciertos roles de género y la división sexual del trabajo, lo que ha determinado que la mujer destine más tiempo que el hombre a lo que se conoce como «trabajo doméstico no remunerado» (desde la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 de la Organización de Naciones Unidas), o como «trabajo doméstico del cuidado».

¹⁹ Dingel y Neiman, en un estudio realizado en abril de 2020, afirmaron que el 37% de los trabajos en Estados Unidos se pueden realizar completamente en el domicilio del trabajador. Véase Maureen Soyars Hicks, «The number of people who can telework is higher than was estimated». *Monthly Labor Review*, junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3QmESCE>.

Como lo expresa Caamaño, la causa de las discriminaciones que afectan a ciertas categorías de trabajadores, como es el caso de las mujeres, cuando se alejan de los cánones sociales tradicionales, se remonta a los orígenes del derecho laboral, ya que la construcción de las nuevas identidades como trabajadores de hombres y mujeres de comienzos del siglo XX continúan profundamente arraigadas en las concepciones sociales y de género que se mantienen implícitas en el actual Código del Trabajo (Caamaño, 2010: 181), especialmente en la normativa vigente sobre protección de la maternidad, que en palabras de este autor es inconsistente con la visión amplia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, al apartarse del imperativo de igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Caamaño, 2014: 25). Lo anterior se explica porque

la protección del trabajo en los comienzos del desarrollo de la legislación laboral fue unida a la protección de la familia, con lo cual se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones (Caamaño, 2010: 185 y 186).

Esto es lo que se conoce como «pecado original del derecho laboral» (véase Caamaño, 2014: 11-38). En sus orígenes, la legislación laboral protectora de la maternidad y el reconocimiento de los derechos sociales asociados se estructura en torno al no nacido, al infante y a la función reproductiva de la mujer y surge en consideración a las siguientes finalidades: la reproducción de la mano de obra, los indicadores biosanitarios y, en menor medida, el mejoramiento de las condiciones laborales de las trabajadoras (Casas y Valenzuela, 2012: 79). Por ejemplo, la discusión de la Ley 3.186 de 1917 sobre derecho a sala cuna «estuvo marcada por la argumentación de las labores propias del sexo y la reproducción» (Casas y Valenzuela, 2012: 80), porque se pensaba que, al proteger a las mujeres embarazadas, puérperas o que estuvieran amamantando, se protegía también a los niños, evitando de esta manera la alta mortalidad infantil que los ponía en peligro. En el fondo, no existía una protección orientada a mejorar las condiciones laborales de todas las mujeres, sino solo de

aquellas que fueran madres de niños pequeños para «asegurar “la raza” o “la nación chilena” [o la reproducción de la mano de obra]» (Casas y Valenzuela, 2012: 80).

Esta visión sesgada del rol de la mujer limitada al cuidado de la familia y el hogar dificulta su inserción laboral (Caamaño, 2014: 14). Por su parte, obsta al ejercicio de la corresponsabilidad parental, vale decir, a que el padre y la madre se responsabilicen y participen de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, sea que vivan juntos o separados y cualquiera que sea la forma en que hayan distribuido el cuidado personal de sus hijos (Acuña, 2013: 29 y 31).

Los datos obtenidos y las estimaciones realizadas en el «Primer estudio nacional de valoración económica del trabajo doméstico: ¿Cuánto aportamos al PIB?», elaborado en 2020 por Comunidad Mujer —por iniciativa de Juntas en Acción, plataforma de organizaciones por los derechos de las mujeres, que contó con el apoyo financiero de la Unión Europea—,²⁰ se condicen con el modelo de «padre proveedor y madre cuidadora» (Caamaño, 2010: 179-209), ya que corroboran que las mujeres destinan la mayor parte de su tiempo de trabajo al desarrollo de actividades no remuneradas, mientras que los hombres lo dedican en mayor medida a actividades de mercado. Además, permiten concluir que en nuestro país es mayor el tiempo que se dedica al trabajo no remunerado que al trabajo remunerado y que es mayor la carga global de trabajo, esto es, trabajo remunerado y no remunerado, para las mujeres que para los hombres.²¹

Así, del total de horas de trabajo productivo, la mayor proporción corresponde al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado (53 %) que, a su vez, es desarrollado en su mayoría por mujeres (71,7 %), a diferencia de lo que se constató a propósito de las otras actividades. Del total del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, el 67 % corresponde al trabajo doméstico en el propio hogar, que es desarrollado en mayor proporción por mujeres: así, el 75 % corresponde al cuidado de niños y niñas menores a 4 años, el 59,3 % al abastecimiento del hogar y el 73,8 % a la preparación y servicio de comida.

20 Disponible en <https://bit.ly/3c68tQS>.

21 Miriam Leiva, «Si se contabilizara, el trabajo doméstico no remunerado aportaría 21,8 % al PIB», *Pulso, La Tercera*, 22 de enero de 2020. Véase <https://bit.ly/3IE-6kbz>.

Por su parte, según el mismo informe, el valor del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado en 2015 fue de \$ 44.492.000.000,²² y tras sumar este valor a los \$ 159.553.000.000 que alcanzó el PIB ese mismo año en nuestro país, se obtuvo un PIB ampliado de \$ 204.045.000.000, que correspondía a un 28 % más que el corriente. Por consiguiente, el valor del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado sería el rubro que más habría aportado al total del PIB: específicamente en un 21,8 % del total. De hecho, el rubro económico que le siguió fue el de los servicios financieros y empresariales que solo aportaron el 11,8 %.

Este estudio constata que todavía existe baja conciliación en las tareas domésticas y de cuidado, y que estas siguen siendo responsabilidad de la mujer. La desigual distribución de la carga de trabajo en los términos expuestos impide que se alcance la igualdad de género y se erradique la pobreza, y se traduce en importantes diferencias en las oportunidades, y en la calidad y expectativas de vida de mujeres y hombres. La mujer sacrifica aspectos centrales de su vida personal, laboral y social para cumplir con estas labores, lo que se acrecentó notoriamente a raíz de la crisis sanitaria vivida en Chile y el mundo entero producto de la pandemia por covid-19.

Entre los principales objetivos mencionados por el Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación de la actual Ley 21.220, se consideraba la incorporación al mercado del trabajo de aquellas personas excluidas por diferentes motivos, como es el caso de las madres o padres que tienen a su cargo el cuidado de los hijos o de los adultos que tienen a su cargo familiares enfermos o de edad avanzada; sin embargo, esta ley no avanzó hacia la corresponsabilidad parental, requisito indispensable para una real y verdadera corresponsabilidad laboral.

²² Para determinar este valor se utilizó la Encuesta Nacional del Uso de Tiempo (Enut), la Encuesta Casen y el PIB, todos de 2015. Por su parte, el procesamiento de datos contempló las siguientes etapas: 1) Identificación del tiempo de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, a partir de las subtarefas contempladas en la Enut. 2) Cálculo de la cantidad de dinero que tendría que gastar cada hogar si tuviera que pagarle a una persona externa para que realizara estas labores, considerando para estos efectos el salario promedio por hora que se le paga a las personas que se dedican a estas actividades en el mercado. 3) Relación entre el valor del trabajo doméstico no remunerado y el PIB, para lo cual se sumó la valorización efectuada al PIB corriente para obtener el Producto Interno Bruto ampliado y poder medir el aporte del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado a este indicador.

El error fue pensar que el teletrabajo constituye en sí mismo una medida conciliadora (Varas, 2021: 33). Es cierto que es una de las mejores alternativas para propiciar la conciliación entre vida familiar y laboral porque por su flexibilidad permite una mejor adaptación al trabajo, como se sostuvo en la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la Comisión Europea, pero según sostuvo la misma comisión, las formas de trabajo flexible debían vigilarse y promoverse «bajo el prisma del reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores» (Rodríguez, 2021: 59 y 71), lo que no ocurrió en Chile. De hecho, lejos de alcanzar este objetivo,

desde los primeros intentos de la instrumentalización del teletrabajo en aras de la compatibilidad de la vida laboral y familiar, se ha observado que propicia todo lo contrario para la trabajadora —el sesgo de género es prácticamente uniforme— que opta por ella, al suponer una fuerte atadura al rol social de cuidadora e implica importantes quiebres en la protección de la seguridad y salud (Rodríguez, 2021: 59).

Según un estudio desarrollado por PwC Women in Work Index, que mide el empoderamiento económico de las mujeres en 33 países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Chile es el país integrante que más ha retrocedido en los indicadores laborales²³ (en un 13 %) producto de la pandemia, quedando en el puesto 31 de entre los 33 evaluados. El puntaje alcanzado por nuestro país es equivalente al que obtuvo en 2011; mientras que, a nivel general, se estimó que para fines de 2021 el progreso de las mujeres en el trabajo podía volver a los niveles de 2017.²⁴ A su vez, nuestro país tiene la tercera tasa de desempleo femenino de esta organización (11,81 %) y la tasa de participación femenina bajó de un 58 % a un 44,9 % en solo un año.

Una investigación realizada por ONU Mujeres determinó que las mujeres destinaban un promedio de seis horas semanales más que los hombres al cuidado no remunerado de sus hijos menores, cifra que au-

23 Estos indicadores son: brecha salarial de género, participación femenina en la fuerza laboral, brecha entre la participación de hombres y mujeres en la fuerza laboral, desempleo femenino y tasa de empleo femenino a tiempo completo.

24 Véase «PwC Women in Work Index: Chile es el país de la OCDE que más retrocede en indicadores laborales femeninos producto del covid-19», *TVN*, 8 de marzo de 2021, disponible en <https://pwc.to/3zdOwRA>.

mentó a 7,7 horas más a la semana durante la crisis por covid-19. En este contexto, se habla de un «segundo turno» equivalente a 31,5 horas semanales, según consigna el mismo análisis.²⁵

En tanto, el Informe de Política Monetaria elaborado en junio de 2021 por el Banco Central destacó que, a partir de marzo de 2020, la pandemia provocó una crisis en la actividad económica y en el empleo nacional. La baja en la ocupación ha afectado desproporcionadamente en mayor medida a las mujeres, quienes perdieron más de 930.000 puestos de trabajo entre febrero y julio. Lo anterior se explicaría por la suspensión de clases presenciales en los sistemas preescolar y escolar y la desigual distribución de las responsabilidades derivadas del trabajo doméstico y del cuidado de niños, enfermos y adultos mayores, que desde antaño ha recaído mayoritariamente en las mujeres.²⁶

El mismo organismo actualizó la valorización de la participación del trabajo doméstico no remunerado en el Producto Interno Bruto ampliado para el 2020, utilizando para estos efectos la proyección de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo 2015 al 2020. Según los cálculos realizados, el trabajo doméstico no remunerado representó el 25,6 % del PIB ampliado en 2020 (año de la pandemia), lo que representa un aumento de un 4,8 %.²⁷

Estas cifras ponen en evidencia la necesidad de visibilizar las tareas de cuidado a través de políticas públicas que las aborden como derechos (Rodríguez, 2021: 73). En derecho comparado, el artículo 41 de la Constitución de Irlanda «reconoce que, con su vida en el hogar, la mujer otorga al Estado un apoyo sin el cual no puede alcanzarse el bien común».

En el marco de la pandemia, el Dictamen Ord. 1884/014 del 11 de junio de 2020 sostuvo que el ejercicio del derecho de sala cuna no es incompatible con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. En vistas a la emergencia sanitaria que esta ocasionó, señaló que este derecho puede

25 Véase «PwC Women in Work Index: Chile es el país de la OCDE que más retrocede en indicadores laborales femeninos producto del covid-19», *TVN*, 8 de marzo de 2021, disponible en <https://pwc.to/3zdOwRA>.

26 Véase Mario Marcel, «Presentación del informe de política monetaria ante la Comisión de Hacienda del honorable Senado de la República», 9 de junio de 2021, disponible en <https://bit.ly/3wXv61V>.

27 Véase Felipe Avilés-Lucero, «Estimación trabajo doméstico no remunerado», Banco Central, Gerencia de Estadísticas Macroeconómicas, División de Estadísticas, 2020, disponible en <https://bit.ly/3PKjDdH>.

cumplirse a través del pago de un bono compensatorio.²⁸ Lo anterior en atención al riesgo sanitario, la circunstancia de que las salas cunas se encontraban cerradas y a que la trabajadora que había formulado la consulta respectiva debía seguir prestando servicios y, por lo tanto, había tenido que recurrir a un tercero para el cuidado de su hijo.

Precisó que este bono compensatorio debía ser equivalente a los gastos que irroguen tales establecimientos en la localidad de que se trate, fundamentando con base al interés superior del menor —en específico en la necesidad de resguardar su salud—, considerando el carácter de irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de garantizar que la madre trabajadora pudiera seguir desarrollando sus capacidades como tal.

Esta doctrina de la Dirección del Trabajo es plausible porque visibiliza las tareas de cuidado y reconoce la posibilidad de que el derecho de sala cuna se cumpla a través del pago de un bono compensatorio. Justifica sus conclusiones a través de los siguientes argumentos: en primer lugar, sostiene que una interpretación finalista del artículo 203 del Código del Trabajo permite concluir que la debida protección del hijo o hija menor de dos años debe ser capaz de conciliar el trabajo y la vida familiar y personal junto con permitir a la madre trabajadora desarrollar sus capacidades como tal; y, en segundo lugar, entiende que estos objetivos son vinculantes para el Estado en virtud de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran actualmente vigentes. En este sentido cita el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

28 Corte Suprema, rol 5185-21 del 22 de junio de 2021. Al conocer un recurso de apelación deducido por la Asociación de Profesionales del Servicio de Salud de Osorno en favor de sus funcionarias, que prestaban servicios en modalidad remota, en contra de la sentencia que rechazó el recurso de protección deducido por ellas, en contra del rechazo de su solicitud de que se les pagase un bono compensatorio del derecho de sala cuna, sostuvo lo siguiente: «El otorgamiento del derecho a sala cuna, o la compensación equivalente que corresponda, supone la separación entre madre e hijo con motivo u ocasión del cumplimiento de las cargas propias de la función pública que a esta impone su labor, ya que, se insiste, se trata de cautelar el adecuado cuidado del niño o niña resguardando su integridad, y no de compensar a la funcionaria por verse enfrentada a la necesidad de cumplir en su hogar los deberes propios del cargo simultáneamente con las exigencias inherentes a la parentalidad, recarga que, por atendible que resulte ser compensada, no encuentra sustento en las normas de protección a la maternidad que se han invocado».

de 1989 que obliga al Estado a tener en especial consideración el interés superior del niño y el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (Cedaw) de 1979, que obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas que se consideren apropiadas para eliminar la discriminación en su contra en la esfera del empleo, para asegurarle, en igualdad de condiciones que los hombres, los mismos derechos, volviendo a destacar que el derecho a sala cuna le permite a la madre trabajadora su desarrollo en cuanto tal.

Sin embargo, no es suficiente. El problema es que se sigue manteniendo la distribución de roles de género impuesta socialmente y no se ha avanzado en la corresponsabilidad parental. En otras palabras, se trata de una solución parcial que no asegura la igualdad real de la mujer en el mercado de trabajo.

Prueba de que debiéramos avanzar en el sentido propuesto es la siguiente realidad: durante la pandemia las mujeres experimentaron un 9 % más de interferencias o interrupciones no deseadas del trabajo a la familia que los hombres y un 20 % más de interferencias de la familia al trabajo en comparación con los hombres, provenientes de los hijos e hijas y de otros familiares a su cargo, por el cierre de las salas cunas, jardines infantiles, colegios y de las demás instituciones de cuidado. No obstante, se constató que las interferencias del trabajo a la familia y de la familia al trabajo disminuyeron en un 10 % y en un 42 %, respectivamente, respecto de aquellas mujeres cuyas parejas mostraron un «alto grado de sensibilidad hacia su tarea profesional», esto es, un comportamiento de apoyo a su trabajo (Jünemann y Wiegand, 2021: 56).

Ahora bien, como complemento al citado dictamen, el 26 de febrero de 2021 la Dirección del Trabajo dictó el Dictamen Ord. 678/5 donde reitera que el derecho de sala cuna puede cumplirse mediante el pago de un bono compensatorio y agrega que los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la Ley 19.728, que tuvieran el cuidado personal de uno o más niños o niñas nacidos a partir de 2013 y a quienes no resultara aplicable la licencia médica preventiva parental por enfermedad de la Ley 21.247, conocida como Ley de Crianza Protegida —que establece beneficios para padres, madres y cuidadores de niños o niñas—, tenían derecho a suspender los efectos de su contrato de trabajo por motivos de cuidado, siempre y cuando cumplieran los requisitos para acceder a las prestaciones contempladas en el título I de la Ley 21.227, y mientras permaneciera suspendido el funcionamiento de los establecimientos edu-

cacionales, jardines infantiles y salas cunas por acto o declaración de la autoridad competente, al cual asistía el respectivo niño o niña, y siempre que dicha normativa se mantuviera vigente. Por lo demás, mientras el pacto de reducción de jornada de trabajo celebrado de conformidad a la Ley 21.227 estuviera vigente, el empleador debía pagar el bono compensatorio de sala cuna de manera íntegra, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 inciso segundo de la referida ley.

A raíz de la pandemia se dictó la Ley 21.247 del 27 de julio de 2020, que estableció beneficios para padres o madres que estuvieran haciendo uso del permiso posnatal parental o que tuvieran el cuidado personal de niños o niñas nacidos a contar de 2013. Entre estos destaca la creación de una licencia médica parental, aplicable a aquellos trabajadores y trabajadoras que estaban haciendo uso del permiso posnatal parental durante la vigencia del estado de excepción de catástrofe, que consistía en el derecho a una licencia médica preventiva parental, por causa de esta enfermedad, para efectos del cuidado del niño o niña una vez que hubiera terminado el permiso posnatal parental.

También podían utilizar esta licencia aquellos trabajadores y trabajadoras cuyo permiso posnatal parental hubiere vencido a partir del 18 de marzo de 2020. Asimismo, permitió a las madres, padres y cuidadores de menores que hubieran nacido a contar de 2013, acogerse —unilateral y voluntariamente— a la Ley de Protección del Empleo, por motivo de su cuidado, mientras permaneciese suspendido el funcionamiento de los establecimientos educacionales, jardines infantiles y salas cunas por orden de la autoridad competente y con motivo de la crisis sanitaria.

También se dictó la Ley 21.351 del 14 de junio de 2021, que modifica la anterior, otorgando ciertos derechos o prestaciones excepcionales por hasta tres meses a los trabajadores dependientes, independientes y del sector público que hubiesen hecho uso de una o más licencias médicas preventivas parentales (LMPP), durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por Decreto Supremo 104 del 18 de marzo de 2020, y por el tiempo que este fuere prorrogado.

Por sus alcances generales, que no se limitan solo a la pandemia por la enfermedad de covid-19, un avance importante en la materia es la Ley 21.391, que establece la Modalidad de Trabajo a Distancia o Teletrabajo para el Cuidado de Niños o Niñas y Personas con Discapacidad, que fue

publicada el 24 de noviembre de 2021, y que incorporó el artículo 206 bis al título I del libro I del Código del Trabajo.

Esta disposición legal establece que en caso de que la autoridad declare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria producto de una epidemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador debe ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de a lo menos un niño o niña en etapa pre-escolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, siempre que la naturaleza de las funciones convenidas lo permita, sin reducción de remuneraciones.

Esta misma regla se aplica respecto de aquellos trabajadores que tengan a su cuidado personas con discapacidad, circunstancia que debe ser acreditada mediante el respectivo certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, según lo prescrito por el artículo 56 letra b) de la Ley 20.422. Debe acompañarse la copia del certificado, credencial o inscripción de discapacidad en el referido registro, emitido por la autoridad competente de acuerdo con los artículos 13 y 17 de la misma ley. También puede acreditarse esta discapacidad a través de la calidad de asignatario de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, según los registros disponibles en el Sistema Nacional de Información de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social.

Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal del niño o niña, cualquiera de ellos podrá hacer uso de este derecho, a elección de la madre. Esta norma es muy similar al artículo 197 bis del Código del Trabajo, que permite al padre trabajador o a la madre trabajadora hacer uso del permiso posnatal parental a partir de la séptima semana de este, a elección de la madre y por el número de semanas que ella indique.²⁹

²⁹ Según la información publicada en enero de 2022 en la página web de la Superintendencia de Seguridad Social, entre enero y noviembre de 2021 se inició el pago de 70.808 subsidios a jornada completa y 230 a jornada parcial. De este total, y durante el mismo período, se traspasaron al padre solo 121 permisos en jornada completa y cinco en jornada parcial, detalle disponible en <https://bit.ly/3PP3T9i>. Mencionamos estas cifras porque es posible que se produzca el mismo fenómeno a propósito del nuevo artículo 206 bis del Código del Trabajo, esto es, que en la gran mayoría de los casos sea la madre trabajadora quien haga uso de este permiso, pues no ha existido aún un avance real en materia de corresponsabilidad parental.

Para el caso que las referidas declaraciones de autoridad impliquen la adopción de medidas que incluyan el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a estos, esta disposición legal establece que el empleador debe ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de a lo menos un niño o niña menor de 12 años, afectado por dichas circunstancias, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo sin reducción de remuneraciones, siempre que la naturaleza de sus funciones lo permita. En este caso, se exige que el trabajador entregue al empleador una declaración jurada de que dicho cuidado lo ejerce sin la ayuda o concurrencia de otra persona adulta. En todos estos supuestos, la vigencia de la referida modalidad contractual estará determinada por el tiempo durante el cual se mantengan las circunstancias descritas, salvo acuerdo de las partes.

El 14 de junio de 2022 el Ministerio de Salud, en virtud de sus facultades extraordinarias y con relación a la alerta sanitaria dispuesta mediante el Decreto 4 de 2020, emitió el Ordinario A15 núm. 2787, a través del cual instruyó la adecuación del calendario escolar, adelantando la fecha de inicio de las vacaciones de invierno y estableciendo la suspensión de clases por una semana adicional a dicho descanso. Frente a este Ordinario, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen Ord. 1050/18 del 15 de junio de 2022. A través de este pronunciamiento fijó el sentido y alcance de la Ley 21391 y abordó la situación laboral de madres y padres trabajadores que ante la extensión del período de vacaciones de sus hijas e hijos menores de doce años de edad debían permanecer en sus hogares para su cuidado. A su respecto, este dictamen estableció la posibilidad de acogerse a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo durante las vacaciones extendidas de los establecimientos escolares en los términos contemplados en el artículo 206 bis del Código del Trabajo.³⁰

Sin duda estas leyes dictadas con motivo de la pandemia contribuyeron —y contribuirán, en el caso del artículo 206 bis del Código del Trabajo—, en alguna medida a afrontar la emergencia sanitaria provocada por esta enfermedad —y, eventualmente, por otras enfermedades contagiosas, en el caso de epidemias o pandemias futuras—, pero no redistribuyen las labores de cuidado y se diseñaron teniendo en cuenta el mismo paradigma en torno al cual se estructura el sistema normativo

30 Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 1050/18 del 15 de junio de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3o2uUt8>.

que protege la maternidad, la paternidad y la vida familiar en Chile, es decir, la lógica del «padre proveedor y madre cuidadora».

Se extraña una norma como la contenida en el Código del Trabajo portugués, que permite al trabajador optar unilateralmente por la modalidad de teletrabajo, sin que el empleador pueda oponerse al ejercicio de este derecho, siempre que el trabajador (hombre o mujer) tenga un hijo de hasta 3 años de edad o sea víctima de violencia doméstica, la empresa cuente con recursos y medios para tal efecto, y la modalidad de teletrabajo sea compatible con la prestación de servicios convenida en el contrato de trabajo (Álvarez, 2018: 10; Varas, 2021: 34).

En el caso chileno, más allá de las leyes dictadas para hacer frente a la crisis sanitaria en el contexto laboral y de la corresponsabilidad parental que puede darse al interior de cada familia, se requiere de una efectiva corresponsabilidad del Estado. En este sentido el Estado debe ser capaz de «articular una red pública de cuidados que sostenga desde lo común una parte importante de esas tareas, con salarios y empleos de calidad, y con todas las garantías para quienes cuidan y son cuidados» (Rodríguez, 2021: 74). En el caso chileno, por ejemplo, a través de la creación de un sistema de sala cuna universal.

Se requiere una política global y articulada que incentive la corresponsabilidad parental y estatal, que permita asegurar la igualdad real de la mujer en el mercado de trabajo, eliminando las brechas salariales, los «techos de cristal» (esto es, las barreras invisibles que limitan el ascenso laboral de las mujeres al interior de las organizaciones), y garantizando la provisión de cuidados sin traspasar su costo a la mujer trabajadora, para así lograr eliminar la división sexual del trabajo y la doble jornada laboral de la mujer (remunerada y no remunerada). En palabras de Rodríguez, «el trabajo decente será corresponsable o no será» (2021: 41).

Cuando finalice la pandemia por covid-19 y se ponga en práctica la normativa sobre trabajo a distancia y teletrabajo en un contexto de normalidad, tendremos que revisar nuevamente si las medidas incorporadas por la Ley 21.220 en este sentido, en especial la posibilidad de acordar el lugar donde se prestarán los servicios, el pacto de teletrabajo parcial y la opción de acordar el tipo de trabajo y su distribución, han permitido o no un mayor equilibrio entre trabajo, vida privada y familia (Jünemann y Wiegand, 2021: 56 y ss.).³¹

31 A propósito de esta última alternativa, Jünemann y Wiegand citan como ejem-

plo la posibilidad de pactar que la jornada de ocho horas diarias se distribuya de las siguientes maneras: trabajo continuo entre las 8.00 y las 17.00 h porque después debe ir a buscar sus hijos al colegio, o bien, entre las 8.00 y las 12.00 h y entre las 16.00 y las 20.00 h, ya que en el lapso intermedio debe cuidar a un familiar enfermo (2021: 59). No obstante, la desigualdad en el poder negociador de las partes contratantes —intrínseco a las relaciones de naturaleza laboral—, muchas veces impide que exista una real negociación al adoptar estos acuerdos que se adapten realmente a las necesidades de las madres trabajadoras.

Conclusiones

La globalización y las nuevas tecnologías de la información y comunicación han determinado que las organizaciones empresariales se basen en prácticas de autonomía y adaptación constante, y que las distintas legislaciones propicien políticas legislativas orientadas a promover mayores oportunidades de trabajo y la conciliación del trabajo y la vida familiar.

En este contexto, a lo largo de este material docente hemos revisado distintas formas de organización del trabajo, a través del examen de la normativa aplicable a la jornada parcial, los pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal del artículo 375 del Código del Trabajo, y los pactos para trabajadores con responsabilidades familiares del artículo 376 del mismo cuerpo legal.

Figuras como el contrato a jornada parcial y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo podrían ser muy útiles para promover una mayor inserción laboral, por ejemplo, de mujeres con hijos menores o de hombres que han asumido responsabilidades familiares como el cuidado de sus hijos, pero en la práctica solo han sido utilizadas de manera excepcional. En la jornada parcial ello responde a razones culturales, inflexibilidad en la gestión de personal y a la inexistencia de un sistema de seguridad social que garantice una tutela efectiva para aquellos trabajadores que, a través de esta forma de contratación, percibirán menores ingresos. En los pactos sobre condiciones especiales de trabajo ello responde a que la normativa que los consagra, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 20.940, permite celebrar estos acuerdos con un sindicato minoritario (del 30%), que no cuenta con un poder real de presión. Además, consagra el poder de la voluntad del empleador por sobre la libertad del trabajador, al permitir su extensión por acuerdo individual. En palabras de Gamonal, se trata de una medida desregulatoria (2020: 301).

Nuestro principal objetivo fue examinar el trabajo a distancia y el teletrabajo, sus principales características, la normativa actualmente vigente y los efectos de su aplicación, y los principales conflictos sobre la

materia que han sido sometidos a conocimiento de la jurisprudencia judicial y administrativa.

En estas líneas finales nos remitiremos a esta última temática por su importancia y contingencia. El trabajo a distancia y el teletrabajo, en su variante total o parcial, han llegado para quedarse. Sin duda estas modalidades contractuales seguirán siendo una realidad en el mercado laboral chileno y comparado una vez que termine la pandemia por covid-19. Por lo tanto, es fundamental que los trabajadores y los empleadores sepan de manera clara cuál es la normativa aplicable a estas nuevas modalidades y en qué términos, y que a nivel normativo se revisen las deficiencias que se han constatado tras la implementación de la Ley 21.220 de 2020, sobre trabajo a distancia.

Cabe precisar que no es posible mantener marcos regulatorios muy rígidos frente a realidades productivas que exigen flexibilización (Arroyo-Abad, 2021: 1). Sin embargo, se ha producido el efecto contrario: las nuevas realidades productivas han justificado la entrada en vigor de marcos normativos que no terminan de dotar de seguridad jurídica al ámbito del teletrabajo. El temor a establecer marcos regulatorios rígidos dentro de un ámbito tecnológico global ha conducido a una configuración de marcos legales vagos o extremadamente genéricos. En ambos casos se daña la actividad productiva y a los propios trabajadores (Arroyo-Abad, 2021: 12).

Ahora bien, según el Mensaje Presidencial con que ingresó a trámite legislativo a la Cámara de Diputados en agosto de 2018, este proyecto de ley buscaba regular el trabajo a distancia de manera sistemática, por estimar que la regulación contemplada en el artículo 22 del Código del Trabajo era insuficiente y no generaba las certezas necesarias para promover su uso. Además, hizo presente que esta figura propiciaba una mayor adaptabilidad de los trabajadores, la conciliación del trabajo y la vida familiar al propender a la corresponsabilidad laboral, nuevas oportunidades laborales para personas que por diferentes razones no habían podido ingresar al mercado laboral, contribuía al empleo sustentable y a brindar protección laboral a los trabajadores que prestasen servicios bajo esta modalidad.

¿Se han cumplido realmente estos objetivos? Esta ley vino a llenar un vacío jurídico que existía y que se incrementó por la crisis sanitaria, no obstante es insuficiente y perfectible. Desde un punto de vista social, durante la pandemia por covid-19, el teletrabajo cumplió un rol funda-

mental, ya que permitió que, pese a las restricciones sanitarias impuestas, la economía siguiera funcionando.

Además, esta nueva forma de organización del trabajo reporta importantes beneficios para los trabajadores, al proporcionar un aprendizaje constante en el uso de las nuevas tecnologías, reducir los tiempos de traslado, disminuir la cantidad de accidentes del trabajo, y propender a un mayor equilibrio entre el trabajo y las obligaciones familiares, pero aún hay varios aspectos que se deben revisar y mejorar para que su irrupción forzada trascienda a través de la creación de una cultura de mayor adaptabilidad laboral (Jünemann y Wiegand, 2021: 92) en un contexto de trabajo decente, que sintetice las aspiraciones de las personas durante su vida laboral, y que efectivamente comprenda la oportunidad de acceder a un empleo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para expresar las propias opiniones, la posibilidad de organizarse y participar en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para mujeres y hombres.¹

El riesgo es que esta nueva forma de organización del trabajo en muchos casos termine por precarizar y deteriorar las condiciones laborales de los trabajadores a distancia y de los teletrabajadores —lo que ya ha ocurrido—, en vez de ofrecer mayores y mejores oportunidades de empleo. A continuación, haremos referencia a aquellos aspectos que a nuestro juicio requieren de revisión.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la nueva normativa se ha centrado en el trabajo subordinado privado, sin abarcar el trabajo que se desarrolla en el sector público, a diferencia de lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Francia o Italia. Tampoco incluye el trabajo informal, porque se limitó a agregar un capítulo nuevo al Código del Trabajo. Por su parte, el artículo 152 quáter K del Código del Trabajo especifica las cláusulas que debe contener el contrato o anexo de trabajo a distancia o teletrabajo, sin incluir, entre ellas, que las labores a desarrollar deban quedar delimitadas en forma clara y detallada, sobre todo si se fijan con base en resultados. Una cláusula como la descrita permitiría que los trabajadores organicen adecuadamente sus tiempos de trabajo, ajustándose a la jornada laboral de una manera realista, que no afecte su vida privada y

1 OIT, concepto de trabajo decente, disponible en <https://bit.ly/3wWvg9O>.

la conciliación laboral y que evite que el trabajador en el cumplimiento de sus funciones deba recurrir a trabajo nocturno, en fines de semana, etcétera (Varas, 2021: 35).

A nuestro juicio, las principales críticas apuntan a la regulación sobre el tiempo de trabajo, vale decir, aquella relativa a la jornada laboral o su exención, a las pausas y descansos dentro de la jornada de trabajo y a los tiempos de desconexión. En general, estas modalidades no presenciales de prestación de servicios suelen implicar una mayor extensión de las horas totales de trabajo, porque terminan siendo utilizadas como un complemento de las actividades que se realizan en las instalaciones de la empresa, o bien, en el caso del teletrabajo, se exige conexión permanente.

Por lo demás, resulta especialmente contradictoria con sus objetivos, la posibilidad de que a través de acuerdos individuales se permita que los trabajadores a distancia y los teletrabajadores queden excluidos de la limitación de jornada de trabajo. En otras legislaciones, como la francesa, las condiciones que regulan el teletrabajo deben fijarse a través de acuerdos colectivos celebrados entre el empleador y los sindicatos u otras instancias paritarias.

Nuestra legislación sigue contemplando el teletrabajo entre las exclusiones de jornada, lo cual no deja de ser paradójico. En efecto, el artículo 22 opera sobre la base de trabajadores que no están sujetos a fiscalización superior inmediata, pero en el teletrabajo existen formas muy sofisticadas de control de la jornada de trabajo y las TIC operan no solo como medio de trabajo, sino como instrumento de control empresarial (Ugarte, 2004: 160). Pese a la consagración legal del derecho a la desconexión digital, resulta muy difícil limitar el control que puede ejercer el empleador por sobre el trabajador, convirtiéndose muchas veces en indiscriminado. Esta norma es muy flexible y poco protectora de los derechos fundamentales de los trabajadores, que se ven amenazados por la potestad de control que ejercen los empleadores.

Por su parte, aunque la Ley 21.220 no lo explicita en ninguna de sus disposiciones, las partes también podrían convenir que el trabajador a distancia quede excluido de la limitación de jornada laboral de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del mismo cuerpo legal, que comprende dentro de las excepciones que contempla a los trabajadores «contratados de acuerdo con este código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos».

Existe una antinomia entre esta norma legal y el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, en cuanto el artículo 22 excluye el trabajo a domicilio de las limitaciones de jornada de trabajo, mientras que el artículo 152 quáter J, parte del supuesto de que los trabajadores a distancia sí están sujetos a jornada laboral (Gamonal, 2021: 100).

Parte de la doctrina ha postulado que una solución posible sería concluir que prima el artículo 152 quáter J por sobre el artículo 22, por aplicación de la regla de la especialidad y del principio de protección. En otras palabras, el artículo 152 quáter J primaría por ser más protector y especial respecto del artículo 22 del Código del Trabajo (Gamonal, 2021: 100). Otra postura sería entender que el trabajador a distancia está exento del límite de jornada de trabajo, salvo que las partes acuerden lo contrario. O, la solución que propusimos, consistente en entender que la regla general es que el trabajador a distancia queda sujeto a las reglas generales sobre jornada de trabajo contempladas en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo, sin perjuicio de que para el caso en que se acuerde que el trabajador a distancia está exento del cumplimiento de jornada de trabajo (conforme al inciso segundo de esta misma norma), deba establecerse el tiempo de desconexión, a través de una cláusula incorporada al contrato o anexo de contrato de trabajo a distancia. Extrañamos una referencia explícita en este sentido.

Constituye un avance importante en la materia la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la desconexión, sobre todo porque ya no se trata del «viejo derecho al descanso con nuevas características» (Pessoa, 2019: 26), sino que también está asociado al derecho a la intimidad (Pessoa, 2019: 26). Sin embargo, sus verdaderos alcances dependerán de su adecuada implementación y de su aplicación práctica. En este orden de ideas, la dictación de Ley 21.220 podría haber sido el escenario propicio para que este derecho se acogiese en términos generales, y no solo a propósito del trabajo a distancia y del teletrabajo.

Muchas de estas problemáticas podrían ser abordadas a través de un procedimiento de negociación colectiva, como ha ocurrido en experiencias comparadas a propósito del derecho a la desconexión digital; sin embargo, en Chile el derecho colectivo no tiene la fortaleza suficiente para cumplir el rol que debiera, en relación con las materias objeto de nuestro estudio.

Por otra parte, se ha perfeccionado el poder de control del empleador y, en la actualidad, el empleador cuenta con nuevas y mejores herra-

mientas que le permiten vigilar la conducta de los trabajadores por medio de tecnologías invasivas de la privacidad. Según pudimos constatar, el teletrabajo y el control o supervisión que puede ejercer el empleador a través de medios tecnológicos puede dañar o poner en riesgo diversas manifestaciones o aspectos específicos de los derechos a la intimidad o vida privada del trabajador, de la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, y de la protección de datos personales de los teletrabajadores (Castro, 2020: 225).

En la actualidad, nadie pone en duda el fortalecimiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral ni el límite que estos constituyen respecto de las potestades del empleador, conforme a los artículos 5, 153, 154, 154 bis y 485 y siguientes del Código del Trabajo. Estas problemáticas pueden ser abordadas a través de la ponderación o balanceo de los principios constitucionales, ya que la lógica de la ponderación nos permite, en mayor o menor medida, equilibrar las pretensiones del trabajador y del empleador en cada caso particular. Para efectos de esta reflexión es preciso reiterar que las potestades del empleador deben ser reformuladas o limitadas al tenor de los derechos fundamentales del trabajador.

En este contexto, no debemos olvidar que la respuesta a estas interrogantes es «movediza» (Ugarte, 2004: 172), ya que la relación entre las nuevas tecnologías y el derecho del trabajo es «dinámica, múltiple y hasta contradictoria, y lo más importante, profundamente cambiante, por lo que no es de extrañar que lo que se pueda decir sea algo relativo y provisional» (Ugarte, 2004: 172), que debiera irse perfeccionando en paralelo con los nuevos avances tecnológicos.

En este orden de ideas, destacamos la incorporación de la expresión «medios tecnológicos» al concepto legal de teletrabajo, por indicación del Ejecutivo, precisamente para abarcar nuevos dispositivos o programas que en el futuro no puedan considerarse medios informáticos o de telecomunicaciones (Lizama y Lizama, 2020: 123).

Ahora bien, en relación con el deber de ocupación adecuada y efectiva, una de las deficiencias en la implementación de esta ley en Chile se ha vinculado con el incumplimiento de esta obligación por parte de los empleadores. Un alto porcentaje de trabajadores estima que faltan elementos adecuados para el teletrabajo y afirman que lo que más extrañan del trabajo presencial es precisamente la implementación adecuada para llevar a cabo las funciones contratadas. A mayor abundamiento, el

empleador incluso podría incurrir en conductas de acoso laboral si incumple el deber de proporcionar las herramientas necesarias para cumplir con la prestación de servicios convenida en el contrato de trabajo a distancia o teletrabajo y, no obstante, de manera reiterada, le exige al trabajador resultados que no puede alcanzar por no contar con las herramientas para hacerlo.

Cabe precisar que la incidencia del teletrabajo regular u ocasional aumenta con el nivel de desarrollo de un país. En este sentido, los factores que determinan una mayor proporción de trabajo a distancia son: la estructura económica u ocupacional del trabajo, el acceso a internet de banda ancha y la posibilidad de que los trabajadores tengan un computador personal, como señala la OIT en su Guía Práctica de Teletrabajo durante la Pandemia de 2020, ya citada.

Como sostuvimos, entre los principales objetivos mencionados por el Mensaje Presidencial con el que se inició la tramitación de la actual Ley 21.220, se consideraba la incorporación al mercado de trabajo de aquellas personas excluidas de este por diferentes motivos, como es el caso de las personas con discapacidad y de las madres o padres que tienen a su cargo el cuidado de los hijos o de los adultos que tienen a su cargo familiares enfermos o de edad avanzada.

Llama la atención que no se haya incorporado a este cuerpo legal ninguna medida que fomente la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Este es uno de los principales desafíos pendientes tras su dictación. Tampoco propició la inclusión laboral de aquellos que viven en las zonas más aisladas de nuestro país.

Por lo demás, esta ley no incorpora medidas orientadas a la responsabilidad parental, en circunstancias que estas modalidades de trabajo en muchos casos implican que las trabajadoras también deben hacerse cargo de las tareas domésticas y de cuidado, por la definición de roles establecida en nuestra sociedad, lo que se acrecentó durante la pandemia por las medidas sanitarias que decretaron el cierre de jardines infantiles y establecimientos educacionales.

En este sentido, el teletrabajo podría haberse configurado como un derecho de opción de los trabajadores con responsabilidades familiares (mujeres u hombres), que les permitiera, de manera indefinida o temporal, acceder a esta figura contractual y compatibilizar el trabajo con dichas responsabilidades (Varas, 2021: 35 y 36). Como ya manifestamos,

el error fue pensar que el teletrabajo constituye en sí mismo una medida conciliadora (Varas, 2021: 33).

Solo nos resta hacer presente que la regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo en Chile se planteó como una solución permanente frente a una emergencia sanitaria temporal. Lo anterior explica, en parte, algunas de sus deficiencias. Esperamos que, en el futuro cercano, se avance en la regulación y delimitación de los tiempos de trabajo, en la debida protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a distancia y teletrabajadores, en especial de sus derechos a la privacidad y al descanso, se fomente efectivamente la corresponsabilidad parental, se asegure una real conciliación de la vida laboral y familiar, y se propicie la inclusión laboral de las personas con discapacidad al mercado laboral chileno.

Los desafíos laborales del siglo XXI deben ser enfrentados con prudencia, entre lo nuevo y lo viejo: lo nuevo referido a las transformaciones tecnológicas y su incidencia en la organización del trabajo, y lo viejo centrado en la idea protectora y la defensa de los derechos fundamentales, los cuales vuelven a adquirir protagonismo en el derecho laboral ante los desafíos de la sociedad tecnológica.

Referencias

- Acuña, Marcela (2013). «El principio de corresponsabilidad parental». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 20 (2): 21-59. Disponible en <https://bit.ly/3txou8h>.
- Aguilera, Raquel y Rosario Cristóbal (2017). *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica*. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <https://bit.ly/3ztOp4L>.
- Alexy, Robert (2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara.
- Álvarez Cuesta, Hernar (2018). «La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso Deliveroo», *IUSLabor, Revista D’Anàlisi de Dret del Treball*, 2: 280-293.
- Álvarez, Paola (2018). «Teletrabajo en la experiencia extranjera. Los casos de Argentina, Brasil, Bélgica, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia y Portugal». *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria* (pp. 1-24). Disponible en <https://bit.ly/3xjTXxi>.
- Arellano, Pablo (2015). *Lecciones de seguridad social*. Santiago: Librotecnia.
- Arellano, Pablo, Juan Pablo Severín y María Ester Feres (editores) (2016). *Reforma al derecho colectivo del trabajo: Examen crítico de la Ley 20.940*. Santiago: Thomson Reuters.
- Arroyo-Abad, Carlos (2021). «Teleworking: A new reality conditioned by the right to privacy». *Laws*, (10) 3: 1-14. DOI: [10.3390/laws10030064](https://doi.org/10.3390/laws10030064).
- Avilés-Lucero, Felipe (2020), «Estimación trabajo doméstico no remunerado». Gerencia de Estadísticas Macroeconómicas, División de Estadísticas, Banco Central (pp. 1-12). Disponible en <https://bit.ly/3PK-jDdH>.
- Barba Ramos, Francisco y Miguel Rodríguez-Piñero Royo (2019). «Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español». *Derecho y Conocimiento*, 1: 13-33. Disponible en <https://bit.ly/3O7671W>.

- Bibby, Andrew (2001). «Correo electrónico e internet en el trabajo: ¿Privado o público?». *Trabajo, Revista de la OIT*, 40: 1-5.
- Bronstein, Arturo (2010). *Derecho internacional y comparado del trabajo: Desafíos actuales*. Madrid: Plaza y Valdés, Ginebra: OIT.
- Buckley, Timothy J. (2013). «Password protection now: An elaboration on the need for federal password protection legislation and suggestions on how to draft it». *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 31: 875-892.
- Caamaño, Eduardo (2007). *El derecho a la no discriminación en el empleo*. 2.^a ed. Santiago: LexisNexis.
- . (2010). «Mujer y trabajo: Origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 34: 179-209. Disponible en <https://bit.ly/3NKdBrL>.
- . (2014). «La discriminación laboral y el “pecado original” del derecho del trabajo». *Revista Pensamiento Americano*, 7 (13): 11-38. Disponible en <https://bit.ly/3aP7TX9>.
- Carro, María del Rocío y Gabriel Espinoza (2012). «Redes sociales y el despido sanción». *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, 9: 117-124. Disponible en <https://bit.ly/3ztc6Kj>.
- Casas, Lidia y Ester Valenzuela (2012). «Protección a la maternidad: Una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 25 (1): 77-101. Disponible en <https://bit.ly/3xIi3BN>.
- Castro, José Francisco (2020). *La protección de la intimidad del trabajador*. Santiago: Ediciones DER.
- Cerda, Alberto (2003). «Intimidad de los trabajadores y tratamiento de datos personales por los empleadores». *Revista Chilena de Derecho Informático*, 2: 35-59. Disponible en <https://bit.ly/3mDG7zB>.
- Chiuffo, Facundo (2018). «El derecho a la desconexión: Contenidos y perspectivas para su implementación desde la experiencia francesa». En *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4 y 5 de octubre, Santa Fe, Argentina (pp. 1-16). Disponible en <https://bit.ly/3mFFIfS>.
- Couso, Jaime (2018). «Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 25 (2): 29-76.

- D'Antona, Massimo (2000). «Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni». En Massimo D'Antona, *OPERE*, Vol. 5. Turín: Giuffré.
- Daugareilh, Isabelle (2020). [Texto sin título.] *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (2): 325-328.
- Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo 1. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Finkin, Matthew (2019), «Technology and jobs: The agony and the ecstasy». *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41 (1): 221-234.
- Gamonal, Sergio (1998). *Introducción al derecho del trabajo*. Santiago: ConoSur.
- . (2004). «Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos». *Cuadernos de Fundación Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 6.
- . (2006). «El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile». *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, 1: 213-228.
- . (2020). *Derecho colectivo del trabajo*. 3.^a ed. Santiago: Ediciones DER.
- . (2021). *Derecho individual del trabajo: Doctrina, materiales y casos*. Santiago: Ediciones DER.
- Gamonal, Sergio y Caterina Guidi (2015). *Manual del contrato de trabajo*. 4.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- . (2020). *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago: Ediciones DER.
- Gamonal, Sergio y César Rosado (2019). *Principled labor law, U. S. labor law through a Latin American method*. Nueva York: Oxford University Press.
- Gillette, Rebecca (2021). «The new normal? Rethinking telework accommodations in a post covid-19 world». *Belmont Law Review*, 9 (1): 231-264.
- González, Francisco (2001). «Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal». *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 5: 153-178.
- González, Leandro (2019). «Aspectos legales y normativos de las redes sociales: Un breve análisis jurídico de las redes sociales en internet en la óptica de la normativa argentina». Disponible en <https://bit.ly/3yTYAos>.
- Grande, Cristina y Carmen Gordillo (2013). «El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 855: 11-14.

- Guidi, Caterina (2006). «El acoso moral o psicoterror en el ámbito laboral». *Revista de Derecho de la Empresa*, 6: 65-92.
- . (2021). «Privacidad y avances tecnológicos: Nuevos desafíos». En Juan Pablo Severín (editor), *Derechos fundamentales de la persona del trabajador: Vida privada, honra, inviolabilidad de las comunicaciones y protección de datos* (pp. 121-159). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Herrera, Paloma (2016). «El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1): 87-112. DOI: [10.5354/0719-2584.2016.41268](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268).
- Hirigoyen, Marie-France (2001). *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Buenos Aires: Paidós.
- Iturriaga Delgado, Camilo (2016). «Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral». *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 4 (1): 53-67.
- Jüneman, Francisca y Claudia Wiegand (2021). *Manual de teletrabajo: Marco jurídico y buenas prácticas*. Santiago: Fundación ChileMujeres, OIT, Subsecretaría Derechos Humanos, Subsecretaría del Trabajo. Disponible en <https://bit.ly/3QcccvU>.
- Lanata, Gabriela (2006). *Contrato individual de trabajo*. Santiago: Universidad de Concepción, LexisNexis.
- Lizama, Luis (1998). «La construcción dogmática de formas atípicas de contratación a través de los dictámenes de la Dirección del Trabajo». En Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (editores). *IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Globalización Económica y Derecho Individual del Trabajo*, Tomo I (pp. 183-193). Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- . (2001). «Nuevas tecnologías, pero antiguos problemas: El respeto a la intimidad de los trabajadores». En *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Repensar las fronteras del derecho del trabajo y reafirmar sus principios* (pp. 387-392). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- . (2003). *Derecho del trabajo*. Santiago: LexisNexis.
- Lizama, Luis y Diego Lizama (2020). *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*. Santiago: Ediciones DER.
- Lizama, Luis y José Luis Ugarte (1998). *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago: Conosur.

- Macchiavello, Guido (1986). *Derecho del trabajo*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Martín, Ángel (1992). «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador: Límites constitucionales al poder de dirección empresarial». En Joaquín Aparicio y Antonio Baylos (editores), *Autoridad y democracia en la empresa* (pp. 51-63). Madrid: Trotta.
- Melis, Christian y Felipe Sáez (2000). *Derecho del trabajo. Tomo II*. Santiago: Jurídica Conosur.
- Mercader, Jesús (2002). *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Lex Nova.
- Monteiro, Evelyne (2003). «Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail». *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 2: 277 y ss.
- Palma, María do Rosario (2000). *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coímbra: Almedina.
- Pessoa, Rodrigo (2019). «El derecho a la desconexión del trabajo: La jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología - Una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo». *Revista Paradigma*, 28 (2): 11-34. Disponible en <https://bit.ly/3MB8wAQ>.
- Piñuel y Zabala, Iñaki (2005). «El mobbing o acoso psicológico en el trabajo». En Francisco J. Abajo (editor), *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral. Jurisprudencia Argentina* (pp. 15-84). Buenos Aires: LexisNexis.
- Plá, Américo (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. 3.^a ed. Buenos Aires: Depalma.
- Ramírez, Sulmer Paola (2013). «La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador». *Revista IUS*, 7 (31): 48-66. Disponible en <https://bit.ly/3aZb4fb>.
- Reche, Nuria (2019). «La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad». *IUSLabor* 3: 31-54. Disponible en <https://bit.ly/3aRcPus>.
- Rodríguez, Emma (2021). «De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: Un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1): 40-78. DOI: [10.46661/lexsocial.5470](https://doi.org/10.46661/lexsocial.5470).
- Rojas, Irene (2004). *Manual de derecho del trabajo: Derecho individual*. Santiago: LexisNexis.

- Salazar, Cristian, Oliver Rojas y Pablo Contreras (2007). «Teletrabajo y discapacidad en Chile: Perspectivas y desafíos». En *VII Congreso Iberoamericano de Informática Educativa Especial*, agosto 2007, Mar del Plata: 2-11. Disponible en <https://bit.ly/3Hepwfc>.
- Salazar-Concha, Cristian (2007). «El teletrabajo como un aporte a la inserción laboral de personas con discapacidad en Chile: Una gran carretera virtual por recorrer». *Revista Ciencia & Trabajo*, 25 (julio-septiembre): 89-98. Disponible en <https://bit.ly/3mjWPUx>.
- Serrano, Raquel (2004). «Jurisdicción competente y ley aplicable al ciberempleo transnacional: Algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de “dumping social”». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15: 213-278.
- Thayer, William y Patricio Novoa (2008). *Manual de derecho del trabajo: Derecho individual de trabajo. Tomo 3. 5.ª ed.* Santiago: Jurídica de Chile.
- Toledo, César (2016). «Análisis crítico de la sanción de las prácticas antisindicales en la Ley 20.940». En Pablo Arellano, Juan Pablo Severín y María Ester Feres (editores), *Reforma al derecho colectivo del trabajo: Examen crítico de la Ley 20.940* (pp. 135-160). Santiago: Thomson Reuters.
- Ugarte, José Luis (1996). «El contenido del contrato individual de trabajo». *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, 94 (pp. 10-24). Santiago: Dirección del Trabajo.
- . (2004). *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago: Universitaria.
- . (2011). *Derechos, trabajo y privacidad*. Santiago: LegalPublishing.
- . (2018). *Derechos fundamentales: Tutela y trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Varas, Karla (2021). «La irrupción del teletrabajo: La promesa engañosa de conciliación y flexibilidad». En Irene Rojas y Lucía Planet (coordinadoras), *Estudios sobre el trabajo de la mujer*. Santiago: Thomson Reuters.
- Viscomi, Antonio (2002). «Il “mobbing”: Alcune questioni su fattispecie ed effetti». *Lavoro e diritto*, 1: 45-66.
- Walker Errázuriz, Francisco (2003). *Derecho de las relaciones laborales: Un derecho vivo*. Santiago: Universitaria.

Teletrabajo, trabajo a distancia y nuevas formas de organización
de Caterina Guidi Moggia



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Beatriz Burgos,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma

