

**Sebastián
Parga
Moraga**

sparga@cpabogados.cl

**Pablo
Vasseur
Gallo**

pvasseur@cpabogados.cl

Análisis y comentarios a la ley N° 21.220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia*

Resumen: Con motivo de la reciente dictación de la ley N° 21.220 que “modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia”, se incorporó un nuevo Capítulo IX al Título II del Libro I del Código del Trabajo, denominado “Del Trabajo a Distancia y Teletrabajo”, que entre los artículos 152 quáter G a O, introdujo una serie de modificaciones e innovaciones en la materia. El objetivo de este artículo es dar cuenta de las principales innovaciones de la ley, poniendo énfasis

en los aspectos más problemáticos o que mayores dudas han generado en los operadores jurídicos, utilizando como marco normativo la propia ley N° 21.220 publicada el 26 de marzo de 2020, el dictamen ordinario N° 1389/007 de la Dirección del Trabajo del 26 de marzo de 2020, la Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y demás normativa aplicable.

* Sebastián Parga Moraga es socio en Canales Parga, Abogados Laborales. Magíster en Derecho del Trabajo Universidad de los Andes, Chile. Pablo Vasseur Gallo, es abogado en Canales Parga, Abogados Laborales. Magíster en Derecho del Trabajo Universidad Adolfo Ibáñez.

1. Definición legal de teletrabajo, trabajo a distancia y sus diferencias

La ley N° 21.220 distinguió entre dos figuras o modalidades distintas, por un lado, el trabajo a distancia que define el artículo 152 quáter G como “aquel en que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa” y, por otro, el teletrabajo que será aquel donde “los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”¹.

A partir de la propia definición legal, es posible concluir que ambos conceptos suponen la prestación de los servicios, total o parcialmente, desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos del establecimiento o faena del empleador, por lo que el elemento central para diferenciar trabajo a distancia

de teletrabajo, radica en determinar si la prestación de los servicios a distancia involucra o no la utilización o el reporte de la actividad del trabajador por medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones ².

Aun cuando la definición legal parece clara, en la práctica es usual que se presenten situaciones grises donde será difícil determinar si existe propiamente trabajo a distancia o teletrabajo, sobre todo considerando que en la actualidad existe una alta conectividad y distintos medios de comunicación disponibles a partir del uso masificado de internet, por lo que normalmente existirá algún grado de uso o reporte del trabajador por medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones³. En ese sentido, no cabe duda de que en el teletrabajo a diferencia del trabajo a distancia, predomina la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)⁴, así se desprende del

¹ Hasta antes de la dictación de la ley N° 21.220 no existía en nuestra legislación laboral, un tratamiento sistemático del trabajo a distancia o teletrabajo. Las únicas referencias se encontraba en el inciso cuarto del artículo 22 del Código del Trabajo, modificado por la ley N° 19.759 de octubre del año 2001, que en lo relativo a los trabajadores excluidos de la limitación de jornada dispuso: “Asimismo quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de las telecomunicaciones”, otro antecedente se encuentra en los pactos para trabajadores con responsabilidades familiares incorporados en el artículo 376 del Código del Trabajo por la ley N° 20.940 de septiembre del año 2016, que en lo pertinente permitía bajo ciertas condiciones acceder a “sistemas de jornada que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella”. Es decir, no se contemplaban definiciones, requisitos o condiciones para pactar el trabajo a distancia o teletrabajo, falencia que se acentuó con la opinión reiterada de la Dirección del Trabajo que, al ser consultada, concluyó que no se encontraba habilitada legalmente para emitir un pronunciamiento sobre este tipo de pactos (v. gr. dictamen ordinario N° 6483 de fecha 10 de diciembre de 2015). La escueta regulación introducida por el legislador en el año 2001 y su inclusión a propósito de las hipótesis de exclusión de la limitación de jornada, a juicio de algunos autores más que beneficiar a los trabajadores que se desempeñan en alguna de estas modalidades terminó “precarizando aún más la situación laboral de los teletrabajadores, ya que al no hacerles aplicables el límite de la duración máxima de la jornada de trabajo, los excluye también del control de asistencia o de la posibilidad de pactar jornada extraordinaria” (Caamaño, 2010, p. 91).

² No obstante, no se trata de la única opción, existiendo en la experiencia comparada algunas legislaciones que no han hecho la distinción entre trabajo a distancia y teletrabajo, incluyéndolos ambos dentro de la misma noción o concepto. Como ejemplos a esta última alternativa, se ha señalado el caso de España donde “el Estatuto de Trabajadores de España, (art. 13) Trabajo a Distancia, se establece sólo como requisito para la aplicación del contrato especial que la actividad se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajo o en el lugar libremente escogido por este” o el de Colombia en que la ley 1221 de 2008 “ha definido un ámbito de aplicación exclusivo a la figura del teletrabajo propiamente tal, es decir, conceptualizándolo como una forma de organización laboral ligada derechamente al uso de tecnologías de la información y telecomunicaciones (TIC)” (Rodríguez, 2015, p. 71).

³ Sobre las dificultades de definir el concepto de teletrabajo, véase: 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 financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros, 2016.

⁴ Existen distintas definiciones del concepto de tecnologías de la información y la comunicación, a modo ejemplar, se ha señalado que hace referencia “al 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” (Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2011).

nuevo artículo 152 quáter del Código del Trabajo⁵, más una interpretación extensiva podría llevarnos a considerar que toda labor ejecutada fuera del recinto de la empresa es teletrabajo, limitando excesivamente las hipótesis de trabajo a distancia.

Si bien se trata de un aspecto que deberá determinarse caso a caso, pareciera que lo relevante es calificar si la utilización o el reporte por medios tecnológicos constituye o no una característica principal o necesaria para la prestación de los servicios⁶, en ese sentido, como se ha señalado “la particularidad que represente el teletrabajo, se refiere a la necesidad que las actividades deban realizarse con la utilización de medios telemáticos o tecnologías que permitan la comunicación a distancia, siendo el internet la herramienta más trascendente en cuanto engloba, teléfono, correo, videoconferencias y mensajería instantánea” (Rodríguez, 2015, p. 71). Así, por ejemplo, un trabajador que presta servicios en terreno (fuera de las instalaciones, establecimiento o faena de la empresa) reportando diariamente su actividad vía correo electrónico, no se convierte necesariamente en teletrabajador, por el contrario, si el mismo trabajador para desempeñar sus labores durante su jornada debe contactarse remotamente a un servidor de la empresa, lo lógico sería entender que la utilización de medios tecnológicos es una característica principal o necesaria para el desempeño de sus labores y, por lo tanto,

fácilmente calificable como teletrabajo. En cualquier caso, la línea entre ambas modalidades no parece del todo clara y, eventualmente, deberá existir un trabajo interpretativo de los propios empleadores y trabajadores, la Dirección del Trabajo o inclusive los tribunales de justicia, sin perjuicio que, como veremos, su efecto es menor debido a que normativamente no existen mayores diferencias en la regulación del teletrabajo y el trabajo a distancia.

Por último, a todo lo dicho debe sumarse otra distinción que realiza la propia ley 21.220 a partir de la cual es posible distinguir el trabajo a distancia o teletrabajo de otras situaciones donde, si bien la ejecución de los servicios se realiza fuera de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, no existe propiamente ninguna de estas modalidades. Al efecto, más adelante, el nuevo artículo 152 quáter H que regula el lugar de prestación de los servicios en estas modalidades establece en su inciso segundo que “no se considerará trabajo a distancia o teletrabajo si el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa”⁷.

En consecuencia, no solo se requiere para que se configure el trabajo a distancia o teletrabajo que los servicios sean prestados, total o parcialmente, desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos

⁵ En la experiencia comparada, el caso de Colombia es especialmente ilustrativo; en efecto, la ley 1221 del año 2008 incorporó dentro de la definición de teletrabajo el uso de las tecnologías de la información y comunicación en los siguientes términos: “Una forma de de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y comunicación —TIC— para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe, 2017). Otro ejemplo lo encontramos en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET) del año 2002, que define teletrabajo como “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 estos locales de forma regular” (recuperado de: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf> [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020]).

⁶ Sobre el particular, dentro de los elementos distintivos del teletrabajo, se ha incluido el denominado “elemento tecnológico o cualitativo”, según el cual “además del trabajo a distancia, el teletrabajo requiere como uno de sus elementos definitorios la utilización intensiva de una determinada tecnología que permita precisamente el desarrollo de una tarea productiva fuera del centro de funcionamiento de la empresa. Estas tecnologías son básicamente las informáticas y las de telecomunicaciones (ejemplo: redes computacionales, correo electrónico, teléfono, videoconferencia, etc.) y posibilitan en la práctica que la prestación de los servicios del trabajador se canalice por estos medios hacia el empleador” (Caamaño, 2010, p. 183).

⁷ Esta referencia se incluía en el inciso final del artículo 152 quáter del proyecto de ley original despachado por el Ejecutivo, en los siguientes términos: “Las normas del presente Capítulo no se aplicarán cuando el trabajador deba prestar servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa o establecimiento” y durante la tramitación de la ley no se realizaron mayores aclaraciones o referencias (Mensaje del Presidente de la República en sesión 57, Legislatura 366 de fecha 8 de agosto de 2018).

de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, sino que la propia ley N° 21.220 establece

como condición adicional que este “otro lugar o lugares” no sean designados y habilitados por el empleador.

2. Aspectos contractuales del trabajo a distancia o teletrabajo

En rigor, el trabajo a distancia o teletrabajo no constituye una tipología contractual autónoma, sino que es propiamente un pacto que se celebra dentro del marco del contrato de trabajo, siendo su foco regular ciertos aspectos relevantes para la ejecución de servicios a distancia y no comprender todas las menciones o aspectos que de acuerdo con el artículo 10 del Código debe contener el contrato de trabajo.

En tal sentido, una de las innovaciones más relevantes de la ley N° 21.220 es que otorga un marco normativo específico para la prestación de servicios bajo las modalidades de trabajo remoto, que hasta antes de su dictación, estaba limitada a la posibilidad de excluir de la limitación de jornada a aquellos 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 las telecomunicaciones, en los términos del inciso cuarto del artículo 22° del Código del Trabajo, introducido por la ley N° 19.759 del año 2001, que omitió cualquier referencia respecto a los requisitos de este tipo de contratos, condiciones de ejecución u otros elementos esenciales para su aplicación práctica.

En consecuencia, con su dictación, se pone fin a la

discusión en torno a la procedencia, características y alcance de estas modalidades en nuestra legislación⁸, entregando lineamientos concretos respecto a ciertos aspectos mínimos que debe contener todo acuerdo o pacto de trabajo a distancia o teletrabajo y otorgando certezas a empleadores y trabajadores, en línea con la experiencia comparada de otros países que han propendido al mismo objetivo⁹. A continuación, nos referiremos brevemente a aquellos aspectos más relevantes que, en materia contractual, incorpora la ley N° 21.220 en la regulación del trabajo a distancia o teletrabajo.

2.1. Plazos para dar cumplimiento a la ley N° 21.220

La ley N° 21.220 fue publicada el 16 de marzo de 2020, entrando en vigencia a contar del primer día del mes siguientes, es decir, el 1 de abril de 2020, previéndose dos situaciones respecto a su exigibilidad para los empleadores:

a) Contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con posterioridad al 1 de abril de 2020 (fecha de entrada en vigencia) ya deberían estar ajustados a la nueva normativa.

⁸ Previamente a la dictación de la ley N° 21.220, la discusión radicaba, principalmente, en determinar si en los trabajos desarrollados en forma habitual en el propio hogar o en lugares libremente escogidos por ellos, sin vigilancia ni dirección inmediata del que contrata, daban o no lugar a una relación laboral y, por ende, se encontraban dichas situaciones de hecho reguladas por el Estatuto Laboral o, en su defecto, debía recurrirse a las normas generales del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, regulado en los artículos 2006 a 2012 del Código Civil. Luego, la dictación de la ley 19.759 de 2001 llevó a parte de la doctrina a estimar que el teletrabajo “contaría con una suerte de régimen laboral específico que despejaría la duda de laboralidad que persiste en otras comunidades jurídicas respecto del ejercicio de dicha modalidad”; no obstante, persistía la crítica debido a lo insuficiente de su tratamiento en nuestra legislación. Sobre la evolución de esta figura las discusiones que se suscitaron, véase Rodríguez (2015).

⁹ En Latinoamérica, a modo ejemplar, destaca el caso de Colombia donde el teletrabajo está regulado desde el año 2008 en la ley 1221. Lo mismo Costa Rica que en el mismo año emitió el decreto N° 34704 con el propósito de generalizar la práctica del teletrabajo a todo el sector público. En el caso de México la última reforma a la Ley Federal del Trabajo del año 2015, incluyó aspectos regulatorios vinculados al teletrabajo, y así los ejemplos son variados (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe, 2017, p. 37).

b) Contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con anterioridad al 1 de abril de 2020, la ley prevé un plazo de 3 meses desde su entrada en vigencia, para ajustarse a los términos de la ley N° 21.220. Es decir, el plazo se extiende hasta el 1 de julio de 2020.

De esta forma, tal y como se sugiere, desde el 1 de julio de este año, todos los contratos o anexos de trabajo a distancia o teletrabajo suscritos con anterioridad o durante la vigencia de la ley N° 21.220, deben ajustarse a dicha normativa.

Adicionalmente, debe señalarse que la propia ley prevé, también, que dentro de los quince días siguientes al que las partes acuerden sujetarse a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador deberá registrar electrónicamente el pacto respectivo ante la Dirección del Trabajo, la que remitirá copia al registro de la Superintendencia de Seguridad Social y a los organismos administradores de la Ley N°16.744.

2.2. Carácter voluntario: reversibilidad de la modalidad

El artículo 152 quáter I incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 21.220 contempla la posibilidad de que las partes retomen la modalidad de trabajo presencial, distinguiendo para ello si el trabajo a distancia o teletrabajo se pactó al inicio o en forma posterior. En caso de haberse convenido desde el inicio de la relación laboral, para adoptar la modalidad de trabajo presencial se requiere el acuerdo de empleador y trabajador. En cambio, se prevé que, si el trabajo a distancia o teletrabajo se pactó en forma posterior al inicio de la relación laboral, cualquiera de las partes de manera unilateral, podrá volver a la modalidad de trabajo presencial, dando aviso por escrito a la otra parte con treinta días de anticipación.

El reconocimiento de la posibilidad de dejar sin efecto alguna de estas modalidades está estrechamente

vinculado con el carácter voluntario del trabajo a distancia o teletrabajo¹⁰. En tal sentido, por ejemplo, dentro de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo se contempla como un principio fundamental que el teletrabajo tiene que ser una elección voluntaria y no un paso forzado, por lo cual necesariamente es voluntario para la persona y para la empresa en la cual trabaja, pudiendo formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o incorporarse de forma voluntaria más tarde, reconociéndose expresamente que el teletrabajador tiene derecho a volver al trabajo presencial en los establecimientos de la empresa (OIT, 2011, pp. 17-18). De igual forma, el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET) del año 2002 precisa que “si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar a teletrabajo es reversible por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo”.

La ley N° 21.220, en consecuencia, reconoce la posibilidad de adoptar el trabajo a distancia como algo permanente y desde el inicio del vínculo laboral, como, asimismo, contempla una hipótesis de transición, en la cual se garantiza a las partes que hubieren pactado dichas modalidades durante la vigencia del contrato de trabajo, a volver a condiciones anteriores, bastando para ello, únicamente la notificación con una antelación mínima de 30 días.

2.3. Detalle y contenido de los anexos de contrato y/o regulación del contrato original en caso de no existir una relación previa

En razón del principio de autonomía de la voluntad de las partes y el carácter consensual del contrato de trabajo, el propio artículo 152 quáter G reconoce que las

¹⁰ En la experiencia comparada, los tribunales de justicia se han pronunciado sobre el carácter esencialmente voluntario del teletrabajo, por ejemplo, el Tribunal Supremo de España, en sentencia de fecha 11 de abril de 2005, concluyó que: “la implantación de un sistema de trabajo a domicilio (en este caso de teletrabajo), pasando el trabajador a desarrollar parte de su actividad en su domicilio, en lugar de las oficinas de la empresa, exige la aceptación voluntaria del trabajador, no pudiendo establecerse por acuerdo o convenio colectivo, ni tampoco por modificación de las condiciones de trabajo” (Belzunegui, 2008, p. 141).

modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo pueden acordarse tanto al inicio como durante la relación laboral, sea en el contrato de trabajo o en un documento anexo al mismo. El límite que impone es que estos pactos no podrán implicar un menoscabo de los derechos del trabajador, en especial, en su remuneración¹¹.

En rigor, en ambos casos deben incluirse los elementos y condiciones que incorpora la ley N° 21.220, independientemente de si esto se realiza al inicio de la relación laboral o durante su vigencia mediante un anexo contractual¹². La diferencia práctica, en el caso de pactarse el trabajo a distancia o teletrabajo durante la relación laboral, será que muchos aspectos generales del contrato de trabajo, por ejemplo, remuneraciones, funciones, cargo u otros ya estarán regulados, por lo que en algunos casos no será necesario hacer modificaciones.

Pues bien, en cuanto a su contenido, la propia ley N° 21.220 establece que además de las estipulaciones previstas en el artículo 10 del Código del Trabajo, el contrato de trabajo (o anexos posteriores) en que se pacten modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, debe incluir necesariamente los siguientes elementos:

a) La indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva.

b) El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente

dónde ejercerá sus funciones.

c) El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo.

d) Los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador.

e) El acuerdo de distribución de jornada o exclusión de la limitación de jornada de trabajo, si corresponde.

f) El tiempo de desconexión.

De estos elementos, revisaremos por separado lo que se refiere a los mecanismos de supervisión y control, el acuerdo de distribución de jornada y el tiempo de desconexión, motivo por el cual, en este punto, únicamente haremos referencia a los restantes: indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva; el lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones; y, el período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo.

2.3.1. La indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, si es total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación respectiva

Aun cuando podría parecer evidente que el pacto debe contener el acuerdo de la modalidad escogida, sea trabajo

¹¹ Si bien esta restricción y la alusión expresa que se hace a las remuneraciones, podría llevar a plantear que no es posible pactar una reducción de las remuneraciones al acordar alguna de las modalidades de la ley N° 21.220, creemos que el sentido de la ley es —en una situación de normalidad— evitar que el trabajo a distancia o teletrabajo signifique un menoscabo para el trabajador, lo que no sería extensible a situaciones de anomalía (por ejemplo la crisis sanitaria) o incluso a otras donde exista una justificación o motivo plausible (por ejemplo pactar una reducción en la jornada o que se distribuya en menos días a la semana).

¹² Es relevante hacer presente que, en atención a las circunstancias actuales derivadas de la crisis sanitaria por el Covid-19, muchos empleadores han simplificado o flexibilizado los criterios para la suscripción de contratos de trabajo y anexos en general. En efecto, entendiendo que solicitar que el trabajador se traslade hasta las instalaciones o establecimiento de la empresa para suscribir la documentación laboral, no se condice con las recomendaciones de la autoridad y que, además, el uso de firmas electrónicas para documentación laboral se encuentra poco masificado, se han buscado otras alternativas. Referido lo anterior, la Dirección del Trabajo mediante el dictamen de trabajo a distancia o teletrabajo precisó en la materia que: “Al respecto, la doctrina de este Servicio contenida, entre otros, en Dictámenes Ord. N° 3161/064, de 29 de julio de 2008 y Ord. N° 789/15 de 16 de febrero de 2015, ha resuelto que en caso de que el empleador tenga implementado un sistema de documentación electrónica, resulta jurídicamente procedente suscribir los señalados documentos haciendo uso de los medios de firma electrónica establecidos en la Ley N° 19.799, entendiéndose por tales cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico (correo electrónico), que permita a quien reciba un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, en tanto su implementación no impida las labores fiscalizadoras de este Servicio y se garantice que el sistema utilizado resguarde que la voluntad manifestada por las partes a través de medios electrónicos corresponda a las mismas, asegurando además que el trabajador guarde constancia física del documento electrónico”.

a distancia o teletrabajo, el objetivo de esta indicación fue establecer expresamente, que las situaciones mixtas, es decir, que combinan trabajo a distancia o teletrabajo con labores presenciales, deben quedar consignadas en el contrato o anexo respectivo.

Referido lo anterior, conviene tener presente que el artículo 152 quáter J de la ley N° 21.220 menciona que “la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella”.

En cuanto a las fórmulas de combinación, el inciso quinto del artículo apenas citado agrega que “en aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación”.

Como se observa, la ley N° 21.220 prevé distintas situaciones respecto al establecimiento de modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo mixtas, es decir, donde éstas se combinan con la prestación de servicios en el establecimiento de la Empresa. Las alternativas, en consecuencia, pueden ser —entre otras— las siguientes:

a) Pactar derechamente que el trabajo a distancia o teletrabajo se ejecutará en ciertos días previamente acordados. Normalmente, en caso de escogerse alguna alternativa mixta (presencial y trabajo a distancia o teletrabajo) se preferirán este tipo de opciones y, en general, es la situación que menos dudas genera para trabajadores y empleadores. A modo de ejemplo, este sería el caso de un trabajador que de lunes a miércoles se desempeña en el establecimiento de la empresa, jueves y viernes en modalidad de teletrabajo desde su domicilio.

b) Pactar que el trabajador podrá optar entre distintas alternativas de distribución. En efecto, según comentamos, la propia ley N° 21.220 permite “acordarse alternativas de

combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación”.

Sobre este punto la Dirección del Trabajo ha señalado: “Debemos puntualizar que en el caso en que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido” (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

Lo anterior implica la dificultad de tener que establecer previamente las alternativas que podrá escoger el trabajador, lo que no es una tarea sencilla y supone determinar previamente cuáles serán las opciones que podrá escoger el trabajador, sea en el mismo anexo, el Reglamento Interno de Orden, Higiene o Seguridad o cualquier otro documento destinado al efecto.

En síntesis, independientemente de si se acuerda el trabajo a distancia o teletrabajo total o alguna alternativa parcial, dicha circunstancia por disposición expresa de la ley N° 21.220 debe quedar expresamente establecida en el contrato de trabajo o anexo correspondiente.

2.3.2. El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios o el acuerdo de que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones

Según previene el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, al convenir alguna de estas modalidades las partes deben determinar el lugar donde el trabajador prestará los servicios, que podrá ser el domicilio del trabajador u otro sitio determinado, agregando que, en aquellos casos que la naturaleza de los servicios admita que estos sean ejecutados en distintos lugares, podrán acordar que el trabajador elija libremente dónde ejercerá sus funciones.

Es relevante tener presente lo anterior debido a que, como señalamos, no será trabajo a distancia si los servicios son prestados en lugares designados y habilitados por el empleador, sean al interior de la empresa o fuera de ésta.

Nuevamente las alternativas son variadas, permitiéndose que el lugar donde se prestarán los servicios sea: el domicilio del trabajador u otro sitio determinado¹³ o en ciertos casos que éste sea elegido libremente por el trabajador. La elección no es indiferente, ya que como veremos en materia de seguridad y riesgos, existen distinciones entre aquellas hipótesis donde el trabajador desarrolla sus labores en su domicilio, de aquellas donde lo hace en un lugar que puede elegir libremente¹⁴, debido a que la identificación y prevención de los riesgos será distinta en cada caso.

2.3.3. El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo

Cabe señalar que el propósito de la ley N° 21.220 no era regular el trabajo a distancia o teletrabajo únicamente debido a la crisis sanitaria que vive el país producto de la pandemia por el virus Covid-19, si bien esta circunstancia fue determinante para destrabar el trámite legislativo de la ley; en rigor, se trata de una materia que se ha venido discutiendo largamente¹⁵ e incluso el proyecto finalmente aprobado fue presentado en agosto del año 2018¹⁶. De este modo, lo que se buscó fue adecuar la legislación laboral al uso de los avances tecnológicos y nuevas formas de comunicación, fomentando el máximo desarrollo profesional y personal de los trabajadores.

Con todo, si bien la intención del legislador es que el trabajo a distancia o teletrabajo sean modalidades que se adopten con un cierto grado de permanencia, se reconoce expresamente la posibilidad de limitar su vigencia a un tiempo determinado, debiendo tal circunstancia quedar plasmada en el documento contractual que se suscriba para dicho fin. En efecto, tal y como ha sostenido la Dirección del Trabajo “a propósito de los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, el trabajo a distancia o teletrabajo puede acordarse por un tiempo determinado o de forma indefinida, aspecto que deberá consignarse

al momento de alcanzar el acuerdo respectivo” (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

Ahora bien, debemos aclarar que tanto la norma como la Dirección del Trabajo omiten precisar de qué forma o qué requisitos debe cumplir el plazo o período de duración que se acuerde, siendo aplicables las normas generales, es decir, lo óptimo será que de su redacción sea posible determinar claramente para ambas partes tanto su inicio como su término.

Por último, en lo relativo a plazos o consecuencias de no escriturar este tipo de pactos, debemos distinguir dos situaciones:

a) El trabajo a distancia o teletrabajo se pacta al inicio de la relación laboral: se aplican las reglas generales relativas a los plazos de escrituración del artículo 9 del Código del Trabajo, es decir, dentro del plazo de 15 días de incorporado el trabajador o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicios determinados o de una duración inferior a treinta días. En este caso, como ha precisado la Dirección del Trabajo “la no escrituración del contrato de trabajo dentro del plazo fijado por el legislador para estos efectos, implicará que el empleador pueda ser sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales y, adicionalmente, se presumirá legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador. Ello en caso de que el empleador no haga uso del derecho que le confiere el inciso 3° del artículo 9 del Código del ramo” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

b) El trabajo a distancia o teletrabajo se pacta durante la vigencia de la relación laboral: no aplican los plazos de escrituración señalados anteriormente que solo están previstos para el caso de trabajadores nuevos,

¹³ La referencia de “otro sitio determinado” debe entenderse como cualquier espacio físico en que el trabajador decida ejecutar sus servicios, distinto del domicilio y siempre que no se trate de un lugar designado y habilitado por el empleador, en cuyo caso no se trataría de trabajo a distancia o teletrabajo. A modo ejemplar, el caso de un trabajador que decide trabajar en otra sucursal o establecimiento de la Empresa, por cercanía a su domicilio, no es trabajo a distancia o teletrabajo.

¹⁴ En el contexto de la crisis sanitaria, lo normal será que el lugar donde se presten los servicios en modalidad teletrabajo sea el domicilio del trabajador, para evitar la exposición a factores de riesgo y eliminar contingencias vinculadas al contagio del virus Covid-19.

¹⁵ Por ejemplo, existe un proyecto que buscaba modificar el Código del Trabajo, regulando el contrato de teletrabajo que data del año 2006 (Boletín N°4712-13).

¹⁶ Mensaje de S.E. el presidente de la República N° 071-366 de fecha 8 de agosto de 2018.

sin embargo, conforme al artículo 11° del Código del Trabajo las “modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo”, por lo que, de no ocurrir, podría “acarrear multas al empleador conforme a las reglas generales asociadas a este incumplimiento de la normativa laboral” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

En lo sucesivo efectuaremos una revisión pormenorizada respecto de los últimos tres elementos que, de conformidad al artículo 152 quáter K del Código del Trabajo, necesariamente debe contener el contrato o anexo de trabajo, a saber: mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador; el acuerdo de distribución de jornada o exclusión de la limitación de jornada de trabajo; y, el derecho a desconexión.

2.4. Supervisión y métodos de control

Sin duda este es uno de los aspectos que mayor preocupación genera en los empleadores, existiendo una aprehensión a adoptar medidas de trabajo a distancia o teletrabajo, en el entendimiento que constituye un debilitamiento de las potestades de dirección, supervisión y fiscalización de las labores que desarrolla el trabajador¹⁷. No es difícil identificar que las modalidades de trabajo fuera del establecimiento, instalaciones o faena de la empresa, implican un quiebre en los modelos de supervisión o

control tradicionales¹⁸, alterando los límites del concepto de subordinación laboral, es decir, “el sometimiento del trabajador a una organización jerarquizadas en la cual el empleador aparece como titular que satisface sus propios intereses y mantiene la decisión última sobre el trabajo” (Irueta, 2014, p. 268) lo que explicaría en parte que, a diferencia de otros países, Chile ha avanzado “paso a paso en la incorporación de esta modalidad laboral, si bien es cierto la sociedad está consciente que las TIC’s y las nuevas generaciones de trabajadores exigen transformaciones en la forma de trabajar, existen barreras culturales y estilos de dirección que han dificultado la incorporación del trabajo a distancia en las organizaciones” (Academia Internacional de Transformación del Trabajo, 2017, p. 36).

A esto se suma que, como es lógico, no es la intención de la ley N° 21.220, ni lo hace, establecer mecanismos o modalidades específicas vinculadas a la supervisión o el control que pueda ejercer el empleador. Por el contrario, la norma destaca que, en general, los trabajadores que se desempeñen en estas modalidades “gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo”¹⁹, motivo por el cual, es posible advertir que cualquier medida que se adopte debe ser proporcional, respetando siempre los derechos o garantías constitucionales de los trabajadores y, además, ser conocidas por estos²⁰.

¹⁷ Como se ha señalado: “En el caso del teletrabajo, los mecanismos y espacios de supervisión por parte del empleador no ocurriría en el marco de una relación de subordinación laboral, sino en el marco de una relación de cooperación laboral, donde la coordinación entre trabajador y empleador, así como el autocontrol por parte del trabajador parecieran constituir los pilares centrales de dicha relación. En este sentido, el empleador dejaría de ser aquella parte de la relación laboral que estaría determinando unilateralmente las directivas concernientes al trabajo y controlando su cumplimiento por parte del trabajador, siendo crecientemente el teletrabajador quien determinaría los momentos de reporte acerca de los avances en el servicio requerido. Estos reportes serían, a su vez, complementados por las demandas específicas que el empleador o el contacto vayan estableciendo a lo largo del desarrollo del servicio requerido, las cuales parecieran ser intercambiadas con el trabajador, a la luz de sus propias capacidades y conocimientos” (Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, 2005, p. 51).

¹⁸ En un estudio realizado en el año 2006, se identificó que: “El desconocimiento de esta modalidad, la cultura organizacional y el estilo de control y supervisión basada en la desconfianza, influyen en la adopción de esta modalidad en nuestro país. El Teletrabajo en Chile, aún está en su génesis, existen experiencias aisladas en muchas actividades económicas, también existen teletrabajadores independientes que prestan servicios desde sus hogares a empresas, y al no existir una red de teletrabajadores en Chile es difícil conocer cómo realizan su trabajo. Aunque la supervisión de los trabajadores en Chile parece ser paternalista, directa y autoritaria, sería importante evolucionar a una cultura organizacional que permita una supervisión basada en la responsabilidad y confianza para que el teletrabajo pueda ser utilizado en mayor cantidad de empresas, certificando a los teletrabajadores en políticas de confidencialidad y ética” (Salazar Concha y Pacheco Caro, 2006, p. 11).

¹⁹ Artículo 152 quáter G incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 21.220.

²⁰ No hay dudas que cualquier medida de control o supervisión para ser lícita, debe ser comunicada al trabajador y ser proporcional, en el sentido de resguardar tanto su derecho a la intimidad como su esfera privada, en atención a las especiales condiciones en que se prestan los servicios bajo estas modalidades (Dictamen ordinario N° 1389/007 de fecha 8 de abril de 2020).

En la práctica, se pueden establecer una serie de mecanismos de control y supervisión, para garantizar la obtención de los resultados esperados por la Empresa. La forma concreta que estos adopten dependerá de la realidad interna y las labores específicas que desarrolle el trabajador en la estructura organizacional, pudiendo identificarse algunas medidas tales como: detallar las funciones, asignar responsabilidades o tareas específicas, horarios formales de trabajo, sistema de reporte diario y designar coordinadores o encargados de solucionar temas críticos que puedan surgir.

Básicamente, a lo que se debe propender es a que el trabajador tenga certeza de sus labores y los plazos en que debe cumplirlas, lo que supone una tarea importante de las jefaturas y recursos humanos para determinar estos criterios, de acuerdo con la naturaleza y características de los servicios prestados. En cualquier caso, actualmente están disponibles herramientas para el control y trabajo colaborativo a distancia, con las que es posible supervisar el teletrabajo y, al mismo tiempo, fomentar el trabajo en equipo, la calidad y el cumplimiento de las metas u objetivos propuestos.

A modo ejemplar, dependiendo de las funciones que desempeñe el trabajador, algunas medidas que se pueden implementar para la supervisión o control son las siguientes:

a) Medidas de organización al interior de la empresa: medir el nivel de responsabilidades o gestiones a realizar por áreas, siendo relevante establecer protocolos, procedimientos o directamente encargados de velar porque no exista una sobrecarga de trabajo en un área específica, equilibrando adecuadamente la carga de trabajo.

b) Implementación de *software*, aplicaciones o medios tecnológicos: en la actualidad existen herramientas tecnológicas que permiten supervisar la labor del trabajador, desde lo más básico que podrían ser reportes diarios o semanales vía correo electrónico, hasta *software*

más avanzados mediante los cuales se puede cuantificar el tiempo dedicado a realizar una tarea determinada. En este caso, su aplicación dependerá finalmente de las labores desarrolladas por el trabajador y, en nuestra experiencia, más que el *software* o medio que se utilice, lo relevante es que exista una buena organización y distribución de las tareas al interior de la empresa.

c) Medidas que aseguren la comunicación y disponibilidad del trabajador dentro de su jornada: en efecto, existen herramientas tecnológicas que actualmente permiten el contacto con los miembros de trabajo de forma virtual, por ejemplo, mediante reuniones por videoconferencia, lo que permite junto con controlar y supervisar el trabajo evitar que se pierda el contacto entre los trabajadores.

d) Medidas para gestionar las tareas: otro método que puede ser fácilmente implementado, es un sistema mediante el cual cada trabajador mantenga un formato para efectos de planificar su agenda y el tiempo que dedica a las diferentes actividades, el cual sea de conocimiento del empleador.

e) Medidas específicas para trabajadores en terreno: en el caso de los trabajadores que se desempeñen bajo la modalidad de trabajo a distancia, existen mecanismos para verificar el cumplimiento de las labores que pueden consistir, por ejemplo: en el envío diario, semanal o mensual del detalle de atenciones/visitas o trabajos realizados; requerir que el cliente o a quién se le preste el servicio deje constancia del trabajo ejecutado; constancias por medios tecnológicos de la labor realizada (planillas, correo electrónico, etc.)²¹.

Con todo, según se esbozó anteriormente, cualquier medida que se adopte para controlar o supervisar la labor de los trabajadores a distancia o teletrabajadores deberá “tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerando que la utilización

²¹ En lo que respecta al sistema georreferenciación a través de GPS, la Dirección del Trabajo ha sido muy restrictiva con su aplicación, estimando que únicamente sería procedente en la medida en que exista una justificación o razón técnica, por ejemplo, como registro de asistencia, pero en ningún caso puede suponer una herramienta de vigilancia del trabajador, por considerar que no sería compatible con el derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores (véase Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 569 del 30 de enero de 2018). Por lo tanto, cualquier medida de esta naturaleza debe ser revisada previamente y determinar si se ajusta a los criterios establecidos por la autoridad administrativa.

indiscriminada o un ejercicio intensivo de sus facultades bajo un escenario tecnológico podría afectar los límites del espacio personal del trabajador” (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020).

Estos límites o restricciones al ejercicio de supervisión o control funcional del empleador sobre la forma y oportunidad en que el trabajador presta sus servicios, pueden derivarse de la protección a sus derechos fundamentales o, incluso, indirectamente a través de otros aspectos contenidos expresamente en la ley N° 21.220 que regula el trabajo a distancia o teletrabajo.

En lo referido al límite derivado de los derechos o garantías de los trabajadores, tales como su intimidad, privacidad, etc., la propia Dirección del Trabajo ha detallado, por ejemplo, que no se ajustaría a derecho instalar dispositivos de control audiovisual como forma de control o vigilancia permanente y continuada, debido a que, a juicio de la Dirección del Trabajo, por su intensidad no sería compatible con la dignidad humana (Dictamen ordinario N° 1389/007 del 8 de abril de 2020 en relación con dictamen ordinario N° 2856/162 del 30 de agosto de 2002). Cabe señalar que no es el caso de las reuniones o videoconferencias, sino que está aludiendo a un control permanente: por ejemplo, que al trabajador se le exigiera mantener su cámara activada durante toda la jornada.

De tal forma, la ley N° 21.220 incorpora otros aspectos que indirectamente constituyen un límite a la actividad de supervisión o control que puede ejercer el empleador sobre las labores del trabajador, siendo las más importantes las siguientes:

a) Extensión y duración de la jornada de trabajo: como veremos, el artículo 152 quáter J de la ley N° 21.220 establece que el trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales de jornada de trabajo contenidas en el Capítulo IV del Libro I, con las excepciones y modalidades establecidas en dicha normativa. Con esto se genera el efecto de que cualquier medida de supervisión o control no podría implicar exigir al trabajador superar los límites y

condiciones establecidas por el Código del Trabajo en lo referente a jornada.

b) Exclusión de la limitación de jornada respecto de los teletrabajadores (art. 22 inc. cuarto del Código del Trabajo): la propia ley dispone que tratándose de teletrabajadores con los cuales se hubiere acordado que estos se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo, de conformidad al artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.

c) Derecho a desconexión: este aspecto novedoso en nuestra legislación, que introdujo la ley N° 21.220, según veremos, asegura un tiempo o período de desconexión de al menos doce horas continuas, y funciona, asimismo, como un límite a la actividad de control o supervisión del empleador, no permitiendo que ésta sea continua o permanente.

Por último, surge la duda atendido el tenor de la ley N° 21.220 que incluye dentro de las estipulaciones mínimas de los pactos de trabajo a distancia o teletrabajo los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador, qué ocurre con aquellos que se hubieren implementado o ya existieran, pero no se encuentren contenidos en dichos pactos. Se trata de un tema abierto que, probablemente, se vaya resolviendo con los casos concretos que se vayan planteando y lo que eventualmente pueda sostener la Dirección del Trabajo o los tribunales laborales. Misma interrogante sobre su validez se puede plantear respecto de remisiones del propio pacto a otros instrumentos como el Reglamento Interno. Si bien será un aspecto que se irá aclarando, al menos, en una primera aproximación, es posible sostener que, si se trata de un mecanismo de supervisión o control especial, es decir, directamente vinculado con los servicios prestados bajo estas modalidades y, sobre todo, de cierta envergadura, para su implementación y validez debería estar contenido en el pacto correspondiente.

3. De la sujeción a jornada, exclusión de jornada y derecho a desconexión

Esta materia está extensamente tratada en la ley N° 21.220, siendo uno de los elementos centrales a determinar y sobre el que mayores dificultades se generan. A propósito, el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo comienza señalando que el trabajo a distancia o teletrabajo, podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos fuera de ella, aspecto ya revisado en los acápite anteriores.

Luego, agrega un elemento que es sumamente relevante, al disponer que el trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales de la jornada que están contenidas en el Código del Trabajo. Con esto, está precisando el legislador que el trabajador quedará afecto a las normas sobre duración y distribución de la jornada previstas en los artículos 22 y 28 del Código del Trabajo, como, asimismo, a las que regulan el descanso semanal que se establecen en los artículos 35 y 38 del mismo cuerpo legal.

A continuación, la norma realiza una serie de distinciones, que pueden agruparse de la siguiente forma:

a) Libre distribución de la jornada en los horarios que mejor se adapten a las necesidades del trabajador a distancia. Al efecto, el inciso tercero del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo dispone que: “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, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, sujetándose a las normas sobre duración de la jornada de los artículos 22 y 28 y las relativas al descanso semanal del Párrafo 4° del Capítulo IV del Libro Primero”. Lo primero es señalar que esta posibilidad se admite únicamente respecto del trabajador a distancia y no incluye al teletrabajador. Asimismo, se hace mención a la “naturaleza de las funciones” como criterio diferenciador para aplicar o no esta modalidad específica de distribución de la jornada.

b) Exclusión de la limitación de jornada de conformidad al artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo respecto del teletrabajador²². Sobre el particular, la norma 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. Sin embargo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores”. Nuevamente, debe hacerse la prevención que la norma delimita su ámbito de aplicación, en este caso haciendo alusión sólo al teletrabajador y no al trabajador a distancia. Esto se debe a que efectúa una remisión directa al artículo 22 inciso cuarto del Código del Trabajo, el cual señala que estarán excluidos de la limitación de jornada “los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

²² Cabe señalar que al respecto, para que sea procedente la exclusión de jornada del artículo 22 inciso cuarto es necesario que no exista “fiscalización superior inmediata” en la prestación de los servicios, lo que conforme a la doctrina uniforme y sostenida de la Dirección del Trabajo, implica la concurrencia de los siguientes elementos: a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados; b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento; y c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor (véase, por ejemplo, dictamen ordinario N° 576/8 de 17 de enero de 1991 y N° 594/75 de 7 de septiembre de 2007).

Cabe preguntarse, entonces, si lo anterior significa que no podrá excluirse de la limitación de jornada al trabajador a distancia. Si bien la Dirección del Trabajo nada dice al respecto, creemos que no hay impedimento alguno para ello, al menos por dos razones: (i) la propia norma hace aplicable a los trabajadores a distancia las normas generales sobre distribución de jornada, entre ellas, el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo, motivo por el cual, estimamos que procederá siempre que se cumplan sus requisitos; (ii) la ley N° 21.220 cuando se remite a lo dispuesto en el artículo 22 inciso cuarto respecto de los teletrabajadores, no incluye a los trabajadores a distancia, debido a que dicha norma sólo se refiere al teletrabajo al incorporar en su parte final “la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

Otro efecto de la ley N° 21.220 al hacer aplicables expresamente las disposiciones generales de la jornada de trabajo contenidas en el Código del Trabajo, es la obligación del empleador de establecer, cuando corresponda, un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia conforme a lo prescrito en el artículo 33° del mismo Código²³.

Lo anterior ha generado algunas confusiones en los empleadores, debido a que según ha dictaminado la propia Dirección del Trabajo el mecanismo que se implemente debe ser “fidedigno”, por lo que debe tratarse de un sistema previamente autorizado por dicho Servicio, de conformidad a una serie de características técnicas contenidas entre otros en los dictámenes ordinarios N° 1140/27 de 24 de febrero de 2016 y N° 5849/133 de 4 de diciembre de 2017. En consecuencia, no puede el empleador establecer cualquier mecanismo para el registro de asistencia, sino que debe ser uno previamente certificado y aprobado por la Dirección del Trabajo²⁴.

El problema es que muchas empresas no han estimado necesario adquirir un sistema de registro de asistencia

remoto autorizado, con los costos que ello implica y han optado derechamente por modificar la jornada, excluyendo a estos trabajadores de la limitación de jornada y, por lo tanto, de la obligación de registro de asistencia. Si bien esto es algo que hemos observado en la práctica y, en rigor, no existe un impedimento legal para ello, siempre que exista consentimiento de ambas partes, debe tenerse presente que existen dos contingencias: la primera, es que probablemente en estos casos existirá fiscalización superior inmediata, lo que implica que más allá de lo que indique el contrato o anexo en los hechos el trabajador estará sujeto a jornada, lo que podría ser eventualmente fiscalizado por la Inspección del Trabajo; y, la segunda, que un trabajador podría estimar que al estar excluido de la limitación de jornada no está obligado a cumplir ciertos horarios que se esperan de él y estaría justificado para ello. Como se aprecia, se trata de un aspecto que debe evaluarse de acuerdo con la realidad de la empresa y la naturaleza de las funciones que desempeñan los trabajadores a distancia o teletrabajadores.

3.1. Derecho a desconexión

Dentro de los elementos que todo pacto de trabajo a distancia o teletrabajo debe contener, se encuentra, como vimos, el tiempo de desconexión que en la ley N° 21.220 se encuentra regulado en el artículo 152 quáter J que dispone: “Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores”.

²³ El artículo 33° del Código del Trabajo señala: “Para los efectos de 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”.

²⁴ En la actualidad muchas empresas ofrecen este servicio, las cuales han previamente solicitado la autorización a la Dirección del Trabajo y, por lo tanto, cumplen con los requisitos técnicos exigidos por la autoridad.

Esta figura del derecho a desconexión representa una innovación en nuestra legislación, que fue extraída del derecho comparado, teniendo muchísimo desarrollo en ciertos países, por ejemplo, Francia²⁵. En el caso de Chile, la forma en que fue incluido el derecho a desconexión en la ley N° 21.220 implica un derecho o garantía para el trabajador y un deber u obligación para el empleador, que puede resumirse de la siguiente forma:

a) Los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o los teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada, no se encuentran obligados (o tienen el derecho) a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos de parte del empleador durante un período de al menos 12 horas continuas en un lapso de 24 horas.

b) El empleador no puede (o tiene la obligación) establecer comunicaciones o formularles órdenes u otros requerimientos durante el período de desconexión, los días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Lo que pretende la norma, es que mediante el trabajo a distancia o teletrabajo no se imponga al trabajador la obligación de estar continuamente disponible o que ejecute sus labores en jornadas extenuantes, por sobre los límites legales. En ese sentido, se ha señalado que “como mínimo, las modalidades de pleno ejercicio del derecho a la desconexión deben definir los tiempos de descanso y garantizar su respeto, salvo urgencia que sería por lo tanto deseable definir”, esto permitiría “descartar e impedir cualquier sanción o reproche al trabajador

por no contestar a una solicitud durante el ejercicio de su derecho a descanso” (Cialti, 2017, p. 178) ambos extremos incluidos por la ley 21.220.

Cabe precisar que, si bien la norma hace alusión únicamente al derecho a desconexión de los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada, esto se justifica debido a que son las únicas hipótesis donde el trabajador no debería tener un horario definido y registrar asistencia. Sin embargo, nada impide que, como medida adicional de prevención, se establezca como política general y aplicable a todos los trabajadores de la Empresa.

En cuanto a su implementación, la ley es sumamente escueta y el dictamen de la Dirección del Trabajo tampoco aclara cómo debe materializarse este derecho a desconexión. Sin perjuicio de la falta de claridad, existen multas concretas y específicas vinculadas a no respetar el derecho a desconexión²⁶. En la práctica será necesario estipular expresamente que se asegurará al trabajador al menos 12 horas de desconexión entre cada jornada de trabajo y establecer medidas, protocolos, procedimientos o instrucciones que permitan asegurar que no se vulnerará el derecho a desconexión de los trabajadores²⁷. En la experiencia comparada existen innumerables ejemplos de medidas que pueden adoptarse en tal sentido, por ejemplo, “establecer una desconexión total y automática, bloquear el acceso a herramientas digitales, dejar las TIC en el lugar de trabajo, recurrir a herramientas tecnológicas de gestión de flujo de los correos electrónicos (envío diferido,

²⁵ La ley francesa N° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales se propone tomar en consideración esta mutación y los problemas que pueden derivarse de ella y reconoce a los trabajadores, a partir del 1 de enero de 2017, un derecho a la desconexión. Sobre la evolución del derecho a desconexión en el derecho francés, véase: Naranjo, 2017, pp. 49-57.

²⁶ Según el tipificador de infracciones de la Dirección del Trabajo que contiene el catálogo de multas y las sanciones asociadas, el no respetar el derecho a desconexión es considerado una falta gravísima que expone a la empresa a multas entre 10 y 60 UTM dependiendo del número de trabajadores de la empresa (documento recuperado en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-108710_recurso_1.pdf).

²⁷ En el caso francés, el derecho a desconexión es abordado como una materia de interés y regulación colectiva, por lo que su regulación concreta dependerá de los acuerdos adoptados en dicho contexto. En este sentido, resulta ilustrativo revisar algunos ejemplos de mecanismos implementados para hacer efectivo el derecho a desconexión: “Por una parte, en el acuerdo Thalès, se opta por poner en marcha acciones de acompañamiento, de formación y de sensibilización, así como la distribución al conjunto de los trabajadores de notas relativas al uso de las TIC. El ANI que pone el acento sobre la importancia del diagnóstico, contempla la posibilidad de realizar una auditoría sobre el uso de las TIC. Por otra parte, de manera más pragmática, en el acuerdo Orange, el derecho a la desconexión reconoce la ausencia de obligación de contestar a correos electrónicos y promueve la función del envío diferido. La empresa Areva se propone establecer ‘un seguimiento específico y regular de los correos electrónicos, así como de su reparto temporal’. Más contundente, el acuerdo Michelin se propone detectar situaciones de riesgos, operando un control remoto de las conexiones fuera del tiempo de trabajo” (Cialti, 2017, p. 170).

redireccionamiento hacia otras personas disponibles y borrar los correos, invitar a volver a escribir, distinguir entre la urgencia del correo, etc.) tomar en cuenta el significativo tiempo de respuesta a los correos electrónicos como carga de trabajo, determinar las relaciones entre ruptura del derecho a la desconexión y el reconocimiento de horas extraordinarias” (Cialti, 2017, p. 179). No cabe duda de que, por el momento, este tipo de medidas o herramientas no son necesariamente exigibles o su ausencia sancionable a partir de la dictación de la ley 21.220, sino que se trata de aspectos que irán evolucionando de acuerdo con

la realidad de cada empresa y al uso masificado que eventualmente podría existir de estas figuras en el futuro.

Asimismo, se recomienda también capacitar o instruir a trabajadores, directivos, jefaturas y mandos medios sobre las implicancias de esta figura, estableciendo nuevas dinámicas dentro de la estructura organizacional que permitan cumplir con los objetivos del derecho a desconexión y de esa forma equilibrar adecuadamente la vida personal y familiar con el trabajo²⁸.

4. Asignaciones o bonos que podrían ser aplicables bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo

En principio, todo lo relativo a bonos, comisiones, tratos o cualquier otra remuneración variable, no debería sufrir mayores modificaciones, principalmente, aquellos vinculados a la productividad del trabajo o ciertos aspectos propios de la prestación de los servicios como la puntualidad, especialidad, esfuerzo, etc., todos los cuales, de permitirlo la naturaleza de los servicios prestados por el trabajador en dichas modalidades, deberían mantenerse. El principio rector de la ley 21.220 en la materia, según se detalla en el artículo 152 quáter G es que “en ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, su remuneración”.

Teniendo presente lo anterior, buscaremos determinar si producto de la dictación de la ley N° 21.220, deberán contemplarse asignaciones o bonos especiales atendido el trabajo a distancia o teletrabajo convenido. La respuesta es afirmativa y tiene estricta relación con quién asume los costos de los equipos, herramientas y materiales, incluyendo aquellos derivados de su funcionamiento, mantenimiento y reparación, bajo estas modalidades.

Como contexto, debe indicarse que, con la dictación de la ley antedicha se introdujo en el Código del Trabajo un nuevo artículo 152 quáter L, el cual establece expresamente que: “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador”.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente no existe discusión que es el empleador quien debe asumir tales obligaciones, lo que se extrae del tenor literal de la ley y, por lo demás, es lo que ha concluido la propia Dirección del Trabajo, al precisar que “el responsable de adoptar las medidas que garanticen el normal desempeño de las funciones es el empleador, consecuentemente, de ello se extrae el deber de proporcionar al trabajador los equipos, herramientas y materiales para el trabajo a distancia o teletrabajo, lo que incluirá los elementos de

²⁸ En cuanto a la importancia de las acciones de formación y sensibilización se ha señalado que estas “permiten contemplar la necesidad de pedagogía en cuanto al uso razonable y adecuado de las TIC. Destinadas a trabajadores y directivos, pueden permitir ofrecer soluciones y pautas de comportamiento individuales, comunes y homogéneas a la colectividad de trabajo” (Cialti, 2017, p. 180).

protección personal” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 de fecha 8 de abril de 2020).

Para dar cuenta de lo anterior, es necesario revisar brevemente en qué consiste la obligación de entrega de herramientas y los costos asociados a su funcionamiento, operación y mantención en la ley N° 21.220, para luego, exponer las eventuales asignaciones o bonos que podrían derivarse de ello.

4.1. Cumplimiento de la obligación de entregar herramientas, equipos y materiales de trabajo y los costos de funcionamiento, operación y mantención en el marco de la ley 21.220

En rigor, si se analiza en detalle, la ley N° 21.220 le impuso al empleador una doble obligación: por un lado, proporcionar a sus trabajadores los equipos, herramientas y materiales necesarios para la ejecución de los servicios en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; y, por otro, asumir los costos de funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos. Lo anterior es importante, ya que -como veremos- ambas obligaciones tienen formas distintas de cumplimiento. A continuación, repasaremos cada una de ellas.

4.1.1. Obligación del empleador de proporcionar al trabajador herramientas, equipos o materiales de trabajo

La primera de estas obligaciones tiene como finalidad no imponer al trabajador la carga de conseguir y costear los implementos necesarios para la ejecución de los servicios. En los hechos, esta obligación puede traducirse en distintos elementos, herramientas o equipos dependiendo de la naturaleza de las labores que desempeñe el trabajador.

Cabe aclarar, además, aunque pudiera parecer evidente, que la obligación del empleador es de medios y no de resultados. Es decir, el empleador debe poner a disposición del trabajador los equipos, herramientas y materiales necesarios para ejecutar los servicios convenidos, pero nada impide que el trabajador decida utilizar voluntariamente sus propios medios. Basta a nuestro juicio con acreditar que existió un ofrecimiento,

más no puede obligarse al trabajador a utilizar los medios dispuestos por la Empresa por sobre los personales, salvo que por las exigencias de su trabajo o función sea necesario o recomendable exigirlos.

Respecto a otros elementos que pueda requerir el trabajador, por ejemplo, silla, escritorio, teclado, pantalla, etc., si bien pueden entenderse incluidos dentro de la obligación del empleador de proporcionar herramientas, implementos o equipos de trabajo, su importancia radica, además, en la necesidad de asegurar ciertas condiciones laborales básicas para el trabajador a distancia o teletrabajador, lo que va de la mano con la mitigación de los riesgos y accidentes laborales, lo que será abordado en detalle al tratar el tema.

En consecuencia, creemos necesario definir adecuadamente cuáles serán, más allá de los elementos directamente relacionados a la ejecución de los servicios (*notebooks* o computadores), los implementos que se pondrán a disposición de los trabajadores no sólo para cumplir la obligación del artículo 152 quáter L, sino que, además, para asegurar las condiciones de seguridad y salud durante el trabajo a distancia o teletrabajo.

En concreto, consideramos que esta obligación podría cumplirse entregando directamente al trabajador los equipos, herramientas o materiales de trabajo, o en su defecto, otorgándole una asignación o bono para cubrir dichos gastos o compensar el uso de sus propios implementos de teletrabajo, cuestión que expondremos más adelante.

4.1.2. Obligación del empleador de asumir los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos

A partir de la distinción que efectuamos, esta obligación se refiere a la exigencia de la ley 21.220 que sea el empleador y no el trabajador quien asuma los costos asociados a la operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos de teletrabajo.

Precisamente, tratándose de esta obligación es donde se generan las mayores dudas, debido a que

se trata de un tema que –como reconoce la propia Dirección del Trabajo– debe evaluarse caso a caso. Básicamente, a juicio de la autoridad laboral, se deberían incluir los gastos vinculados al “uso de internet, energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones encomendadas por el empleador” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020). Como se observa, se trata de aspectos difícilmente cuantificables y que, finalmente, quedan entregados al arbitrio y acuerdo de las partes.

En tal sentido, estimamos que siempre que la suma sea razonable, no existen riesgos o contingencias asociadas a determinar de común acuerdo, un monto equivalente o cercano a los costos que le significan al trabajador el mantenimiento, reparación o funcionamiento de los equipos, sobre todo si estos fueron entregados por el empleador.

Lo anterior, debido a que el hecho infraccional previsto por el Dirección del Trabajo es el no pago de estos costos de operación sin cuestionar el monto acordado libremente por las partes, en el entendido que respecto de ciertos gastos como, por ejemplo, el internet o la energía eléctrica, es imposible determinar qué porcentaje es destinado al uso directo de los equipos, herramientas o implementos de teletrabajo.

4.2. El pago de un bono o una asignación para cubrir los costos de las herramientas, equipos o materiales de trabajo y su funcionamiento, reparación o mantención

De lo dicho, se puede concluir, que las modificaciones introducidas por la nueva ley, específicamente, en lo referido a las obligaciones que debe asumir el empleador respecto a las herramientas o equipos de trabajo, implicará la necesidad de establecer una asignación o bono para cubrir dichos sobrecostos para el trabajador. De este modo, lo que viene es determinar de qué forma se pueden asumir esas obligaciones y cuáles son las opciones de que dispone el empleador, para ajustarse a la nueva normativa.

4.2.1. *¿Es posible pactar el pago de un bono o asignación que cubra estos costos?*

Evidentemente la forma correcta de cumplir con la obligación de entregar los equipos, herramientas o materiales de teletrabajo, incluyendo sus costos asociados es a través de un bono o asignación.

Así, por lo demás, lo ha señalado la propia Dirección del Trabajo al disponer que: “los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador, debiendo destacar que, como ocurre con los costos de operación y funcionamiento, las partes podrán acordar el establecimiento de asignaciones a propósito del uso de internet, de energía eléctrica, alimentación y otros gastos necesarios para el desempeño de las funciones encomendadas por el empleador (...)” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020).

4.2.2. *¿Bono o asignación?*

En la práctica, hemos visto que algunos empleadores asumen el costo de dichos gastos mediante el pago de un bono especial al trabajador, en otros casos, se ha recurrido a la entrega de una asignación de desgaste de herramientas de teletrabajo, en el entendido que lo que se paga es una suma de dinero determinada al trabajador que labora con herramientas de su dominio en compensación del desgaste que éstas puedan experimentar a causa de su uso, que es precisamente la naturaleza que tanto el artículo 41 inciso 2° del Código del Trabajo como la propia autoridad laboral le han otorgado a este tipo de asignaciones.

La ventaja de establecerse como una asignación de desgaste de herramientas y no como un bono o una asignación de otra naturaleza, radica en que ésta no constituye remuneración por disposición expresa del artículo 41 inciso segundo del Código del Trabajo y, en consecuencia, no es imponible. Esto significa que no está gravada con el impuesto de segunda categoría, recibiendo el trabajador su importe íntegro sin deducciones o descuentos.

4.2.3. ¿Qué conceptos debería cubrir e incluir esta asignación?

En este punto, creemos que es necesario distinguir entre ambas obligaciones.

En efecto, tratándose de la obligación de entregar los equipos, herramientas o materiales de trabajo, no existe impedimento para que la asignación cubra su costo de adquisición, lo que, en todo caso, implicaría que la suma debería ser mayor que en caso de no incluirse. De todas formas, hacemos presente que, esto no será necesario en la medida que el empleador sea el que entrega estos equipos, en cuyo caso será recomendable agregar en el pacto una cláusula que haga referencia a la entrega y a la responsabilidad de cuidado y conservación que recae en el trabajador²⁹.

Por otra parte, en lo referido a la obligación de cubrir los gastos asociados al funcionamiento, operación o mantención de los equipos, en principio, la asignación debería incluir como indica la propia Dirección del Trabajo todos los gastos asociados como internet, luz, fotocopias o impresiones, entre otros. Asimismo, recomendamos regular que ocurrirá con gastos extraordinarios en los que deba incurrir el trabajador vinculados al mantenimiento o reparación, por ejemplo, ante un desperfecto en el equipo entregado por la empresa o la compra de una licencia o *software* requerido para la ejecución de los servicios.

4.2.4. ¿Cuál debe ser el valor o el monto de esta asignación?

Como adelantamos, la determinación de la suma a pagar por este concepto quedó entregada a la voluntad de las partes, siendo imposible definir una suma exactamente equivalente al gasto de electricidad, internet u otros elementos asociados al trabajo a distancia o teletrabajo.

En la materia, lo único que ha exigido la Dirección del Trabajo en general respecto de las asignaciones de desgaste de herramientas, es que su monto sea razonable y prudente en atención a la finalidad para la que ha sido establecida³⁰, es decir, que guardan relación con el costo real o aproximado de reemplazo o reparación de las herramientas o implementos de trabajo (en este caso teletrabajo)³¹.

Finalmente, nos parece que debe prevalecer un criterio de razonabilidad. En tal sentido, si la suma es muy baja podría estimarse que no alcanza a cubrir los gastos en los que presumiblemente incurriría el teletrabajador y podría ser cuestionada en el futuro.

²⁹ Del mismo modo existe la posibilidad de implementar entregas en leasing o asignar directamente el equipo y descontar mensualmente un valor determinado al trabajador. Todas medidas que deben evaluarse caso a caso y requieren un análisis más detallado de la realidad de la empresa y deben cumplir ciertas condiciones particulares.

³⁰ La legítima preocupación de la Dirección del Trabajo es que mediante este tipo de asignaciones no imponibles se abulten ficticiamente las remuneraciones del trabajador, por ejemplo, estableciendo una asignación de desgaste de herramientas muy alta y que no tenga un correlato en la realidad.

³¹ Si bien la Dirección del Trabajo, por lo reciente de la ley 21.220 no se ha pronunciado sobre las asignaciones de desgaste de herramientas propias del teletrabajo, si lo ha hecho en otras oportunidades sobre otros implementos. Véase, por ejemplo, dictamen ordinario N° 1367 de fecha 30 de marzo de 1998.

5. Aplicabilidad de la Ley N° 16.744 del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

5.1. Marco general: el deber de protección del empleador en la ley N° 21.220

La ley N° 21.220 contempla una serie de normas vinculadas con los riesgos y la seguridad en las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, las que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 152 quáter M y N del Código del Trabajo, imponen al empleador un conjunto de obligaciones concretas vinculadas con su deber general de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, estas son —entre otras— las siguientes:

a) En primer lugar, el empleador está obligado a hacer entrega al trabajador de los elementos de protección personal para el desempeño del trabajo a distancia y el teletrabajo, los que deben ser específicos para el tipo de riesgo y el trabajador se encuentra obligado a utilizarlos, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 del D.S. N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud.

b) Si los servicios se prestan desde el domicilio del trabajador u otro lugar previamente determinado, el empleador debe comunicar al trabajador las condiciones de seguridad y salud que el puesto de trabajo debe cumplir, debiendo velar por el cumplimiento de dichas condiciones. No obstante, se requiere autorización del trabajador para que el empleador ingrese a su domicilio. El empleador podrá requerir al organismo administrador del seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales al que esté adherido que, previa autorización del trabajador, ingrese al domicilio de éste e informe si el puesto de trabajo cumple con las condiciones de seguridad y salud señaladas en las normas vigentes sobre la materia.

c) El empleador debe informar por escrito al trabajador, acerca de los riesgos que entrañan sus labores, las medidas preventivas y los métodos de trabajo correctos, aplicables en cada caso en particular.

d) En forma previa al inicio de las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá efectuar una capacitación al trabajador acerca de las principales medidas de seguridad y salud para el desempeño de sus labores. Esta capacitación también puede ser encargada por el empleador al organismo administrador del seguro de la ley N° 16.744.

Como se observa, se trata de obligaciones específicas vinculadas con la prevención de accidentes y enfermedades de origen laboral, que pudieran producirse durante la vigencia del trabajo a distancia o teletrabajo. Si bien podría estimarse que se trata de cuestiones generales con poca aplicación práctica, agrega la ley N° 21.220 que, en todo lo demás, deberá remitirse al Reglamento que se dictará al efecto y que determinará las condiciones específicas de seguridad y salud a que deberán sujetarse los trabajadores que se desempeñen bajo las modalidades descritas en este nuevo cuerpo legal, que debe dictarse dentro del plazo de 30 días siguientes su publicación en el Diario Oficial.

5.2. Accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en el marco del trabajo a distancia o teletrabajo

En la materia, la ley N° 21.220 y demás normativa complementaria, no significó mayores innovaciones, debido a que se mantiene el criterio general, por el cual, se considerará accidente del trabajo³² toda lesión que

³² En lo que respecta a los accidentes de trayecto, esto es, los ocurridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la habitación y viceversa, además de aquellos producidos en el desplazamiento entre dos lugares de trabajo de empleadores distintos, no haremos mayores distinciones, sin perjuicio de lo cual, por razones obvias normalmente no tendrán lugar en aquellos casos en que se pacte el teletrabajo desde el domicilio del trabajador. Es importante tener presente que, en general, la distinción entre accidentes de trabajo o de trayecto, cobra relevancia porque estos últimos no afectan la tasa de la siniestralidad de la empresa, por lo que no se gravará su cotización adicional para el seguro de accidentes del trabajo.

sufra un trabajador a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca la incapacidad o muerte, teniendo la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744 en la medida que éstas se produzcan con ocasión de las labores que se ejecuten bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Por el contrario no serán accidentes del trabajo, los que no ocurran de forma directa, o bien, indirecta o mediata, pero en todo caso indubitable, como, por ejemplo, aquellos siniestros que ocurran mientras el trabajador realiza labores de limpieza del hogar, cocina, reparaciones u otros de similar naturaleza, en cuyo caso no gozarán de la cobertura del Seguro de la Ley N° 16.744.

Misma conclusión se sigue respecto de las enfermedades profesionales, que son aquellas causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realiza el trabajador y que le produzca incapacidad o muerte. En todo caso, será necesario que exista, como ocurre en la generalidad de los casos, una relación causal entre el quehacer laboral y la patología que provoca la invalidez o causa la muerte, de acuerdo con lo prevenido en el D.S. N° 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social del año 1968.

Ahora bien, en ambos casos, será una cuestión que deberá evaluarse caso a caso, manteniéndose el

mismo criterio entorno a que la atribución de calificar los accidentes y enfermedades que podrían tener alguna relación con el trabajo compete exclusivamente a los Organismos Administradores del seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N°16.744, lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Seguridad Social en última instancia, de acuerdo al procedimiento de reclamación contenido en el artículo 77 del mismo cuerpo legal. En efecto, en este tipo de modalidades, sobre todo los accidentes del trabajo, estarán usualmente vinculados a situaciones domésticas que serán de difícil acreditación, sin que tenga mayor injerencia el empleador.

Lo que si será muy importante, es lo relativo a la eventual responsabilidad que se le pretenda atribuir al empleador en la ocurrencia del accidente del trabajo o la enfermedad profesional, en cuyo caso será esencial poder acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad y prevención, tanto respecto al lugar de trabajo como de entrega de elementos de protección personal, matrices de riesgo, evaluación de riesgos y, en general, todos los aspectos que contempla la ley N° 21.220 y eventualmente el Reglamento antedicho, normativa sumamente exigentes en lo referido al deber de cuidado que pesa sobre el empleador, en los casos que se pacte alguna de estas modalidades.

6. Los sindicatos en la ley N° 21.220

Como ha precisado la Dirección del Trabajo los trabajadores en estas modalidades gozan de todos los derechos individuales que les reconoce el Código del Trabajo, en la medida que no sean incompatibles con la regulación del contrato a distancia y el teletrabajo, motivo por el cual, el legislador habría incluido en el artículo 152 quáter Ñ “el deber del empleador informar por escrito al trabajador la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos en la empresa al momento del inicio de las labores, agregando que en caso que se constituya una o

más de tales organizaciones con posterioridad al inicio de la prestación de servicios bajo las modalidades indicadas, tal información deberá ser proporcionada dentro de los diez días siguientes de recibida la comunicación establecida en el artículo 225 del Código del Trabajo” (Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/7 del 8 de abril de 2020).

En concreto, la única obligación que agrega la ley N° 21.220 respecto a los sindicatos es el deber de informar

básicamente dos circunstancias: informar al momento del inicio de las labores la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos y en el caso que se constituyan con posterioridad, dar aviso al trabajador dentro de los 10 días siguientes de recibida la comunicación establecida en el artículo 225 del Código del Trabajo.

Nada dice la ley o aclaró la Dirección del Trabajo, respecto al ejercicio de la labor sindical y las restricciones que

impone la prestación de servicios bajo estas modalidades, lo que evidentemente supondrá establecer mecanismos idóneos para que exista una adecuada comunicación entre los Sindicatos y sus afiliados, cuestión que no le incumbe implementar al empleador y será probablemente revisada por la autoridad administrativa a medida que vayan surgiendo consultas y casos problemáticos en la materia.

7. Teletrabajo en contingencia

No cabe duda de que la crisis sanitaria producida por la pandemia por Covid-19 desde inicios del año 2020 ha precipitado en Chile y en el mundo la adopción de modalidades de trabajo a distancia, sobre todo, teletrabajo, atendidos los impedimentos impuestos por la autoridad para el libre desplazamiento de bienes y personas, además de la prohibición de funcionamiento de ciertos sectores productivos que no se consideran esenciales.

En cualquier caso, debe aclararse que la ley N° 21.220 está pensada para condiciones de normalidad y naturalmente todas sus disposiciones tienen la intención de permanencia, buscando regular el trabajo a distancia o teletrabajo que se acuerda en tiempos de normalidad. Por lo tanto, no se incluyen normas de excepción o que maticen sus efectos debido a la crisis sanitaria, debiendo cumplir íntegramente el empleador con sus obligaciones, independientemente de las circunstancias actuales.

En otras palabras, el estado de excepción no implica que el empleador pueda desatender las obligaciones derivadas de la ley N° 21.220 o incluso estimar que, al ser el trabajo a distancia o teletrabajo una medida temporal, no es necesario regular expresamente esta situación. En ese sentido, el riesgo de la imposición de multas es una realidad, debido a que es el propio legislador quien, en la ley antedicha, le entrega la facultad de fiscalización del cumplimiento de los acuerdos de trabajo a distancia

o teletrabajo a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de aquellas conferidas a otros servicios del Estado.

En este contexto, existe una contingencia cierta de fiscalización e imposición de multas de parte de la Inspección del Trabajo, a instancia de algún reclamo formulado por un trabajador o derechamente por la visita inspectiva de la autoridad laboral, considerando —como se expuso— que todos estos acuerdos deben registrarse electrónicamente. Es más, desde la Dirección del Trabajo han adelantado que esta materia va a ser fuertemente fiscalizada, incluyéndose dentro del tipificador de infracciones una serie de sanciones vinculadas al trabajo a distancia o teletrabajo.

En efecto la versión actualizada al 1 de junio de 2020 del tipificador de infracciones incluye un nuevo capítulo 44 “del trabajo a distancia y teletrabajo” vigente desde el 1 de abril y sancionable desde el 1 de junio de 2020, incorporándose al catálogo una serie de hechos infraccionales vinculados con la ley N° 21.220, que abarcan la mayoría de sus materia, por ejemplo, no constar el pacto por escrito, no indicar el lugar de prestación de los servicios, no entregar herramientas de trabajo, no regular el derecho a desconexión, entre otras.

Por último, hay que recalcar que la importancia de regular el trabajo a distancia o teletrabajo, aún en el contexto actual, radica en la necesidad de establecer

reglas claras respecto a la ejecución de los servicios, la forma en que éstos serán prestados, lo que se espera de cada trabajador y evitar problemas en el futuro. Del mismo modo, debe propenderse a que estas modalidades, aún de implementarse temporalmente, permitan al trabajador conciliar adecuadamente su vida personal con el trabajo, estableciendo límites y respetando ciertas garantías

básicas de ambas partes. Ligado a lo anterior, no existe ninguna razón que permita eliminar o mitigar el deber de cuidado del empleador, incluso durante la pandemia, por lo que se vuelve esencial informar a los trabajadores sobre los riesgos laborales y adoptar todas las medidas de seguridad y prevención que exige la autoridad.

Referencias

- Academia Internacional de Transformación del Trabajo, Capítulo América Latina y el Caribe (2017). Recuperado de: <https://www.ita-lac.org/wp-content/uploads/2019/ITALAC-INFORME-ESTADO-DEL-TELETRABAJO-EN-LATINO-AMER%C3%8DCA-2017.pdf> [Fecha de consulta: 29 de junio de 2020]
- Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET). (2002). Recuperado de: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf> [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].
- Belzunegui Eraso, A. (2008). Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública. *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, (1), 129-148.
- Caamaño Rojo, E. (2010) El Teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33, 79-105.
- Cialti, P.-H. (2017). El derecho a desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece? *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 137, 163-181.
- Departamento de Estudios Dirección del Trabajo (2005). *Trabajo a domicilio en el siglo XXI Tres miradas sobre el teletrabajo*. Cuaderno de investigación N° 26. Santiago de Chile: Gobierno de Chile.
- Irureta Uriarte, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42, 251-282.
- Naranjo Colorado, L. (2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. *Saber, Ciencia y Libertad*, 12 (2), 49-57.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *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 financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros*. Ginebra: Departamento de Políticas Sectoriales.
- Rodríguez Reyes, I. (2015). Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6 (11), 62-92.
- Salazar Concha, C. y Pacheco Caro, L. (2006). Teletrabajo en Chile: el caso de la asociación chilena de empresas de tecnología de la información, ACTI. *Revista de Ingeniería Informática*, 13. Recuperado de: <http://inf.udec.cl/~revista/ediciones/edicion13/articulo%2013-1.pdf> [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].