

UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO



**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN LABORAL EN CHILE DE LOS
TRABAJADORES DEPENDIENTES NO SUJETOS A TELETRABAJO FRENTE
A LA PANDEMIA DEL COVID-19”**

Memoria de Prueba para optar al grado de:

Licenciado en Ciencias Jurídicas

Alumno:

Yuman Ignacio Mont Castro

Profesor Guía:

Sergio Gonzalo Pérez Alvarado

ARICA – CHILE

2020

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: EL CORONAVIRUS EN CHILE.....	3
1. COVID-19 Y LA CRISIS SANITARIA EN CHILE.....	3
1.1. El inicio de la crisis sanitaria en Chile	3
1.2. El virus Covid-19 constituye una pandemia	5
1.3. Inicio de la fase 4 en Chile y el establecimiento de Estado de Catástrofe	7
2. UNA CRISIS DE TRIPLE IDENTIDAD: SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL	9
2.1. CRISIS SANITARIA	9
2.2. CRISIS ECONÓMICA	12
2.3. CRISIS SOCIAL	17
CAPÍTULO II: EL TELETRAJO: LA PRINCIPAL MEDIDA PARA MANTENER VIGENTE LA	
RELACIÓN LABORAL	20
1. SITUACIÓN CRÍTICA DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LA CRISIS SANITARIA.....	20
1.1. Causal de necesidades de la empresa (Artículo 161 del Código del Trabajo)...	20
1.2. Caso fortuito o fuerza mayor (Artículo 159 N°6 del Código del Trabajo)	21
2. EL TELETRABAJO.....	24
2.1. Fundamento histórico del Teletrabajo.....	24
2.2. Concepto de Teletrabajo, como una modalidad atípica	27
2.3. Primera regulación del Teletrabajo en el Código del Trabajo.....	29
3. EL TELETRABAJO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19, BAJO EL	
ALERO DE LA LEY N°21.220.....	30
3.1. Diferencia entre Teletrabajo y Trabajo a Distancia.....	31

3.2. ¿Qué trabajadores no pueden optar a teletrabajo?	32
CAPÍTULO III: LA LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO.....	36
1. LIMITACIONES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	36
1.1. Aplicabilidad de la causal de caso fortuito o fuerza mayor para terminar o suspender el contrato de trabajo.....	37
2. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO	40
2.1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	41
2.2. PACTO DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO	54
3. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS TRABAJADORES QUE NO SE RIGEN POR LOS EFECTOS DE LA LEY N°21.227	57
CONCLUSIÓN	60
BIBLIOGRAFÍA.....	63

INTRODUCCIÓN

La memoria que se presenta a continuación tiene como objeto analizar una problemática que afecta la fuente laboral de un grupo amplio de trabajadores, ante el inicio de la Pandemia Mundial del Covid-19 que inició en Chile en marzo de 2020. Esta enfermedad ha puesto en riesgo la salud y la vida de todas las personas, lo que ha obligado a las autoridades públicas a dictar una serie de medidas sanitarias para controlar la propagación del virus, actos de autoridad como el establecimiento de toque de queda, cierre de establecimientos comerciales, cuarentenas sectoriales, comunales y regionales y cordones sanitarios. Estos actos de autoridad han implicado una paralización en el ámbito comercial y empresarial en Chile, lo que repercute gravemente en el Derecho del Trabajo, toda vez que el Principio de Continuidad Laboral se ve vulnerado por la masiva ola de despidos y suspensiones de contratos de trabajo que ha causado la paralización de actividades por estas medidas sanitarias.

Por lo tanto, ante esta grave situación es indispensable considerar la escasa regulación jurídica que protege a los trabajadores ante la pandemia del Covid-19 teniendo en cuenta los fines del Derecho del Trabajo, rama jurídica que tiene por objeto establecer normas y principios jurídicos que regulen el vínculo jurídico entre empleador y trabajador, protegiendo los intereses de la parte más débil económica y jerárquicamente, es decir, el trabajador. De esta forma, es necesario profundizar acerca de este conflicto jurídico, establecer cuáles son las alternativas que tiene el trabajador para que se garantice su continuidad en el empleo, cuáles son las prohibiciones que recaen en el empleador en cuanto a sus facultades y obligaciones contractuales y, finalmente, de qué manera el ordenamiento jurídico laboral ha intentado dar solución a esta problemática.

El presente estudio pretende analizar el conflicto señalado a través de la exposición de tres capítulos. El primero tiene por objeto contextualizar brevemente acerca del inicio y propagación del Covid-19 y señalar cómo ha afectado a Chile desde un punto de vista sanitario, económico y social. Seguidamente, el segundo capítulo tiene por finalidad analizar críticamente la principal alternativa de continuidad laboral que tiene el trabajador ante la crisis sanitaria: la figura jurídica del teletrabajo. Y finalmente, el tercer y último capítulo pretende estudiar y analizar la Ley N°21.227 o Ley de Protección al Empleo, normativa que se publicó para hacer frente a esta contingencia y proteger la estabilidad en el empleo y los intereses económicos de los trabajadores y trabajadoras.

CAPITULO I: EL CORONAVIRUS EN CHILE

El Derecho del Trabajo se caracteriza por ser una rama dinámica, en el sentido de que sus normas deben ir evolucionando junto con los cambios y acontecimientos que enfrenta nuestra sociedad. Lo anterior constituye una de las principales características de esta rama del Derecho, ya que su regulación no debe ser estática, sino estar en constante modificación atendiendo a cualquier hecho que afecte la relación jurídica entre trabajador y empleador, con el objeto de adecuar sus reglas y principios a las necesidades actuales que presenten los trabajadores ante sucesos determinados.

Son muchos los factores que pueden obligar a que las normas jurídicas laborales evolucionen, como por ejemplo los avances tecnológicos, la evolución en la vida familiar, crisis sociales y cualquier otro acontecimiento que afecte el vínculo jurídico entre empleador y trabajador.

Indubitablemente, el Covid-19 y su llegada a Chile constituyó una crisis no solo en el ámbito de la salud, sino en las diversas áreas de la sociedad, tales como, el ámbito social, económico, educacional y laboral, y ha obligado a nuestro ordenamiento jurídico a tomar nuevas medidas tendientes a regular esta situación problemática que atraviesa el país en todas sus facetas.

1. COVID-19 Y LA CRISIS SANITARIA EN CHILE

1.1.El inicio de la crisis sanitaria en Chile

Desde diciembre de 2019 hay una tensión y preocupación en todo el mundo tras la aparición de este nuevo coronavirus que tiene su origen en Wuhan-China y se contagia a través del contacto directo entre personas. Este nuevo coronavirus, denominado oficialmente como SARS-Cov-2 o “Covid-19” ha afectado a todo el mundo y, principalmente, en Chile

ha dejado cifras muy preocupantes¹: más de 480 mil casos de contagio confirmado y más de 13 mil fallecidos a causa de esta enfermedad (cifras registradas hasta el 15 de octubre de 2020). El 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud declaró que el virus del Covid-19 constituye una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional y, en febrero, la llegada de esta enfermedad a Chile era inminente ya que nuestro país se encontraba en la fase 1 de cuatro fases epidemiológicas.

La *fase 1* es aquella en que no hay personas contagiadas con Covid-19 en un Estado, pero los Ministerios y demás instituciones implicadas en la salud pública deben tomar medidas preventivas y prepararse para la llegada de esta enfermedad al país. La medida más importante que tomó el Estado fue dictar el decreto N°4 del Ministerio de Salud publicado el 8 de febrero de 2020 en el Diario Oficial, el cual decretó “alerta sanitaria” en todo el territorio de la República la que se enmarca dentro de la Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional decretada hace un mes por el Director General de la OMS². La alerta sanitaria tiene por objeto enfrentar la amenaza de salud pública producida por el Covid-19 y, con esto, dotar de facultades especiales a la autoridad de Salud Pública para una rápida provisión de recursos y toma de decisiones que permitan facilitar la contratación de personal adicional para la red de salud, comprar de manera urgente insumos y adquirir bienes, servicios o equipamientos que sean necesarios para enfrentar esta emergencia sanitaria que se aproximaba en ese momento.

Chile se mantuvo en la fase 1 hasta el 3 de marzo de 2020, fecha en la que se confirmó el primer caso de Covid-19 en Chile: se trata de un hombre de 33 años que estuvo de viaje por el sudeste asiático, principalmente por Singapur; en su retorno a Chile fue diagnosticado

¹ Estas cifras son publicadas diariamente por el Ministerio de Salud en su página web, disponibles en www.gob.cl/coronavirus/cifrasoficiales/

² Así lo ha declarado el artículo 1 del Decreto N°4 del Ministerio de Salud publicado el 8 de febrero de 2020 en el Diario Oficial, el cual dispone: “*Declárase Alerta Sanitaria en todo el territorio de la República, para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del Nuevo Coronavirus 2019 (2019-nCoV).*”

con la enfermedad en el Hospital Regional de Talca. Con esto, se dio inicio a la *fase 2*, que inicia con la llegada de este virus al país con la primera persona contagiada que contrajo la enfermedad en el extranjero. La misión, en esta fase, es identificar a las personas que contrajeron la enfermedad y a aquéllas que estuvieron en situación de contacto estrecho con la persona contagiada, para poder lograr una contención adecuada, es decir, tratar con medidas de aislamiento y control de dichas personas. La propagación del Covid-19 en Chile fue bastante rápida, hasta el 14 de marzo se registraron 61 personas con contagio confirmado en ocho regiones y en esa misma fecha el Ministro de Salud informó que el país se entraba a la *fase 3* en la cual no se puede establecer con seguridad la trazabilidad de los últimos casos de contagio confirmado directamente con un caso del extranjero.

1.2. El virus Covid-19 constituye una pandemia

El 11 de marzo de 2020, tres días antes que el Gobierno anunciara el inicio de la fase 3 en Chile, la Organización Mundial de la Salud declaró que el virus Covid-19 reúne los requisitos para que constituya una “pandemia”. Para comprender estos términos epidemiológicos es necesario definir los conceptos de *brote*, *epidemia* y *pandemia*³, los cuales se definirán a continuación:

- a) *Brote*: es una calificación usada en la epidemiología para denominar la aparición repentina de una enfermedad debida a una infección en un lugar específico y en un momento determinado. Ejemplo de un brote son los brotes de meningitis o sarampión, como también este nuevo coronavirus que tuvo sus primeros casos de infección en la ciudad de Wuhan a mediados de diciembre de 2019.

³ Los conceptos de brote, epidemia y pandemia fueron definidos en una investigación hecha el 12 de marzo por Gaceta Médica, investigación hecha a raíz de la declaración de la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. Página web: www.gacetamedica.com/investigacion

- b) *Epidemia*: se clasifica como epidemia cuando una enfermedad se propaga activamente debido a que el brote se descontrola y se mantiene en el tiempo, aumentando el número de casos de contagio en un área geográfica determinada.
- c) *Pandemia*: para que un brote epidémico constituya una pandemia, deben cumplirse dos criterios: que este brote epidémico afecte a más de un continente y que los casos de cada país ya no sean importados (que la fuente de los contagios se encuentre en el extranjero) sino provocados por transmisión comunitaria, esto es, que en un determinado país los habitantes se contagien con el virus debido al contacto directo entre las personas que residen en ese territorio, sin tener contacto directo con el extranjero.

El Director General de la OMS, Tedros Ghebreyesus, aseguró su preocupación por los niveles alarmantes de propagación del virus por todo el mundo, debido a que en menos de tres meses los números de contagio confirmado superan los 120 mil, en 114 países, mientras que las muertes por Covid-19 superan las cuatro mil personas⁴.

Con esto, el llamado a los Estados fue ampliar todos los mecanismos para controlar la propagación de este virus, mantener informados a los habitantes sobre los riesgos y cómo pueden protegerse, y encontrar, aislar y tratar casos de Covid-19 y rastrear a las personas con las que haya estado en situación de contacto. Lo anterior, se ha vuelto cada vez más dificultoso por la rapidez con la que aumentan los casos de contagio confirmado, lo que impide un rastreo de las personas que hayan estado en situación de contacto con el paciente, perdiéndose el control de esta enfermedad.

⁴ Las cifras y declaraciones que realizó el Director General de la OMS fueron aportadas por el Ministerio de Salud el 11 de marzo de 2020, a través de su página web www.minsal.cl.

1.3. Inicio de la fase 4 en Chile y el establecimiento de Estado de Catástrofe

Se señaló que la fase 3 en Chile comenzó el 14 de marzo y, sólo dos días después el Gobierno confirmaba el inicio la *fase 4*, debido a la rápida propagación del virus, ya que el número de casos de contagio confirmado ascendió a 156. La *fase 4* implica que existe una circulación viral y una dispersión comunitaria de la enfermedad, haciendo absolutamente imposible establecer la trazabilidad de los casos de contagio confirmado para determinar el origen de éstos.

La declaración de la Organización Mundial de Salud el 11 de marzo sumado al inicio de la fase 4 en Chile, obligó al Estado a tomar una serie de medidas para controlar esta pandemia que amenaza la salud y la vida de todas las personas.

1.3.1. Establecimiento de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe

La principal medida gubernamental fue el establecimiento de Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional a partir del 18 de marzo de 2020.

El Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe⁵ es declarado por el presidente de la República mediante un decreto supremo firmado por los Ministros de Interior y Defensa, cuando existen casos de calamidad pública dentro de una determinada zona geográfica o calamidad pública de causas humanas o naturales, que generen un grave impacto al normal desarrollo de la vida social y de la economía. Los acontecimientos que pueden motivar esta declaración pueden ser variados y de amplio alcance como, por ejemplo: sismos, inundaciones, sequías, epidemias o pandemias como es este caso con el virus Covid-19.

El Estado de Catástrofe permite la colaboración de las Fuerzas Armadas para enfrentar la crisis y establecer la designación de Jefes de Defensa Nacional en las distintas

⁵ El Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe está regulado en nuestra Constitución Política de la República y en la Ley 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional.

zonas geográficas de nuestro país, los cuales asumirán el mando de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública en las zonas respectivas.

En este caso en particular, este acto de autoridad tiene como finalidad:

- Dar mayor seguridad a los hospitales y todos los sitios de atención de salud.
- Proteger la cadena logística y traslado de insumos médicos.
- Facilitar el cuidado y traslado de pacientes y personal médico y la evacuación de personas.
- Resguardar el cumplimiento de las cuarentenas y medidas de aislamiento social.
- Garantizar la cadena de producción y distribución para asegurar el normal abastecimiento de la población.
- Proteger y resguardar las fronteras.

Al analizar estas finalidades que tiene el establecimiento de Estado de Catástrofe en el país, se puede observar la gravedad de la situación en la se encuentra todo el territorio nacional debido no solo a la pandemia que amenaza la salud y la vida de todos los habitantes, sino también, porque esta crisis sanitaria tendrá graves repercusiones en un ámbito social afectando el abastecimiento de alimentos e insumos básicos de las familias; en un ámbito económico ya que el comercio se verá gravemente afectado por la reducción en las ventas y servicios de las empresas (principalmente las PYMES), lo que generará un impacto importante en la económica del país, y un grave impacto en el ámbito social dado que muchos trabajadores y trabajadoras se verán imposibilitados de prestar eficientemente sus servicios contratados, por lo que un grupo amplio de trabajadores perderá sus empleos por el cierre de las empresas o, sólo perderá su remuneración, cuestión que, de todas maneras, resulta igualmente grave para la población.

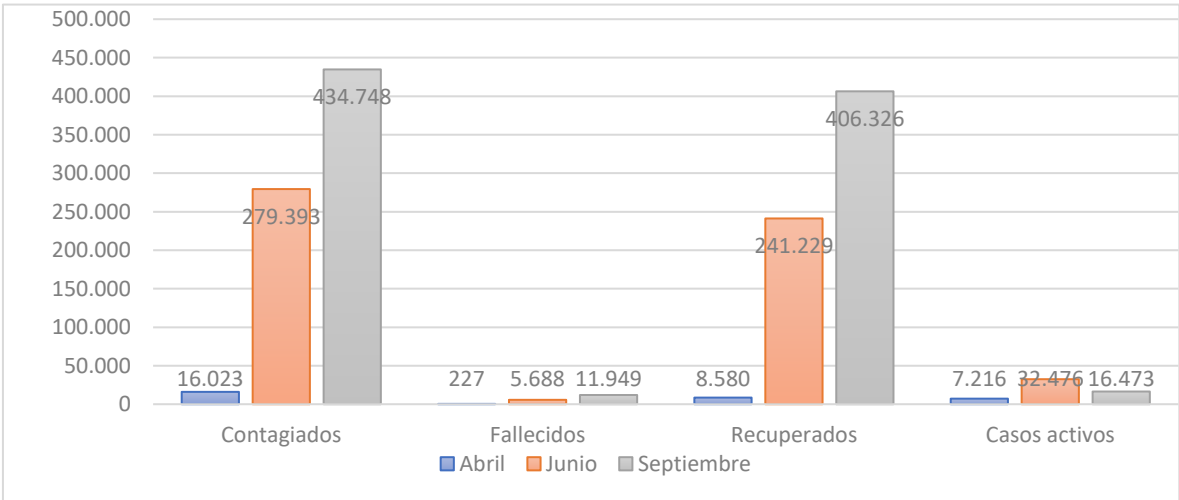
De lo anterior, se puede concluir que lo que se viene es una crisis sanitaria que afectará a al país en todas sus áreas, para lo cual las autoridades deben actuar de manera oportuna y efectiva para evitar, de la mejor manera posible, que las familias chilenas estén en una situación de escasez.

2. UNA CRISIS DE TRIPLE IDENTIDAD: SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL

Como se señaló al comienzo del presente capítulo, la sociedad puede experimentar diversos acontecimientos que pueden incidir considerablemente en la evolución de las normas jurídicas y, también, en el diario vivir. Sin duda, a raíz de la pandemia del Covid-19 el mundo está experimentando una gran evolución que ha traído una serie de dificultades para la vida cotidiana. Es por ello que se puede denominar este cambio brusco como una “Crisis de triple identidad”, que comienza con una crisis sanitaria que repercute en la economía del país, afectando finalmente en un aspecto social a todas las personas.

2.1. CRISIS SANITARIA

Desde una perspectiva clínica o sanitaria, Chile, se ha convertido en uno de los países más afectados por este nuevo coronavirus en el mundo, dejando preocupantes cifras que siguen aumentando progresivamente.



Fuente: elaboración propia.⁶

⁶ NOTA; El gráfico fue confeccionado en virtud de las cifras aportadas por el Ministerio de Salud, disponibles en la página web www.gob.cl/coronavirus/cifrasoficiales/.

El grafico expuesto anteriormente demuestra el aumento progresivo de los casos de contagio confirmado de Covid-19 en nuestro país, en los meses de abril, junio y septiembre.

Estas cifras ubican a Chile en el puesto undécimo de la tabla de los países más afectados en el mundo, tabla liderada por Estados Unidos que registra casi 200 mil fallecidos.

Indiscutiblemente, este nuevo coronavirus ha constituido una amenaza a la salud y vida de todas las personas y las cifras han demostrado su letalidad principalmente en personas mayores de 60 años y en aquellas personas que padecen una enfermedad crónica como la diabetes, hipertensión o cáncer. La letalidad de esta enfermedad y su fácil forma de contagio a través del contacto directo entre personas o por medio de gotas debido a la tos o estornudo de una persona contagiada, han dejado de manifiesto la peligrosidad de este virus ante la población, viéndose las autoridades públicas a tomar drásticas medidas gubernamentales para controlar el virus y proteger la vida y salud de todas las personas.

Chile, antes del inicio de esta crisis sanitaria, tenía un ejemplo claro en Europa de cómo no tratar la propagación del Covid-19, principalmente en España y Francia, países que no tomaron medidas sanitarias a tiempo para evitar la propagación del virus, lo que trajo como consecuencia que fueran los países más afectados en el inicio de esta pandemia en el mundo. Lo más crítico de la situación sanitaria en estos países fue que el colapso en los hospitales y demás centros de salud fue tan masivo que los médicos y demás funcionarios de la salud debían decidir a qué paciente atender y a qué paciente instalar un ventilador mecánico para salvarle la vida en desmedro de otro paciente que probablemente fallecería, es decir, tomar la difícil decisión de a quién salvar y a quién no.

2.1.1. Medidas gubernamentales para enfrentar la crisis sanitaria

Ante la propagación rápida del virus, el Gobierno Nacional dictó las siguientes medidas sanitarias⁷, para enfrentar esta crisis, las cuales son:

1. *Toque de queda*: es la suspensión de la libertad de circulación en los horarios determinado por los Jefes de Defensa Nacional en un Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, el cual fue decretado por el presidente de la República el 18 de marzo del presente año.
2. *Cuarentena de aislamiento*: es el confinamiento que deben realizar personas confirmadas con Covid-19, a la espera del resultado del examen de PCR o que han estado en situación de contacto con pacientes de Covid-19. Este confinamiento debe realizarse en su domicilio, recinto hospitalario o residencias sanitarias.
3. *Cuarentena territorial*: es el confinamiento que deben realizar todas las personas que residen en una zona específica, en donde se prohíbe la libre circulación de personas con el fin de evitar la transmisión comunitaria y la expansión del virus.
4. *Cuarentena preventiva*: es el confinamiento que deben realizar las personas mayores de 75 años durante el periodo que determine la autoridad y personas que ingresan a Chile durante el plazo de 14 días.
5. *Cordón sanitario*: medida que prohíbe el ingreso y salida de un lugar determinado.

Hasta el 24 de septiembre de 2020, el país registró más de 12 mil personas fallecidas a causa del Covid-19, una cifra que deja en manifiesto la letalidad de esta enfermedad y la gravedad de la situación en cuanto al confinamiento que deben cumplir todos los habitantes para proteger su salud y evitar la propagación del virus, confinamiento que ha entablado una anomalía en la vida cotidiana de todas las personas, ya que ha causado un impacto en la

⁷ Estas definiciones fueron publicadas por el Ministerio de Salud, en la página web www.gob.cl/coronavirus/plandeaccion/.

desde el punto de vista laboral, económico, social, educacional y comunicacional. Por lo tanto, esta crisis sanitaria no sólo afecta nuestra salud, sino además afecta otros aspectos fundamentales de la sociedad, generando otra crisis: una crisis económica.

2.2. *CRISIS ECONÓMICA*

La crisis sanitaria y las medidas adoptadas por la autoridad pública para controlar la propagación del virus, han traído como consecuencia otra crisis en el ámbito de la economía en Chile. Las medidas gubernamentales de toque de queda, cuarentenas y cordones sanitarios han afectado principalmente el derecho fundamental de libertad personal, en el sentido de que, con la dictación de estas medidas, se prohíbe a las personas transitar en la vía pública y/o salir o entrar de una determinada zona geográfica.

Lo anterior repercute gravemente en el comercio nacional, ya que por orden expresa del Gobierno de Chile, a partir del 21 de marzo deben cerrar por tiempo indefinido los cines, teatros, restaurantes, pubs, discotecas, gimnasios y eventos deportivos, con el fin de evitar las aglomeraciones e incentivar que la población permanezca en sus hogares. A consecuencia del impacto de la pandemia, la economía de nuestro país tuvo un descenso de un 11.3% en agosto de 2020, según el Indicador Mensual de Actividad Económica (IMACEC) que realiza el Banco Central, siendo las actividades más afectadas las de educación, transporte, servicios empresariales, restaurantes y hoteles.

2.2.1. *Reducción de la actividad económica*

Las medidas sanitarias que se establecieron para controlar la propagación del Covid-19- cuarentenas obligatorias, toque de queda, cierre de fronteras, de establecimientos educacionales y diversas empresas- han tenido enormes repercusiones en la sociedad desde un aspecto socioeconómico. El capitalismo es por esencia una economía monetaria, en el sentido de las personas, como consumidores, tienen que realizar diversas transacciones diarias para adquirir bienes y servicios. Lo anterior se ve gravemente alterado por las medidas

sanitarias, ya que las empresas que atienden presencialmente a los clientes- tales como restaurantes, cines, teatros, casinos, tiendas de retail, pubs, discotecas, gimnasios y lugares comerciales en general-han debido cerrar indefinidamente, lo que ha hecho disminuir considerablemente sus producciones de tal modo que se han visto en la obligación de someterse ante un procedimiento concursal de liquidación, reducir personal o, en el mejor de los casos, modificar su modalidad de atención al cliente para poder subsistir en la vida del comercio.

Además de las medidas sanitarias, se puede observar otro factor que motiva esta baja en la actividad económica: la incapacidad económica de las personas para adquirir bienes y servicios. Muchas familias han perdido su ingreso laboral o han visto una reducción en su salario, esto conlleva a que los ingresos económicos que mantienen las familias no permitan el consumo de bienes y servicios que ofrecen las distintas empresas y, en el caso que lo permitiesen, las personas priorizan los alimentos e implementos básicos para ‘sobrevivir’ durante esta pandemia. Lo anterior explica el por qué no se han visto afectados lugares como supermercados, almacenes y farmacias, lugares que han sido frecuentemente recurridos por los consumidores.

2.2.2. Consecuencias jurídicas a propósito de la reducción en la actividad económica

Las expectativas de crecimiento económico en Chile no son muy favorables a consecuencia de la paralización de actividades que generó la emergencia sanitaria del Covid-19. Este escenario de crisis tendrá implicancias en el futuro económico de las empresas del país, lo que conlleva un aumento en la tasa de desempleo y una disminución en los ingresos de las personas.

Esta crisis sanitaria tendrá efectos perjudiciales en la actividad económica de las empresas, las cuales tendrán una baja considerable en sus ventas y, ante esta situación, pueden enfrentar tres variables:

A) Que la empresa se someta a un procedimiento de liquidación o reorganización

Desde el punto de vista empresarial, lo más grave que puede implicar la nula o poca actividad económica es que la empresa inicie un proceso de liquidación ante la Superintendencia de Insolvencia y Reorganización, lo que afecta directamente en la economía nacional y en la tasa de desempleo.

Dentro de este contexto, las pequeñas y medianas empresas y los microemprendimientos son las más afectadas con esta crisis sanitaria, ya que se encuentran en la incapacidad de pagar remuneraciones a sus trabajadores y trabajadoras, como también de cumplir sus obligaciones tributarias. Ante esta situación las PYMES se ven en la obligación de reducir salarios, despedir trabajadores y trabajadoras y, en el peor de los casos, a iniciar un proceso de liquidación ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

Ahora bien, hay un grupo de empresas que tienen la posibilidad de reorganizar sus bienes para cumplir con sus obligaciones laborales y tributarias, sometiéndose a un procedimiento de reorganización ante la misma Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

Desde el punto de vista laboral, cabe preguntarse qué pasa con los trabajadores y trabajadoras de una empresa que inicia un procedimiento de reorganización o de liquidación ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. En este sentido, se debe distinguir el procedimiento al cual se somete la empresa deudora:

- Procedimiento de Reorganización

Lo principal en este procedimiento, es que el inicio de una reorganización judicial no pone término a la relación laboral, por ende, el pago de las remuneraciones se mantiene normalmente de acuerdo a como se acordó en los contratos individuales y colectivos de trabajo. Las deudas laborales o previsionales que mantenga la empresa deudora con sus trabajadores no son reorganizables; por lo tanto, los juicios seguirán su curso normal y las obligaciones laborales y previsionales que adeude la empresa deberán cumplirse una vez terminado el periodo de protección financiera concursal que otorga la Superintendencia (máximo 90 días).

- Procedimiento de Liquidación o Quiebra

En este procedimiento, el escenario es totalmente diferente. La resolución judicial de Liquidación de una empresa pone término a todos los contratos de trabajo vigentes, incluso de aquellos trabajadores que gozan de fuero sin necesidad de autorización previa.

El liquidador concursal debe comunicar este término a los trabajadores, personalmente o por carta certificada, enviando copia a la Inspección del Trabajo. Posteriormente, el liquidador debe poner a disposición de los trabajadores sus respectivos finiquitos, los que una vez firmados, sirven de antecedente suficiente para que se paguen las remuneraciones e indemnizaciones, en la medida que existan fondos disponibles en el concurso.

Finalmente, se puede concluir que la liquidación o quiebre de una empresa no sólo afecta a la actividad económica de ésta, sino, además, perjudica gravemente la situación socioeconómica de los trabajadores y trabajadoras del país, quedando sin un trabajo y un sustento económico estable que permita satisfacer las necesidades básicas de las familias durante esta situación de pandemia.

B) Modificación del sistema de trabajo que implementa la empresa

Siempre que las condiciones financieras y la naturaleza del servicio que ofrece la empresa lo permitan, ésta podrá implementar un sistema de trabajo que posibilite a la empresa ajustarse a la crisis sanitaria, con el fin de aumentar los niveles de producción, manteniendo vigente la relación laboral con sus trabajadores y evitando una disminución en la actividad económica. Empresas como restaurantes, bares o tiendas de retail se han adecuado a este cambio brusco que está experimentando nuestra sociedad, implementando una modalidad de atención a sus clientes, utilizando la vía online para atender a los consumidores y entregando sus productos a través del sistema de “delivery” o envío a domicilio.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede afirmar que la modalidad más utilizada por las empresas y que ha permitido que éstas continúen funcionando y que las relaciones laborales no terminen, es el Teletrabajo- figura jurídica que se abordará con profundidad en el capítulo siguiente- el cual ha sido uno de los principales factores de esta “nueva normalidad” desde el punto de vista laboral y educacional. La pandemia del Covid-19 ha perjudicado notablemente las relaciones presenciales entre personas, por lo que muchas empresas están implementando el Teletrabajo como la principal solución en las relaciones laborales frente a esta crisis sanitaria y económica.

2.2.3. Proyecto de ley que modifica la Ley 20.720 y demás ayudas económicas para las empresas

En el contexto de esta crisis económica producto de la emergencia sanitaria del Covid-19, se hace necesario que el Estado aplique medidas urgentes para otorgar ayudas de financiamiento para las micro, pequeñas y medianas empresas que han sufrido bajas importantes en sus ventas y servicios, para que puedan subsistir durante este tiempo de pandemia y evitar iniciar un procedimiento de liquidación o reorganización.

Con el objeto de levantar la economía del país y otorgar mayor protección a las empresas que se encuentran en una situación de insolvencia, en septiembre del presente año el presidente Piñera firmó el proyecto de ley que modifica la Ley 20.720 (conocida popularmente como la Ley de Quiebras).

Principalmente, este proyecto de ley tiene como objeto otorgar una mayor accesibilidad para las micro, pequeñas y medianas empresas, estableciendo requisitos más factibles- reduciendo plazos, eliminando requisitos engorrosos y reduciendo el costo para la determinación de un veedor y/o liquidador- para que puedan acceder a un proceso de liquidación o reorganización ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. También, este proyecto de ley busca promover la utilización del procedimiento de reorganización desincentivando el procedimiento de liquidación, con el fin de disminuir el porcentaje de empresas o personas que solicitan a la Superintendencia liquidar sus bienes.

Además de este proyecto de ley, el Estado ha anunciado el otorgamiento de beneficios tributarios para las pequeñas y medianas empresas. Estos beneficios son, por ejemplo: reducción del Impuesto de Primera Categoría de un 25% a un 10% para los años 2020 a 2022; devolución del crédito fiscal acumulado por las Pymes que hayan tenido caídas en sus ventas; ampliación de 2 a 3 meses del plazo de postergación del pago del IVA para las Pymes; y otorgamiento de bonos y préstamos para las microempresas.

2.3.CRISIS SOCIAL

La crisis económica que afecta al campo empresarial da origen a una crisis en el mercado laboral; la nula producción en las ventas o servicios y las solicitudes a la Superintendencia para iniciar procesos de reorganización o liquidación de las empresas han traído como consecuencia la terminación o suspensión del contrato de trabajo de diversos trabajadores y trabajadoras en Chile, convirtiéndose, el desempleo, en la principal figura de esta crisis social.

Los trabajadores se encuentran en un estado de desprotección jurídica frente a esta pandemia, dado que, frente a esta emergencia sanitaria y las medidas gubernamentales dictadas por la autoridad pública, los empleadores se vieron en la necesidad económica de poner término a la relación laboral con uno o más trabajadores invocando la causal de necesidades de la empresa por una baja en su productividad establecido en el artículo 161 del Código del Trabajo o invocando la causal de caso fortuito o fuerza mayor consagrado en el artículo 159 N°6 del mismo cuerpo legal, como también, estableciendo la suspensión del contrato de trabajo por las mismas causales.

Ante esto, más de 800 mil trabajadores se han visto afectados por la terminación o suspensión de su contrato de trabajo, quedando en un estado de inestabilidad económica para enfrentar la crisis sanitaria del Covid-19. El desempleo da origen a diversas problemáticas sociales que deben afrontar innumerables familias en el territorio nacional como, por ejemplo, la incapacidad económica de pagar el arriendo de un inmueble o satisfacer las necesidades básicas de alimentos y medicamentos; necesidades que van aumentando a medida que se propaga el virus Covid-19 en el país. Los problemas económicos, las deudas, el estrés y ansiedad ocasionados por el encierro, la escasa conciliación entre el teletrabajo y/o teleducación y la vida diaria durante la pandemia, han afectado considerablemente a diversas familias en Chile, es por ello, que se hace necesario la intervención del Estado para otorgar ayudas y mecanismos para que las familias puedan lograr una solvencia económica.

El Estado ha tomado diversas medidas de ayuda para las familias más vulnerables en esta etapa de pandemia, como también, se han dictado leyes que han dado protección jurídica y económica a los trabajadores y trabajadoras que se han visto afectados(as) con la llegada del Covid-19 a Chile, principalmente como la Ley N°21.227 la cual faculta el acceso a las prestaciones del Seguro de Cesantía de la Ley N°19.728. Sin perjuicio de lo anterior, existen varias disyuntivas desde el punto de vista laboral- respecto del Teletrabajo como la principal

alternativa jurídica para evitar la terminación del contrato de trabajo y, quiénes pueden o no
regirse por esta modalidad- las cuales se disiparán a continuación.

CAPÍTULO II: EL TELETRAJO: LA PRINCIPAL MEDIDA PARA MANTENER

VIGENTE LA RELACIÓN LABORAL

1. SITUACIÓN CRÍTICA DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LA CRISIS

SANITARIA

La crisis sanitaria y económica que afecta a Chile desde marzo del presente año, ha traído grave repercusiones en la situación laboral de muchos trabajadores y trabajadoras, que han sido despedidos(as) por motivo de la pandemia y/o las restricciones sanitarias. Desde que comenzó esta emergencia sanitaria en el país hasta junio, la tasa de desempleo ha aumentado un 12,2% según el Instituto Nacional de Estadísticas. Las causales que se invocan en estas desvinculaciones son el caso fortuito o fuerza mayor establecido en el artículo 159 N°6 del Código del Trabajo y las necesidades de la empresa regulado en el artículo 161 del mismo cuerpo legal.

1.1. Causal de necesidades de la empresa (Artículo 161 del Código del Trabajo)

Dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo, encontramos las necesidades de la empresa, establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo el cual dispone, en su inciso primero, lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.”

Del análisis del precepto mencionado anteriormente, cabe preguntarse qué se entiende por necesidades de la empresa. “Necesidades de la empresa” no es la sola voluntad unilateral,

discrecional o subjetiva del empleador, ya que el despido debe fundarse en hechos objetivos que hagan inevitable la terminación de la relación laboral. El empleador no debe realizar una mención breve y generalizada sobre una merma en sus ventas, sino que debe acreditar, mediante estados financieros, que está obligado a poner término al contrato de trabajo de uno o varios trabajadores. Este análisis se funda en el Principio de Continuidad Laboral que orienta al Derecho del Trabajo, el cual protege al trabajador en cuanto a su permanencia en la empresa, establecimiento o faena, de modo que, la causal que invoque el empleador para poner fin a su contrato de trabajo debe ser fundada y objetiva.

Lo anterior, se justifica con la crisis financiera que afecta a un gran grupo de empresas, que han sufrido una baja considerable en su producción y, en consecuencia, se han visto en la obligación de despedir a sus trabajadores. El conflicto que viene al caso, desde el punto de vista empresarial, es que, si el empleador invoca legítimamente la causal de necesidades de la empresa para poner término al contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho a ser indemnizado por años de servicios, indemnización que implicará una baja aún más potente en el capital de la empresa lo cual puede traer consecuencias financieras graves como, por ejemplo, iniciar un procedimiento concursal de liquidación. Es por esta razón, que los empleadores se inclinan por invocar la causal de caso fortuito o fuerza mayor en desmedro de las necesidades de la empresa, ya que la causal regulada en el artículo 159 N°6 del Código del Trabajo no da lugar a una indemnización para los trabajadores desvinculados.

1.2. Caso fortuito o fuerza mayor (Artículo 159 N°6 del Código del Trabajo)

Esta causal ha sido preferentemente invocada por los empleadores al momento de poner término al contrato de trabajo en el contexto de la emergencia sanitaria en Chile, principalmente porque esta causal no implica pagar la indemnización por años de servicios a los trabajadores, cuestión que resulta gravemente perjudicial para los mismos desde el punto de vista socioeconómico y que, al contrario, beneficia a las empresas ya que no tienen

que sufrir bajas financieras en su capital. Ante este conflicto jurídico, se debe entender qué es caso fortuito o fuerza mayor y en qué sentido puede aplicarse esta causal para poner término a la relación laboral.

El concepto de caso fortuito o fuerza mayor lo encontramos regulado en el artículo 45 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es imposible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Del análisis del precepto citado anteriormente, se infiere que para que se configure la causal de caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que se invoca como tal debe reunir copulativamente los siguientes elementos:

- a. Que el hecho sea inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido de que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su ocurrencia.
- b. Que el hecho sea imprevisible, es decir, que no se haya prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes.
- c. Que el hecho sea irresistible, vale decir, que no se haya podido evitar ni aun oponiendo las defensas idóneas para impedir la ocurrencia.

Comparados estos elementos con las características de las medidas gubernamentales establecidas para enfrentar la emergencia del Covid-19 -ya sea, toque de queda, cuarentenas o cordones sanitarios- es posible sostener que tales medidas sanitarias pueden ser calificadas como fuerza mayor según lo dispuesto por el artículo 45 del Código Civil. Por lo tanto, se puede afirmar que las partes están liberadas del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, vale decir, es posible poner término al contrato de trabajo

invocando la causal de caso fortuito o fuerza mayor, en el contexto de la pandemia del Covid-19.

No obstante, la jurisprudencia administrativa se ha pronunciado respecto de esta materia, estableciéndose que la calificación de caso fortuito o fuerza mayor solo podrá invocarse para suspender el contrato de trabajo y no para terminar el mismo; en todo caso la calificación de esta causal necesariamente deberá determinarse caso a caso, siendo los tribunales de justicia quienes deberán resolver las controversias asociadas a dicha calificación.⁸ Del mismo modo, para la válida aplicación del artículo 159 N°6 del Código del Trabajo, el hecho imprevisto debe tener el carácter de irresistible, esto implica que el hecho impida indefinidamente que se retomen los servicios del trabajador, lo cual, en estos casos de cierre de la empresa debido a las medidas sanitarias dictadas por la autoridad, no ocurriría ya que estas medidas son esencialmente transitorias.

Finalmente, en términos legales se puede establecer el caso fortuito o fuerza mayor como causal de despido en el contexto de la crisis sanitaria del Covid-19. Sin embargo, se debe tener en consideración que el Derecho del Trabajo es una rama dinámica cuyas normas jurídicas van evolucionando y su aplicación varía casuísticamente dependiendo de las circunstancias laborales y sociales que se presenten. La Dirección del Trabajo se ha encargado de afirmar que la causal de caso fortuito o fuerza mayor se determinará caso a caso, siendo los tribunales de justicia los que tienen la responsabilidad de dirimir estos conflictos que han afectado económicamente a los trabajadores dependientes; posteriormente, tras la publicación de la Ley N°21.227 en abril de 2020 queda zanjada esta discusión acerca de la aplicabilidad de esta causal, ya que esta norma jurídica prohíbe a los

⁸ Así lo dispone el Dictamen 1239/005 de 2020 de la Dirección del trabajo.

empleadores terminar y suspender los contratos de trabajo invocando la causal de caso fortuito y fuerza mayor.

Ante esta complicada situación jurídica y social que enfrentan los trabajadores y trabajadoras, se hace aplicable la modalidad atípica del teletrabajo que viene a dar solución, en parte, a este conflicto jurídico y permite que no se termine la relación laboral entre trabajador y empleador, cuando la naturaleza de las labores así lo posibiliten. En este sentido, cabe preguntarse ¿es el teletrabajo una modalidad que permite dar una solución a este conflicto jurídico?, ¿es suficiente la aplicación del teletrabajo para mantener vigente la relación laboral o se hace necesario tomar otro tipo de decisiones por parte del ordenamiento jurídico laboral? y ¿qué ocurre con aquellos trabajadores a los cuales no se les aplica la Ley de Teletrabajo?

2. EL TELETRABAJO

2.1. Fundamento histórico del Teletrabajo

El Teletrabajo encuentra su fundamento en dos grandes impactos sociales. El primer impacto social nace a propósito del conflicto que genera el cuestionado modelo de “hombre trabajador y mujer cuidadora”, cual tiene una incidencia negativa en la materialización de la igualdad de género en cuanto a las oportunidades laborales para hombres y mujeres.

En las últimas décadas, el modelo de “hombre trabajador y mujer cuidadora” ha sido minimizado, toda vez que las mujeres se han incorporado en el campo empresarial y laboral de una manera muy positiva y el hombre cada vez se interesa en tomar un rol más protagónico en la paternidad. Por consiguiente, se presentó este desafío para el Derecho del Trabajo desde un punto de vista social, jurídico y económico: reorientar sus normas y principios jurídicos a partir del reconocimiento de la igualdad de las mujeres y hombres, potenciando medidas para

lograr una conciliación entre la vida familiar y las responsabilidades laborales de los trabajadores y trabajadoras⁹.

La legislación laboral comenzó a replantearse los roles de género frente al trabajo y la familia, en donde las mujeres deben tener las mismas oportunidades laborales y familiares que los hombres. Sin perjuicio de lo anterior, este desafío no solo se planteó en miras de los trabajadores y trabajadoras, sino también, en atención a los derechos superiores de los niños y niñas.

El segundo impacto social que motivó esta remodelación en la estructura jurídica de la legislación laboral, se ubica en el desarrollo informativo y avances tecnológicos del último tiempo, los que han servido de gran utilidad como instrumento de flexibilidad laboral horaria y funcional, y otorga mayores facilidades para conciliar la vida familiar con el trabajo. A fines del siglo XX se hallan estas transformaciones en el trabajo subordinado a causa del impacto de las nuevas tecnologías que tuvieron grandes repercusiones en los procesos productivos de las empresas y en el marco de la prestación de servicios personales por parte de los trabajadores y trabajadoras.

De acuerdo a lo planteado por el profesor Raso¹⁰, las nuevas tecnologías provocan una verdadera revolución en el campo de las relaciones laborales, lo que se puede resumir en tres aspectos:

a. *A nivel individual*, ya que las nuevas tecnologías permiten a las personas multiplicar su capacidad de acción, lo que determinará la sustitución de grandes contingentes de mano de obra por sofisticadas máquinas y la promoción de un reducido número de trabajadores con la suficiente formación y capacitación para operarlas. Esto ha generado profundos

⁹ Véase: Caamaño rojo, Eduardo, *“El Teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”*, en la revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV (Valparaíso, Chile, 2010, 2° Semestre) [p. 79 -105].

¹⁰ RASO Delgue, Juan, *“Las transformaciones del trabajo”* [p. 7].

cambios en las habilidades requeridas a los trabajadores y trabajadoras, ya que las competencias laborales que demandan las empresas son cada vez más integrales, al suponer una combinación de destrezas manuales e intelectuales.

- b. *A nivel colectivo*, se produce una fragmentación del modelo de relaciones laborales; por un lado, será difícil organizar trabajadores con intereses y condiciones económicas muy diferentes y, por otro lado, existirá una gran movilidad de las empresas en un mercado que favorecerá a aquellas que optaron por la reconversión industrial y condenará a la quiebra a aquellas que no se adoptaron a los cambios tecnológicos.
- c. *Las nuevas tecnologías promueven nuevas formas de gestión de trabajo*, que procurarán fundamentalmente una mayor productividad y competitividad, es decir, con el desarrollo de las herramientas informáticas se ha posibilitado de la producción estandarizada a la producción diversificada, altamente flexible y variable, que permite responder eficazmente a los requerimientos innovadores de los consumidores.

Es por estos dos grandes cambios sociales que experimentó la sociedad en las últimas décadas, que el Derecho del Trabajo debe reacomodar sus normas y principios jurídicos con el fin de conciliar la vida familiar y las responsabilidades laborales de los trabajadores y trabajadoras y, también, para aprovechar los beneficios que brindan los desarrollos informáticos y los avances tecnológicos. Por lo tanto, comienzan a surgir nuevas modalidades de contratación laboral o formas atípicas, ya que modifican algunos elementos típicos de una relación laboral, como, por ejemplo, la prestación de servicios personales en el lugar físico de la empresa. Una de estas nuevas modalidades es el teletrabajo, una forma atípica de contratación laboral, que ha sido útil en las relaciones jurídicas entre trabajadores y empleadores y ha permitido conciliar la vida familiar con la vida laboral de los primeros, a través de una prestación de servicios fuera del lugar habitual de la empresa, establecimiento o faena mediante el uso frecuente de tecnologías de información y comunicación.

2.2. Concepto de Teletrabajo, como una modalidad atípica

Se ha señalado, en el comienzo de la presente memoria, que el Derecho del Trabajo se caracteriza por ser una rama dinámica y, otro claro ejemplo de esta característica, es el surgimiento del teletrabajo como una modalidad atípica de la relación laboral que viene a conciliar la vida familiar con las responsabilidades laborales de los trabajadores y trabajadoras y a aprovechar los beneficios de los desarrollos informáticos y avances tecnológicos de las últimas décadas. Se menciona el teletrabajo como una modalidad atípica, porque lo típico en una relación laboral es que las obligaciones contractuales se cumplan presencialmente, principalmente respecto del trabajador, quien debe prestar servicios personales dentro de las instalaciones de una empresa o faena, compartir y relacionarse profesional y personalmente con los demás trabajadores y cumplir con una jornada de trabajo.

El teletrabajo fue definido por primera vez en la década de 1970 por Jack Nilles¹¹ como *“cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de información”*. Por su parte, en Chile, el teletrabajo fue definido como *“una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de éste fuera del espacio habitual de trabajo, durante una parte importante de su horario laboral, pudiendo realizarse a tiempo parcial”*¹².

De las definiciones citadas anteriormente y siguiendo lo planteado por José Luis Ugarte¹³ y Javier Thibault¹⁴, se puede establecer que el teletrabajo consta de tres elementos distintivos:

¹¹ NILLES, Jack , *“The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Option for Tomorrow and Today”*. (California 1973).

¹² SALAZAR Concha, Cristian, *“El teletrabajo como un aporte a la inserción laboral de personas con discapacidad en Chile: una gran carretera por recorrer”*, (Revista Ciencia y Trabajo, 2007).

¹³ UGARTE, José Luis, *El nuevo Derecho del Trabajo*, de 2004 [p. 181-183].

¹⁴ THIBAUT Aranda, Javier, *El Teletrabajo* [p. 29-31].

1. *Elemento geográfico o locativo:* el teletrabajo es ante todo un tipo de trabajo a distancia, por lo que, para calificar una determinada prestación de servicios como una modalidad de este tipo, se requiere que los servicios sean prestados fuera del centro físico de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, se debe entender que el teletrabajo no supone necesariamente una prestación de servicios en el domicilio del trabajador o trabajadora, sino que puede implicar servicios prestados desde cualquier localidad o lugar ubicado fuera de la empresa.
2. *Elemento tecnológico o cualitativo:* tal como se desprende de la definición, el teletrabajo requiere la utilización intensiva de una determinada tecnología que permita precisamente el desarrollo de una tarea productiva fuera del lugar de funcionamiento de la empresa. estas tecnologías son básicamente las informáticas y las de telecomunicaciones que posibilitan que la prestación de los servicios del trabajador se canalice hacia el empleador, como, por ejemplo, las redes computacionales, correo electrónico, teléfono, videoconferencia, entre otros.
3. *Elemento organizativo:* teletrabajar no es solo prestar servicios utilizando las telecomunicaciones y/o la informática, pues, además, estos elementos deben servir para prestar servicios de un modo diferente. Por lo tanto, será teletrabajador todo aquel que emplea estas herramientas tecnológicas para prestar servicios de un modo distinto al modelo tradicional de organización del trabajo.

En definitiva, estos elementos permiten afirmar que el teletrabajo es una modalidad atípica de contratación laboral que se ha ido perfilando con una identidad propia, en la medida que el progresivo desarrollo y expansión del uso de las nuevas tecnologías ha permitido alterar o modificar alguno de los elementos definitorios de una relación laboral normal o típica.

2.3. Primera regulación del Teletrabajo en el Código del Trabajo

El teletrabajo resulta ser una modalidad atípica de contratación laboral que se ha perfilado con una identidad propia aprovechando el progresivo desarrollo y expansión en el uso de las nuevas tecnologías, que ha alterado los elementos definitorios de una relación laboral típica.

Esta modalidad ha adquirido, en los últimos años, una incidencia significativa en las relaciones laborales, ya que permite conciliar la vida laboral con la vida personal de los trabajadores y también para agilizar los niveles de producción de la empresa. Lo anterior hace necesario la intervención normativa de nuestro ordenamiento jurídico para regular principalmente los derechos de los trabajadores que prestan servicios a través del teletrabajo.

En Chile, el teletrabajo es reconocido por primera vez a través de la Ley N°19.759 de 2001, que lo incorpora como un caso de excepción a la duración máxima de la jornada ordinaria de 45 horas semanales consagrada en el artículo 22 inciso 1° del Código del Trabajo. La referida ley agrega al artículo 22 el inciso 4°, el cual prescribe:

“Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada los trabajadores contratados para que presten servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

Del análisis del precepto citado, se puede afirmar que la forma que el Código del Trabajo utiliza para incorporar el teletrabajo resulta insuficiente e ineficiente, ya que termina precarizando aún más la situación laboral de los teletrabajadores, porque al no hacerles aplicable 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; además, el régimen legal general sobre el contrato de trabajo no responde a la necesidades particulares que

podrían presentar los teletrabajadores, presentándose la ausencia de principios y/o derechos que asisten a los trabajadores en general, como, por ejemplo el deber general de protección del empleador consagrado en el artículo 184 del Código del Trabajo y el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Ante este complejo panorama, diversos autores han respondido a este vacío normativo respecto de la regulación del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico; es el caso de Francisco Walker¹⁵ quien afirma que, habiendo subordinación, todos los trabajos que se realicen fuera del lugar del funcionamiento físico de la empresa por medios tecnológicos de carácter informático o de telecomunicaciones deben ser considerados como contratos individuales de trabajo. También, Eduardo Caamaño¹⁶ y José Luis Ugarte¹⁷ manifiestan que este curioso método utilizado por el legislador viene a dotar de una suerte de régimen jurídico específico al teletrabajo, en el sentido de que esta modalidad atípica es sin mayor obstáculo una forma de ocupación subordinada, quedando, en consecuencia, bajo el alero del Derecho del Trabajo; se trataría de una suerte de presunción legal de laboralidad especial, complementaria a la del artículo 8 inciso 1° del Código del Trabajo por el sólo efecto de prestar servicios a través de medios informáticos o de telecomunicaciones.

3. EL TELETRABAJO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19, BAJO EL ALERO DE LA LEY N°21.220

Debido a la pandemia del Covid-19 que afecta a la sociedad y las medidas sanitarias dictadas para contener su propagación, se hizo mucho más frecuente la aplicación del teletrabajo entre empleador y trabajadores, con el principal objeto de no poner término a las relaciones laborales, dotando a los dependientes de estabilidad en el empleo.

¹⁵ WALKER Errázuriz, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales* (Santiago, Editorial Universitaria, 2003) [p. 278].

¹⁶ CAAMAÑO Rojo, Eduardo, *El Teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares* (Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010) [p. 90-91].

¹⁷ José Luis Ugarte Cataldo, *El nuevo Derecho del Trabajo* [p. 193-194].

Ante el inicio de la crisis económica y social producto de la emergencia sanitaria, los trabajadores y trabajadoras se encontraban en un estado de desprotección jurídica frente a la facultad del empleador para poner término al contrato de trabajo invocando la causal de necesidades de la empresa o de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, esta situación se fue apaciguando con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N°21.220 y, posteriormente, con la publicación de la Ley (llamada Ley de Protección del Empleo).

El 26 de marzo de 2020 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.220 y entró en vigencia el 1 de abril del mismo año. Esta norma jurídica modifica el Código del Trabajo en materia de teletrabajo y trabajo a distancia, incorporando el Capítulo IX “Del Trabajo a Distancia y Teletrabajo”. La Ley de Teletrabajo tiene por objeto hacerse cargo del uso de los avances tecnológicos y desarrollos informáticos y de telecomunicaciones, permitiendo la integración de trabajadores y trabajadoras, sin que ello signifique un menoscabo en los derechos que la ley laboral les garantiza y en sus condiciones laborales, salariales y familiares.

3.1. Diferencia entre Teletrabajo y Trabajo a Distancia

Es recurrente confundir los conceptos de teletrabajo y trabajo a distancia, dado que ambas figuras jurídicas presuponen un elemento en común: el elemento geográfico, lo que implica una prestación de servicios en un lugar que se ubique fuera del establecimiento de la empresa. Sin embargo, el teletrabajo presenta tres elementos distintivos que son el elemento geográfico, tecnológico y organizativo; estos dos últimos son elementos que no integran la definición de trabajo a distancia, lo que marca la gran diferencia entre ambas modalidades de contratación laboral.

El reformado Código del Trabajo, en su Capítulo IX “Del Trabajo a Distancia y el teletrabajo”, regula ambas modalidades de la misma forma, estableciendo los mismos derechos y obligaciones para ambas partes de la relación, ya sea que se trate de teletrabajo o

trabajo a distancia. Sin perjuicio de lo anterior, el mencionado Código en el artículo 152 quáter G en sus incisos 2° y 3°, define el trabajo a distancia y teletrabajo, respectivamente.

Artículo 152 quáter G inciso 2°: *“Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.”*

Artículo 152 quáter G inciso 3°: *“Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”.*

Del análisis de los preceptos citados, se puede determinar el elemento unificador del teletrabajo y el trabajo a distancia, el cual es la prestación de servicios en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Es por esta razón, que el legislador ha regulado ambas modalidades de contratación laboral en el mismo Capítulo, sin perjuicio de la diferencia que se presenta entre éstas: el uso frecuente de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones, elementos que son propios del teletrabajo y no del trabajo a distancia.

3.2. ¿Qué trabajadores no pueden optar a teletrabajo?

La Ley de Teletrabajo no señala expresamente qué trabajadores no pueden prestar servicios a través de esta modalidad de contratación laboral, solo se limita a regular la forma y oportunidad en que empleador y trabajador pueden pactar la prestación de servicios a través de la modalidad de teletrabajo.

En este sentido, el legislador laboral¹⁸ establece la posibilidad de pactar la modalidad de teletrabajo, al inicio o durante la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento

¹⁸ Así se desprende del artículo 152 quáter G inciso 1° del Código del Trabajo el cual establece: “Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las

anexo al mismo. Por tanto, el Código permite a empleador y trabajador acordar esta modalidad atípica de contratación laboral, otorgando una flexibilidad jurídica en cuanto a la oportunidad y forma de establecerla. La gran limitación a la voluntad de las partes, en este caso, son los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, lo cual constituye un elemento fundamental en esta nueva regulación del teletrabajo, ya que previamente no existía un reconocimiento expreso de los derechos individuales y colectivos que asisten a los teletrabajadores(as), lo que los dejaba en un estado de desprotección jurídica¹⁹.

Como se señaló anteriormente, la ley no establece expresamente qué trabajadores pueden o no optar a teletrabajo, tampoco fija parámetros para determinarlos, situación que requiere una interpretación de la voluntad del legislador quien ha regulado esta materia de una manera amplia incluyendo a todos los trabajadores y trabajadoras para que puedan regirse por esta nueva forma de contratación laboral. Por lo tanto, el principal requerimiento para establecer la modalidad de teletrabajo es que exista un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, teniendo la libertad de pactar esta modalidad al inicio o durante la relación laboral. Sin embargo, aunque el legislador no lo establece, existen casos en que trabajadores no pueden optar al teletrabajo, dadas las condiciones laborales que influyen en la relación laboral y que imposibilitan pactar esta modalidad alternativa de prestación de servicios.

Es el caso, por ejemplo, aquellos trabajadores que prestan servicios en el rubro gastronómico trabajando como meseros: las condiciones laborales y la finalidad de los servicios prestados no permiten establecer la modalidad de teletrabajo para estos trabajadores, los que, en estas circunstancias sanitarias y en caso de que no se puedan cumplir

normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración. “

¹⁹ De la misma forma, así lo establece el inciso final del artículo citado anteriormente el cual dispone: *“Los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo 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.”*

con las obligaciones contractuales, deberán optar por otras figuras jurídicas como el pacto de suspensión laboral o la reducción temporal de la jornada laboral, para no concluir en la terminación del contrato individual de trabajo.

También, no pueden optar a teletrabajo aquellos trabajadores que prestan servicios a empresas que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades básicas de la población por prestar servicios de utilidad pública como, por ejemplo, empresas del área de la salud, farmacias, supermercados, seguridad pública, entre otros. Para estos trabajadores, no hay riesgo de cese de la relación laboral, por la finalidad de abastecimiento de los servicios básicos que tienen estas empresas, por lo tanto, no operan las demás alternativas señaladas anteriormente, ya que la prestación de servicios debe proseguir presencialmente debiendo, el empleador, tomar todas las medidas sanitarias para proteger y resguardar la salud de todos sus trabajadores y trabajadoras²⁰ como también de los clientes que concurran al establecimiento.

En conclusión, la ley laboral no señala expresamente qué trabajadores pueden o no optar a la modalidad de teletrabajo, ya que este pacto quedará sujeto a la voluntad de las partes de la relación laboral pudiendo establecer la prestación de servicios a través del teletrabajo en cualquier momento mientras esté vigente el contrato de trabajo. Sin embargo, esta voluntad quedará limitada por las condiciones laborales de que se traten, toda vez que pueden existir casos particulares, como se señaló anteriormente, en que no sea posible establecer la modalidad de teletrabajo por la naturaleza de los servicios que se prestan.

Finalmente, se debe entender el teletrabajo como una modalidad atípica de contratación laboral que resulta ser la principal alternativa para no poner término al contrato de trabajo por la paralización de actividades que implican medidas sanitarias dictadas para

²⁰ Obligación que recae en el empleador en virtud del artículo 184 del Código del Trabajo, el cual consagra el deber de protección del empleador para con sus trabajadores dentro de la empresa.

enfrentar la pandemia del Covid-19. Sin embargo, se puede concluir que el teletrabajo es una medida insuficiente para lograr una protección jurídica y económica a los trabajadores ante esta emergencia sanitaria, ya que esta modalidad no es aplicable a todos los trabajadores y trabajadoras, situación que trae como consecuencias que las partes contratantes deban establecer una suspensión del contrato de trabajo para no poner término al vínculo contractual, suspensión que trae como consecuencia que las obligaciones contractuales se paraliquen temporalmente, vale decir, el trabajador no debe prestar sus servicios al empleador y éste no está obligado a pagar la remuneración al primero. Lo anterior trae graves repercusiones para los trabajadores ya que no recibirían sus remuneraciones mientras no cese la suspensión del contrato de trabajo.

De esta forma, se hace necesario analizar la situación jurídica de aquellos trabajadores que no se rigen por la Ley de teletrabajo ante la pandemia del Covid-19 y cómo el ordenamiento jurídico laboral se ha pronunciado ante este conflicto para lograr un amparo o protección jurídica a este grupo de trabajadores que, por diferentes circunstancias, no pueden regirse por la modalidad del teletrabajo. Posteriormente, se estudiará en la presente memoria, la Ley N°21.227 (conocida popularmente como la Ley de Protección al Empleo) publicada el 6 de abril de 2020 en el Diario Oficial, norma jurídica que ha sido la principal alternativa para aquellos trabajadores y trabajadoras que no pueden regirse por el teletrabajo y se encuentran bajo la incertidumbre de que se su contrato de trabajo se suspenda o, en su defecto, se termine, generando la grave consecuencia de no recibir las remuneraciones pactadas en el contrato individual de trabajo.

CAPÍTULO III: LA LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO

El 6 de abril del presente año se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.227, conocida como la Ley de Protección al Empleo, normativa que busca fortalecer las relaciones laborales y mantener la vigencia del contrato de trabajo ante el contexto sanitario que ha afectado a un gran grupo de dependientes, los cuales se encuentran en una inestabilidad económica debido al aumento progresivo de los despidos por la situación financiera que sufren las empresas ante la pandemia del Covid-19.

Por lo tanto, frente a este aumento de desvinculaciones, la Ley N°21.227 pretende propender la estabilidad laboral de los empleadores protegiendo la continuidad del contrato de trabajo, a través del establecimiento de tres supuestos que deben presentarse cumpliéndose cada uno de los requisitos que dispone la normativa, para suspender los efectos jurídicos del contrato de trabajo o, en su caso, reducir la jornada ordinaria de trabajo. Esta suspensión del contrato de trabajo implica que las partes quedan liberadas temporalmente del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto es, el trabajador no se debe presentar al lugar físico de la empresa o faena a prestar los servicios contratados y, por su parte, el empleador queda exonerado de pagar las respectivas remuneraciones a sus dependientes. De esta forma, aquellos trabajadores que hagan uso de los beneficios de esta ley, tendrán derecho a acceder de forma excepcional a los beneficios y prestaciones económicas del Seguro de Cesantía regulado por la Ley N°19.728 de 2001; los que se pagarán en perjuicio de la remuneración que el empleador queda liberado de pagar por operar alguno de los supuestos establecidos en la normativa.

1. LIMITACIONES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La Ley de Protección al Empleo otorga beneficios establecidos por la Ley N°19.728 (Seguro de Desempleo), normativa que permite el acceso a una protección económica en caso de desempleo a los que tienen derecho todos los trabajadores regidos por el Código del

Trabajo. Estos trabajadores se encuentran afiliados al Seguro de Cesantía de manera automática si el contrato de trabajo se celebró a partir del 2 de octubre de 2002 y, si la relación laboral inició antes de la fecha indicada el trabajador puede afiliarse voluntariamente ante la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía.

Debido a que la cobertura Ley de Protección al Empleo se encuentra asociada a la cobertura de la Ley del Seguro de Desempleo, no se pueden regir todos los trabajadores por esta última, quedando excluidos los trabajadores informales, aquellos que se encuentren bajo contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley N°19.728, es decir, el 2 de octubre de 2002 (salvo que se afilien voluntariamente a la AFC), los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los menores de edad y aquellos trabajadores que están pensionados.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Protección al Empleo establece parámetros específicos, fijando cada uno de los requisitos que deben cumplirse para que se esté en presencia de los supuestos expuestos en la normativa, para poder suspender de pleno derecho la relación laboral o bien, de mutuo acuerdo establecer la suspensión del contrato de trabajo o una reducción temporal de la jornada laboral. Todo esto, con el fin principal que persigue el ordenamiento jurídico en el contexto de la pandemia: proteger y estabilizar la continuidad laboral de los trabajadores y trabajadoras.

1.1. Aplicabilidad de la causal de caso fortuito o fuerza mayor para terminar o suspender el contrato de trabajo

Un punto importante que se debe tener en consideración, es la causal por la cual se puede suspender o terminar el contrato de trabajo: la causal de caso fortuito o fuerza mayor. Esta causal establecida en el artículo 159 N°6 del Código del Trabajo ha generado diversas discusiones acerca de su aplicabilidad para suspender o terminar la relación laboral por motivo de la pandemia del Covid-19. En caso de ser afirmativa la postura respecto de la

aplicabilidad del caso fortuito o fuerza mayor, los trabajadores se encuentran en un escenario bastante grave, ya que, debido a la paralización de actividades que han sufrido las empresas, éstos perderán su empleo por completo o, en el mejor de los casos, perderán sus ingresos, cuestión que resulta muy perjudicial para las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias. Ahora bien, en el caso contrario, también es perjudicial para el empleador tener que soportar la carga del caso fortuito o fuerza mayor y, teniendo en cuenta que la gran actividad económica en el país se lleva a cabo por micros, pequeñas y medianas empresas, los empleadores se verán en la obligación de reorganizar o liquidar sus bienes para poder solventar sus deudas laborales y tributarias durante la pandemia.

Esta controversia no ha sido resuelta por los laboristas, quienes mantienen opiniones divididas, por lo que se hace necesario el pronunciamiento de la jurisprudencia administrativa para que entregue una interpretación certera respecto de si la pandemia del Covid-19 constituye un caso fortuito o fuerza mayor y permite invocarse para suspender o terminar la relación laboral. De este modo, la Dirección del Trabajo dictó el 19 de marzo de 2020 el dictamen 1239/005 que entrega diversas alternativas para mantener vigente la relación laboral dentro de las cuales destaca la prestación de servicios a distancia o el teletrabajo; además, este dictamen se pronunció acerca del caso fortuito o fuerza mayor aceptando esta causal como un fundamento para suspender la relación laboral mas no terminar el contrato de trabajo. Sin embargo, en cualquiera de las hipótesis la jurisprudencia administrativa²¹, reconoce la labor de los tribunales de justicia para dirimir esta controversia de si la pandemia constituye una causal de caso fortuito o fuerza mayor, lo cual es bastante dilatorio en cuanto

²¹ En este sentido, la Dirección del trabajo establece, en el dictamen 1239/005, lo siguiente: *“...posible sería sostener que tal medida podría ser calificada como fuerza mayor- según el concepto fijado por el artículo 45 del Código Civil- por reunirse los elementos que dicho precepto establece, lo cual implica que las partes estarían liberadas del cumplimiento de sus obligaciones contractuales. No obstante lo anterior, y en conformidad al ORD. N°5661/032 de 06.12.2019, la calificación de fuerza mayor necesariamente deberá determinarse caso a caso, siendo los tribunales de justicia quienes deberán resolver las controversias asociadas a dicha calificación.”*

a costo y tiempo, teniendo en cuenta la flexibilidad y rapidez que exige la resolución de estas controversias.

Ahora bien, la Ley N°21.227 expresamente establece la prohibición hacia los empleadores de terminar el contrato de trabajo bajo el fundamento que la pandemia del Covid-19 reúne los requisitos de la causal del artículo 159 N°6 del Código del Trabajo, esto quiere decir, el legislador limita la aplicabilidad del caso fortuito o fuerza mayor en cuanto a su invocación como fundamento para terminar la relación laboral. A su respecto, el artículo 26 del precepto legal ya mencionado dispone, en su inciso primero, lo siguiente:

“Durante el plazo de 6 meses o bien, existiendo el Estado de Catástrofe decretado por el Presidente de la República, no se podrá poner término a los contratos de trabajo por la causal del numeral 6° del artículo 159 del Código del Trabajo, invocando como motivo los efectos de la pandemia de COVID-19.”

La normativa dispone expresamente que el empleador no puede poner término al contrato de trabajo invocando la causal de caso fortuito o fuerza mayor basándose en la emergencia sanitaria del Covid-19, durante el lapso de seis meses a partir de la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley, esto es, el 6 de abril de 2020 o bien, durante la vigencia del Estado de Catástrofe decretado por el Presidente de la República.

Al analizar el artículo citado anteriormente, se debe entender que solo se elimina el caso fortuito o fuerza mayor para terminar el contrato de trabajo basándose en el Covid-19, esto significa que sí se permite invocar la dicha causal basándose en cualquier otro hecho distinto que reúna los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor y que imposibilite la prestación de servicios por parte del trabajador, como, por ejemplo, el incendio del establecimiento de la empresa.

Teniendo en consideración la aplicación restrictiva que tiene esta normativa para cierto grupo de trabajadores, se debe interpretar el alcance del artículo 26. De este modo, se puede entender que esta restricción del caso fortuito o fuerza mayor tiene una aplicación general, es decir, los trabajadores que no cumplen con los requisitos que dispone la legislación para acceder a los beneficios económicos del Seguro de Cesantía también se ven protegidos jurídicamente por el artículo 26 de la Ley N°21.227, prohibiéndose al empleador invocar la causal de caso fortuito o fuerza mayor basándose en el Covid-19 para terminar el contrato de trabajo.

2. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO

Antes de efectuar un análisis a las disposiciones de la Ley N°21.227, se debe tener presente que esta normativa fue dictada bajo un contexto de emergencia, ya que la pandemia del Covid-19 produjo graves consecuencias económicas para los empleadores y, principalmente, para los trabajadores. Son estos últimos el objetivo de esta ley, la cual busca otorgar una estabilidad laboral y económica durante esta emergencia sanitaria, mediante el acceso a las prestaciones del Seguro de Cesantía, toda vez que el trabajador tenga una relación laboral vigente y se encuentre afiliado al Seguro de Cesantía de la Ley N°19.728. Que esta ley haya sido dictada como una solución urgente para la situación laboral de los trabajadores, demuestra que la normativa presenta regulaciones que otorgan una solución al conflicto jurídico, pero, sin embargo, la aplicación de esta ley tendría graves consecuencias para el futuro de los trabajadores que hagan uso de los beneficios de la Ley de Protección al Empleo.

Sin perjuicio de que esta ley se denomina “Ley de Protección al Empleo”, a nuestro juicio se pueden determinar dos grandes objetivos del legislador: el primero es lograr la sustentabilidad laboral de los trabajadores, es decir, que los trabajadores dependientes no sean despedidos por motivo de la pandemia del Covid-19, sino que se establezca una

suspensión del contrato de trabajo o una reducción temporal de su jornada laboral teniendo acceso a las prestaciones del Seguro de Cesantía. El segundo objetivo es alcanzar una estabilidad económica para el país, protegiendo los estados financieros de las diversas empresas que han debido paralizar sus actividades desde que comenzó esta emergencia sanitaria.

La Ley de Protección al Empleo establece tres supuestos que pueden presentarse para que los trabajadores tengan acceso a los beneficios que otorga dicho cuerpo legal cumpliéndose determinados requisitos, los cuales son:

1. Suspensión legal de pleno derecho del contrato individual de trabajo, por existir un acto o declaración de la autoridad competente.
2. Pacto de suspensión del contrato individual de trabajo.
3. Pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo.

2.1.SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La suspensión del contrato de trabajo es una institución de extraordinaria importancia, puesto que tiende a preservar la vigencia de la relación laboral y, por lo tanto, proteger los intereses de las partes contratantes, principalmente del trabajador, quien, por ser la parte más débil económica y jerárquicamente del contrato de trabajo, le interesa más que el vínculo contractual no se extinga.

Es importante recalcar las obligaciones contractuales principales que recaen en las partes contratantes, la de prestar servicios personales para el trabajador y la de pagar una determinada remuneración por esos servicios para el empleador; estas obligaciones reciprocas pueden dejar de cumplirse cuando opera la suspensión del contrato de trabajo, la cual se debe invocar cuando se presentan circunstancias que no son imputables a hechos o culpas de las partes. Por lo tanto, se puede entender que la duración de la suspensión del

contrato de trabajo se puede extender hasta que se extinga el hecho o motivo que dio lugar a esta suspensión.

En cuanto al concepto de suspensión del contrato de trabajo, William Thayer²² define esta figura jurídica como la *“cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato de trabajo, subsistiendo el vínculo contractual.”*

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, se puede comparar este hecho inimputable a las partes contratantes que implica la suspensión del contrato de trabajo, con la emergencia sanitaria del Covid-19, enfermedad que tiene dentro de sus repercusiones, la imposibilidad de que tanto el trabajador como el empleador puedan cumplir satisfactoriamente con sus obligaciones contractuales. De este modo, se podría comprender el virus Covid-19 como un hecho que motiva la aplicabilidad de la suspensión del contrato de trabajo, la cual tiene como principal efecto la liberación temporal de las partes de cumplir con sus obligaciones contractuales. Sin embargo, para que opere la suspensión del contrato de trabajo en Chile bajo la situación de pandemia, se requiere mutuo acuerdo de las partes contratantes, lo cual, en la práctica laboral no ocurre ya que los empleadores mayoritariamente se han inclinado por terminar el contrato de trabajo, extinguiéndose las obligaciones contractuales. Por esto, la legislación chilena se pronunció a través de la Ley N°21.227 la cual regula el acceso a las prestaciones del Seguro de Cesantía a través de la suspensión del contrato de trabajo en dos modalidades: una suspensión que opera de pleno derecho por haberse dictado un acto o declaración de la autoridad competente y, una suspensión que opera de mutuo acuerdo entre empleador y trabajador, ambas bajo el contexto de la pandemia del Covid-19.

²² THAYER Arteaga William. Manual de Derecho del Trabajo. 2da Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1989. Tomo II. Pág. 348.

2.1.1. SUSPENSIÓN LEGAL DE PLENO DERECHO DEL CONTRATO

INDIVIDUAL DE TRABAJO

La suspensión de pleno derecho de la relación laboral implica, como se señaló anteriormente, la paralización temporal de los derechos y obligaciones emanados del contrato de trabajo; así, el trabajador queda liberado temporalmente de prestar servicios al empleador y éste, a su vez, queda liberado de pagar la remuneración pactada. Ante esta paralización de cumplimiento de obligaciones contractuales, el trabajador, cumpliendo determinados requisitos, podrá acceder a las prestaciones económicas de su Seguro de Cesantía, lo cual produce que el trabajador no pierda su empleo y que siga percibiendo ingresos en los tiempos de pandemia. Del mismo modo, la empresa que no ha producido ingresos por la paralización de sus actividades, quedará liberada de pagar las remuneraciones a los trabajadores que accedan a los beneficios que establece la Ley de Protección al Empleo.

Para que el trabajador pueda acceder a los beneficios del Seguro de Cesantía bajo la suspensión legal de pleno derecho del contrato individual de trabajo, la legislación laboral establece requisitos objetivos, que corresponden al contexto sanitario que enfrenta la empresa; y requisitos subjetivos, que se relacionan con determinados requerimientos que debe cumplir el trabajador para acceder a dichos beneficios.

2.1.1.1. Requisitos objetivos de la suspensión legal de pleno derecho

- a)** *Que exista un acto o declaración de la autoridad competente que establezca medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la enfermedad denominada COVID-19.*

Se entiende por acto de autoridad cualquier hecho voluntario que emana de un órgano del Estado, que implica la ejecución de una decisión o medida dotada de imperatividad, unilateralidad y coercitividad, y que produce afectaciones a determinadas situaciones jurídicas, imponiéndose a todo o parte del territorio nacional. Este hecho atribuible a un

órgano estatal debe ser siempre voluntario, de lo contrario, no se denominaría como acto de autoridad sino un hecho fortuito que produce efectos jurídicos para la población. Sin embargo, para que un órgano del Estado dicte un acto o declaración de autoridad debe existir previamente un hecho fortuito o natural que motive tal dictación, tal como, un terremoto, una crisis social o, como ocurre en este caso, una pandemia.

El legislador dispone que este acto o declaración de autoridad competente debe establecer medidas sanitarias o de seguridad interior que tengan por objeto controlar la emergencia sanitaria del Covid-19, esto quiere decir, que esta medida gubernamental debe relacionarse con la pandemia ocasionada por dicha enfermedad y que su finalidad sea exclusivamente controlar su propagación y salvaguardar la salud de la población. De este modo, se puede incluir dentro de estas medidas sanitarias las cuarentenas sectoriales, territoriales u obligatorias, los cordones sanitarios, el toque de queda establecido en virtud del Estado de Catástrofe decretado por el Presidente de la República. Estos actos de autoridad han repercutido gravemente en la actividad económica de las empresas, generando una paralización parcial o total de la mayoría de ellas, lo cual produce una interrupción en la continuidad laboral de los trabajadores debido a la terminación o suspensión de sus relaciones laborales.

b) *Que tales medidas impliquen la paralización de actividades en todo o parte del territorio del país.*

El acto o declaración de autoridad competente debe ocasionar una afectación desde el punto de vista empresarial, esto es, debe implicar una paralización de las actividades de comercio y de toda actividad económica en todo o parte del territorio nacional. De esta forma, la dictación de un acto o declaración de autoridad que paralice las actividades de una empresa, impedirá que el empleador pueda cumplir sus obligaciones contractuales: proporcionar el trabajo convenido y pagar las remuneraciones pactadas.

Para estos efectos, este acto o declaración de autoridad que paraliza las actividades en todo o parte del territorio, debe ser dictado por el Subsecretario de Hacienda, quien deberá dictar, bajo resolución fundada, la zona o territorio afectada por tal acto y, en su caso, las actividades o establecimientos que se exceptúan de la paralización de actividades. Estos establecimientos serán, por lo general, aquellos que garantizan la prestación de servicios de utilidad pública que satisfacen necesidades básicas, tales como, las relacionadas con la vida, salud, seguridad, alimentación, abastecimiento y medicamentos. Las empresas que proporcionan estos servicios deben seguir funcionando para satisfacer las necesidades básicas de los habitantes, por lo que la paralización de actividades y la posterior imposibilidad de prestación de servicios no rige en estos casos.

c) Que tal medida impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados.

Este requisito, a diferencia del anterior, se relaciona con el trabajador, quien, al celebrar el contrato de trabajo con el empleador, se obliga principalmente a prestar servicios personales a cambio del pago de una determinada remuneración. Ambas obligaciones contractuales -la prestación de servicios por parte del trabajador y el pago de la remuneración por parte del empleador- se encuentran impedidas de cumplirse por haberse dictado un acto o declaración de autoridad que paralice las actividades de la empresa. Con esto, el vínculo contractual se ve gravemente afectado por imposibilitarse el cumplimiento de las obligaciones principales de las partes.

Al analizar cada uno de estos requisitos objetivos para que opere la suspensión, se deben entender como requisitos copulativos, es decir, deben cumplirse los tres supuestos para que opere el efecto suspensivo de la relación laboral.

Finalmente, se debe tener en consideración el problema que podría ocasionar el carácter transitorio de estos requisitos. Un acto o declaración de autoridad que establezca medidas sanitarias puede existir y, posteriormente dejar de existir debido a que la misma autoridad competente estima que las condiciones sanitarias permiten el cese de los efectos de la medida sanitaria; como también, la autoridad puede reestablecer el mismo acto o declaración de autoridad u otro diferente y que tenga los mismos efectos jurídicos que dispone la normativa laboral. En otras palabras, estos tres requisitos tienen el carácter de sucesivos y, a la vez, discontinuos lo cual generaría problemas operativos en cuanto al cálculo de las prestaciones económicas que debe percibir el trabajador por parte de la Sociedad Administradora de los Fondos de Cesantía.

2.1.1.2. Requisitos subjetivos de la suspensión legal de pleno derecho

a) *El trabajador debe tener un contrato individual de trabajo vigente.*

La legislación laboral exige a todo trabajador, para acceder a algún beneficio o prestación económica, que se encuentre bajo una relación laboral vigente, es decir, que haya celebrado un contrato individual de trabajo con su empleador.

Este requisito excluye a todo trabajador que preste servicios de manera informal, sin contrato de trabajo; como también, excluye a aquellos trabajadores que fueron despedidos con anterioridad a la publicación de la Ley de Protección al Empleo. Respecto a lo anterior, cabe preguntarse ¿qué ocurre con aquellos trabajadores que fueron desvinculados por motivo de la pandemia del Covid-19, pero antes de la entrada en vigencia de la mencionada normativa?, ante esto, el legislador establece la posibilidad de que los contratantes, cuyo vínculo jurídico fue disuelto por la terminación del contrato de trabajo entre el 18 de marzo de 2020 (fecha en la cual se decretó Estado de Catástrofe en el país) y el 6 de abril del mismo año (fecha en la que entró en vigencia la Ley N°21.227), puedan pactar dejar sin efecto dicha

terminación para que el trabajador cumpla con el requisito de tener un contrato individual de trabajo vigente y, de esta manera, acceda a los beneficios que la normativa dispone.

- b)** *El trabajador debe encontrarse afiliado a la Sociedad Administradora de los Fondos de Cesantía.*

Es importante precisar que la AFC es una sociedad anónima cerrada, cuyo objetivo único y exclusivo es administrar dos fondos: el Fondo de Cesantía y el Fondo de Cesantía Solidario compuesto por prestaciones emanadas de los empleadores y del Estado, para otorgar las prestaciones y beneficios que establece la Ley 19.738 sobre Seguro de Cesantía.

Para que los trabajadores tengan derecho a acceder a esta protección económica en caso de desempleo, deben encontrarse afiliados a la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía y esta afiliación se concreta automáticamente si el trabajador celebra un contrato individual de trabajo con posterioridad al 2 de octubre de 2002 y, en caso de que un trabajador celebre el contrato de trabajo antes de la fecha mencionada, puede afiliarse voluntariamente concurriendo a una sucursal de la AFC o a través de la vía electrónica.

En cuanto a este a la afiliación del Seguro de Cesantía, no es un requisito dificultoso de cumplir toda vez que, todo trabajador que haya celebrado un contrato individual de trabajo se encontrará afiliado a la AFC para obtener beneficios y prestaciones económicas que establece la Ley del Seguro de Cesantía.

- c)** *El trabajador debe registrar tres cotizaciones continuas en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad o bien, que registren un mínimo de seis cotizaciones continuas o discontinuas durante los últimos doce meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad.*

El legislador exige este mínimo de cotizaciones por parte del trabajador, únicamente con la finalidad de evitar un fraude a la ley, debido a que pueden existir casos en que un trabajador haya celebrado un contrato de trabajo semanas o días antes de la dictación del acto o declaración de autoridad y, sin estipularse este requisito, el trabajador tendría derecho a acceder a los beneficios de la Ley de Protección al Empleo. Por lo tanto, el artículo 2 de la mencionada normativa, entrega seguridad jurídica en cuanto a los beneficios que establece en favor de trabajadores que han sufrido realmente una afectación por la paralización de actividades producida por la pandemia del Covid-19.

d) *El trabajador no debe haber suscrito con el empleador, al momento de dictarse el acto o declaración de autoridad, un pacto para asegurar la continuidad de la prestación de servicios en la medida que implique continuar recibiendo todo o parte de su remuneración mensual.*

Este requisito constituye una limitación al acceso de los beneficios que establece la Ley de Protección al Empleo, toda vez que si al momento de dictarse el acto o declaración de autoridad, las partes contratantes convienen en algún pacto que implique la continuidad de la relación laboral y que el trabajador siga percibiendo todo o parte de su remuneración, éste no tendrá derecho a acceder a los fondos de su Seguro de Cesantía.

No queda claro la intención del legislador al disponer este requisito, en el sentido que, como se señaló anteriormente, si la normativa permite dejar sin efecto de mutuo acuerdo la terminación del contrato de trabajo que se produjere entre el 18 de marzo y 6 de abril de 2020 para que el trabajador tenga derecho a acceder a los beneficios de la ley, cabe preguntarse ¿por qué el legislador no permite dejar sin efecto un pacto que implique la continuidad de la relación laboral? considerando que pueden existir casos en que el trabajador sea favorecido más por acceder a los beneficios de la normativa que por recibir parte de su remuneración mensual en virtud de un pacto de continuidad laboral.

Así, por ejemplo, si al momento de establecerse una medida sanitaria, las partes acordaren una prestación de servicios alternativa como el teletrabajo, con el fin de que el trabajador no pierda su empleo y siga percibiendo su remuneración, el dependiente no podrá acogerse a los efectos que establece la Ley de Protección al Empleo por la limitación que dispone la misma normativa. Lo anterior escapa de la finalidad protectora del Derecho del Trabajo, ya que ante un contexto grave como la pandemia del Covid-19, el ordenamiento jurídico debe entregar diversas herramientas o alternativas para que las partes contratantes (principalmente el trabajador) puedan escoger por cuál regirse considerando lo más beneficioso económicamente para la parte más débil de la relación laboral.

Sin embargo, la finalidad de este requisito puede entenderse desde el punto de vista empresarial, en el sentido de que si las partes suscriben un pacto que implique la continuidad de la relación laboral, no sólo se prioriza la estabilidad en el empleo, sino también, se evita una paralización de actividades comerciales y/o económicas; entonces, la normativa a través de este requisito pretende prevalecer la continuidad empresarial privando al trabajador de acceder a los beneficios de la ley por haber suscrito un pacto de continuidad laboral.

2.1.1.3. Tramitación de la suspensión legal de pleno derecho

Si se cumplen cada uno de los requisitos copulativos que establece el legislador para que opere la suspensión legal de pleno derecho, el empleador debe solicitar por vía electrónica a la AFC el pago de las prestaciones económicas que le correspondan a uno o más trabajadores que hayan visto afectados por el acto o declaración de autoridad. Para ello, el empleador debe presentar una declaración jurada que dé cuentas que el o los trabajadores respecto de los cuales se solicita la prestación no hayan suscrito un pacto que signifique la continuidad de la prestación de servicios y que perciban todo o parte de su remuneración mensual; también, dicha declaración debe contener toda información necesaria para que el o los trabajadores reciban el pago de las respectivas prestaciones. Sin perjuicio de lo anterior,

el trabajador cuyo empleador no haya efectuado la solicitud señalada anteriormente o que haya sido excluido de la lista de trabajadores beneficiarios de las prestaciones del Seguro de Cesantía, podrá solicitar ante la AFC el pago de las prestaciones en los mismos términos que el empleador. Con esto, se garantiza que el trabajador que cumpla con los requisitos legales, acceda a los beneficios de la Ley de Protección al Empleo ya sea por la solicitud efectuada por el empleador o por el mismo trabajador.

El principal efecto de la suspensión legal de pleno derecho es la paralización temporal de las obligaciones contractuales del trabajador y empleador, esto es, el empleador queda liberado de proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración pactada y el trabajador queda liberado de prestar los servicios contratados.

El no pago de las remuneraciones al trabajador será compensado por el pago de las prestaciones económicas que el mismo trabajador afiliado haya cotizado en la AFC. Para ello, la Ley N°21.227 establece los beneficios dispuestos en los artículos 12 y 25 de la Ley de Seguro de Cesantía, cuyas prestaciones deberán pagarse por mensualidades vencidas y se tendrá derecho a partir de la fecha en que comience a regir el acto o declaración de autoridad, momento en el cual, el trabajador comenzará a recibir, en desmedro de su remuneración, el pago de una prestación económica gradual que irá disminuyendo mes a mes. Esta disminución gradual del pago mensual de las prestaciones del Seguro de Cesantía se debe a que emanan de la Ley N°19.728, normativa que entró en vigencia para suplir carencias económicas de un trabajador desempleado que en un tiempo corto encontrará otro empleo; sin embargo, en este caso ocurre una situación diferente, estas prestaciones suplen una carencia económica producida por una suspensión del contrato individual de trabajo cuya duración depende del tiempo en que esté vigente el acto o declaración de autoridad que establece una o más medidas sanitarias.

Ahora bien, si los fondos individuales del trabajador son insuficientes para cubrir el pago de las prestaciones del Seguro de Cesantía, entrará a regir el Fondo de Cesantía Solidario que es una cuenta conformada con aportes del empleador y del Estado. Con esto se garantiza la protección económica que debe amparar a cada trabajador que tiene derecho a los beneficios de la Ley de Protección al Empleo, pero con un sacrificio muy grande para éstos: acortar o gastar completamente sus fondos en su cuenta individual de la AFC.

2.1.2. PACTO DE SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

El pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo es una figura ya existente en el ordenamiento jurídico laboral, trabajador y empleador tienen el derecho de pactar una suspensión de la relación laboral quedando liberados ambos de cumplir sus respectivas obligaciones contractuales. Sin embargo, lo que establece por primera vez la normativa en estudio, es el derecho que tiene el trabajador que suscribe este pacto de acceder a las prestaciones del Seguro de Cesantía mientras subsista dicho acuerdo. En otras palabras, si trabajador y empleador hubieren suscrito un pacto de suspensión del contrato de trabajo en otras circunstancias o contexto, el trabajador no percibirá la remuneración por parte del empleador ni recibir el pago de las prestaciones del Seguro de Cesantía, porque el trabajador no se encuentra cesante sino su relación laboral se suspendió, mas no se terminó; ahora bien, por aplicación de las disposiciones de la Ley de Protección al Empleo, si las partes suscriben este pacto de suspensión bajo el contexto de la pandemia del Covid-19, el trabajador tendrá derecho a recibir el pago de las prestaciones del Seguro de Cesantía, aunque éste no se encuentre en calidad de cesante, esto, porque la ley en estudio tiene por objeto mantener la vigencia de la relación laboral y que el trabajador continúe percibiendo ingresos para satisfacer sus necesidades básicas durante la emergencia sanitaria.

2.1.2.1. Tramitación del pacto de suspensión temporal del contrato individual de trabajo

En cuanto a los requisitos del pacto de suspensión, para que opere este acuerdo no debe existir un acto o declaración de autoridad que establezca medidas sanitarias las cuales impliquen una paralización de actividades y la prohibición o impedimento de la prestación de servicios, esto porque, si existiere dicho acto o declaración de autoridad, la suspensión del contrato de trabajo operaría de pleno derecho no siendo necesario un pacto entre las partes contratantes. Por tanto, los requisitos objetivos señalados y analizados anteriormente respecto de la suspensión legal de pleno derecho del contrato de trabajo, no operan en este supuesto.

Sin embargo, respecto del trabajador sí se exige el cumplimiento de cada uno de los requisitos subjetivos, los cuales fueron estudiados a partir de la página 59 de la presente memoria.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador establece un único requisito objetivo que debe presentarse para que las partes tengan derecho a pactar la suspensión del contrato de trabajo, este es, que la empresa sea vea afectada total o parcialmente por la pandemia del Covid-19. Esta afectación que debe sufrir la empresa tiene parámetros establecidos por la misma normativa, así, el inciso segundo del artículo 5 establece lo siguiente:

“Para los efectos del inciso anterior, se presumirá que la actividad del empleador está afectada parcialmente, cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior.”

El inciso citado da a entender que el empleador debe valerse de fundamentos objetivos y comprobados a través de estados financieros para afirmar que ha sufrido una merma en sus

ventas o servicios ocasionada por la emergencia sanitaria que enfrenta el país, lo que genera la afectación total o parcial de sus actividades para que opere el pacto de suspensión.

En este sentido, el artículo 5 inciso primero dispone lo siguiente:

“Los empleadores cuya actividad se vea afectada total o parcialmente, podrán suscribir con el o los trabajadores a los que se hace referencia en el inciso primero del artículo 1, personalmente, o previa consulta a la organización sindical a la que se encuentre afiliado, un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo, el que se registrará por las normas del presente Título, sin perjuicio de las que se establecen en los siguientes incisos. Este pacto solamente podrá celebrarse fuera de los periodos comprendidos en el evento al que se refiere el inciso primero del artículo 1 y durante la vigencia establecida en el inciso segundo del artículo 16.”

Tras el análisis del inciso precedente, se puede determinar que, cumplidos cada uno de los requisitos subjetivos y el requisito objetivo que establece lo normativa, el empleador puede acordar este pacto de suspensión con uno o más trabajadores. Ahora bien, el legislador emplea el verbo “suscribir”, lo que da a entender que este pacto debe constar por escrito, lo que, en estas condiciones sanitaria, no es tan fácil por lo que se requiere formalizar dicho acuerdo por la vía electrónica. Este acuerdo de voluntades debe constar por escrito, porque este documento debe ser enviado a la AFC quien, a su vez, remitirá tales documentos a la Dirección del Trabajo para que ejerza un rol fiscalizador respecto de los trabajadores que hagan uso de los beneficios legales.

Por lo tanto, el empleador debe enviar, preferentemente por vía electrónica, el documento en el que consta el pacto de suspensión suscrito con el o los trabajadores y la nómina de éstos que tendrán derecho a acceder a las prestaciones del Seguro de Cesantía mientras esté vigente la suspensión del contrato individual de trabajo.

2.2.PACTO DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO

Sin perjuicio de la suspensión legal de pleno derecho y el pacto de suspensión del contrato individual de trabajo, el legislador establece la posibilidad de acordar este pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo, la cual no implica una paralización en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, sino una disminución de horas semanales que debe cumplir el trabajador para la prestación de servicios convenida y, asimismo, una disminución en el pago de la remuneración en proporción a la reducción de la jornada de trabajo.

En este sentido, cabe mencionar el inciso primero del artículo 7 de la Ley N°21.227, el cual dispone lo siguiente:

“Los empleadores, y los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la ley N°19.728, personalmente o por medio de la organización sindical a la que se encuentre afiliados, podrán pactar la reducción temporal de la jornada de trabajo, cuando el empleador se encuentre en alguna de las situaciones descritas en el artículo siguiente, previa consulta a la organización sindical respectiva, si la hubiere. En este caso, el trabajador tendrá derecho a una remuneración de cargo del empleador, equivalente a la jornada reducida, y a un complemento de cargo de su cuenta individual por cesantía y, una vez agotado el salgo, con cargo al Fondo de Cesantía Solidario de la mencionada ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley.”

Del análisis del inciso citado anteriormente, se desprende que, el empleador se encuentra en alguna de las situaciones que la misma ley prescribe, podrá establecer en común acuerdo con el o los trabajadores la reducción temporal de la jornada laboral personalmente o por medio de la organización sindical a la que el trabajador se encuentra afiliado.

Los efectos de este pacto es la reducción de la jornada laboral la que no podrá exceder el 50% de la jornada de trabajo originalmente convenida. En cuanto a la remuneración, ésta deberá seguir pagándose por parte del empleador, pero sólo en proporción a la jornada reducida, para lo cual, el trabajador tendrá derecho a acceder a un complemento económico de cargo de su Fondo Individual de Cesantía y, si dichos fondos son insuficientes, el trabajador tendrá derecho a acceder a las prestaciones del Fondo de Cesantía Solidario, de igual forma que los dos supuestos estudiados anteriormente.

2.2.1. Aplicación del pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo

Respecto del empleador, para que opere el pacto de reducción temporal de la jornada laboral, la legislación laboral no requiere la dictación de un acto o declaración de autoridad que afecte la actividad de la empresa generando una paralización parcial o total en sus ventas o servicios; sin embargo, sí requiere que el empleador se encuentre en alguna de las situaciones específicas que la ley establece para que opere el pacto de reducción.

Se entiende que la ley ha establecido este tercer supuesto porque existen empresas que, por su finalidad, se excluyen del alcance de un acto o declaración de autoridad que se dicta en un determinado sector o territorio, ya que hay empresas que deben continuar funcionando para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, y pueden optar a pactar esta reducción temporal con sus trabajadores principalmente para proteger la vida y salud de éstos frente a la pandemia del Covid-19. También, los empleadores pueden pactar esta reducción para mantener la continuidad operacional de sus empresas, que han sido excluidas del acto o declaración de autoridad.

2.2.1.1. Situaciones que deben presentarse para que el empleador se pueda acoger al pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo

Se señaló anteriormente que el legislador requiere la dictación de un acto o declaración de autoridad, sino más bien, requiere que el empleador se encuentre alguna de

las circunstancias que la misma ley dispone para que el empleador pueda pactar la reducción temporal y que se encuentran establecidas en el artículo 8 de la misma normativa.

- a. Que el empleador sea contribuyente del Impuesto al Valor agregado y que, a contar de octubre de 2019 haya experimentado una disminución del promedio de sus ventas declaradas al Servicio de Impuestos Internos en un periodo cualquiera de tres meses consecutivos, que exceda de un 20% calculado respecto del promedio de sus ventas declaradas en el mismo periodo de tres meses del ejercicio anterior.*
- b. Que el empleador se encuentre actualmente en un procedimiento concursal de reorganización.*
- c. Que el empleador se encuentre actualmente en un procedimiento de asesoría económica de insolvencia.*
- d. Que, aquellos empleadores cuyas empresas, establecimientos o faenas hayan sido exceptuadas del acto o declaración de autoridad, necesiten redistribuir o reducir la jornada ordinaria de trabajo para poder mantener su continuidad operacional o para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores.*

Tras el análisis de estos requisitos, se puede afirmar la rigurosidad que exigen los 3 primeros, dado que el empleador debe encontrarse en determinadas situaciones para optar a este pacto de reducción. Sin embargo, el empleador que no ha sufrido una baja en sus ventas o no se encuentra en un procedimiento concursal de reorganización o de asesoría económica, podrá igualmente acogerse a los efectos de la Ley de Protección al Empleo si tiene por finalidad mantener la continuidad operacional de la empresa o proteger la vida y salud de sus trabajadores. En otras palabras, este último requisito libera al empleador de iniciar tramites muy extensos para dar cumplimiento a alguno de los tres primeros requisitos que señala el artículo 8 de la Ley.

2.2.1.2. Efectos del pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo

Como este pacto implica una reducción de la jornada ordinaria de trabajo hasta de un 50% de la jornada original, el trabajador tendrá derecho a percibir su remuneración, de cargo del empleador, equivalente a la jornada reducida. En cuanto a la parte pendiente, el trabajador tendrá derecho a un complemento por parte del Seguro de Cesantía, accediendo a los fondos de su Cuenta Individual por Cesantía y, agotados estos fondos, el trabajador podrá acceder al Fondo de Cesantía Solidario.

Este complemento deberá ser de un 25% del promedio de la remuneración imponible devengada en los últimos tres meses anteriores al pacto, si la reducción de jornada es de un 50% y, si ésta fuese inferior al 50%, el complemento se determinará proporcionalmente. Con todo, el complemento tendrá como límite máximo mensual la suma de \$225.00, suma que no se considera remuneración, ni renta, ni es imponible ni embargable.

3. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS TRABAJADORES QUE NO SE RIGEN POR LOS EFECTOS DE LA LEY N°21.227

Se ha señalado en el presente estudio que, ante la emergencia sanitaria que ha afectado al país, los trabajadores y trabajadoras se han visto gravemente perjudicados desde un punto de vista social y económico. La paralización de actividades que ha generado la pandemia, ha producido que un grupo amplio de trabajadores hayan perdido su trabajo o, por medio de la suspensión de la relación laboral, sólo han perdido su remuneración. Para asegurar la sustentabilidad en el empleo y también en la remuneración del trabajo, las partes contractuales tienen el derecho de suscribir un pacto que implique la continuidad en el empleo, pacto que constituye una alternativa de prestación de servicios, como, por ejemplo, la figura jurídica del teletrabajo o trabajo a distancia, el cual es la principal alternativa para que el trabajador continúe prestando sus servicios y percibiendo su remuneración.

Sin embargo, por diversas circunstancias o factores, hay algunos trabajadores que no pueden registrarse por la forma de contratación atípica del teletrabajo, porque la naturaleza de los servicios no lo permite o simplemente empleador o trabajador no llegaron a acuerdo para suscribir este pacto.

Por lo tanto, la Ley de Protección al Empleo permite a los trabajadores el acceso excepcional a los beneficios y prestaciones que establece la Ley del Seguro de Cesantía, es decir, una normativa de carácter laboral soluciona un conflicto propio con una normativa de carácter social. Sin embargo, esta protección económica no rige para todos los trabajadores y trabajadoras, sino que el legislador exige determinados requisitos para acceder a los beneficios de la normativa, lo cual genera una exclusión de un grupo amplio de trabajadores del ámbito de aplicación de la Ley N°21.227. Así, por ejemplo, quedan excluidos los trabajadores informales, trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los trabajadores independientes, menores de edad y jubilados ya que la legislación laboral requiere que el trabajador se encuentre bajo una relación laboral vigente y, además, que se encuentre afiliado a la Sociedad Administradora del Seguro de Cesantía.

La Ley de Protección al Empleo constituye la última alternativa para mantener vigente la relación laboral ante la emergencia sanitaria; sin embargo, no garantiza la continuidad en el empleo a todos los trabajadores y trabajadoras del país, lo cual genera un estado de desprotección jurídica para estos trabajadores, ya que el ordenamiento jurídico laboral no contempla otras alternativas para este grupo.

Sin embargo, la solución para este grupo de trabajadores se concretó tras la dictación de la Ley N°21.248 del 30 de julio de 2020, normativa que permite retirar de forma excepcional el 10% de los fondos acumulados en las Aseguradoras del Fondo de Pensiones. Esta norma sin duda constituyó una gran ayuda para la población, en especial para los trabajadores que perdieron su empleo y/o dejaron de percibir su remuneración, pero esta

norma es de carácter social ya que otorga este beneficio excepcional a cualquier persona que haya cotizado al menos una vez en la AFP y no una norma laboral dirigida a los trabajadores del país.

En síntesis, los trabajadores afectados por la pandemia del Covid-19 tienen primeramente la posibilidad de pactar una prestación de servicios alternativa (principalmente la modalidad del teletrabajo) que permita mantener vigente la relación laboral y que el mismo trabajador continúe percibiendo su sueldo; en desmedro de esta prestación alternativa, el ordenamiento jurídico contempla este beneficio excepcional para los trabajadores para que puedan acceder a las prestaciones de su Seguro de Cesantía manteniéndose vigente su relación laboral siendo, la Ley de Protección al Empleo, la última gran alternativa para salvaguardar la continuidad de la relación laboral y para asegurar que el trabajador siga percibiendo su sueldo, ya sea de cargo del empleador o de cargo de la Sociedad Administradora del Seguro de Cesantía.

CONCLUSIÓN

En primer lugar, se debe recalcar la importancia de este conflicto jurídico, toda vez que el trabajo es más que una herramienta de generación de ingresos económicos, el trabajo es una necesidad humana indispensable para el diario vivir de las personas que deben satisfacer necesidades morales y económicas. Esta necesidad humana de trabajar se ve gravemente interrumpida e imposibilitada tras el inicio de la emergencia sanitaria del Covid-19 y se hace necesaria y urgente la intervención del ordenamiento jurídico a través de normas que regulen las relaciones contractuales entre empleador y trabajador ante este acontecimiento excepcional.

Explicada la importancia de este estudio, es preciso señalar que el ordenamiento jurídico laboral consagra diversas figuras jurídicas que constituyen una forma alternativa de prestación de servicios permitiendo la continuidad en el empleo para los trabajadores; dentro de estas figuras jurídicas resalta principalmente el teletrabajo o trabajo a distancia, como también se consagra la suspensión de los efectos del contrato de trabajo, la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, la concesión de un feriado colectivo para los trabajadores o la suscripción de cualquier pacto que signifique una modalidad alternativa de prestación de servicios que implique la continuidad del contrato de trabajo sin que ello signifique una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sin embargo, este conflicto ha generado un choque de intereses entre el empleador y el trabajador: el primero busca priorizar su actividad empresarial y no llegar a iniciar un procedimiento concursal de liquidación o reorganización, por lo que el despido de trabajadores y el cierre temporal de la empresa es la mejor opción; y, para el trabajador es menester mantener la vigencia de su relación laboral y continuar percibiendo sus ingresos para enfrentar la crisis sanitaria y para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Sin duda, la figura atípica del teletrabajo constituye la principal alternativa de prestación de servicios frente a la pandemia del Covid-19, pero hay que tener presente que no todos los trabajadores se pueden regir por esta modalidad de contratación laboral y quedan igualmente desamparados jurídicamente ante esta emergencia sanitaria.

Por consiguiente y en desmedro del teletrabajo, el legislador se hace cargo de este conflicto a través de la Ley de Protección al Empleo, normativa que logra cumplir su finalidad la cual es garantizar la continuidad laboral y los intereses económicos de los trabajadores, pero, sin embargo, a nuestro juicio esta norma debe ser objeto de críticas respecto de dos puntos específicos.

El primero se refiere a que esta normativa soluciona este conflicto jurídico logrando la continuidad en el empleo y dando derecho a los trabajadores a que accedan a las prestaciones de la Ley del Seguro de Cesantía, norma que tiene por objeto dar protección económica a los trabajadores en caso de desempleo y no en caso de un acontecimiento excepcional que ponga en riesgo la vigencia del contrato de trabajo, esto quiere decir, que la Ley de Protección al Empleo da protección económica a los trabajadores con fondos que emanan de ellos mismos, sin perjuicio de que una vez agotados los fondos de la cuenta individual el trabajador tendrá derecho a acceder al Fondo Solidario del Seguro de Cesantía. Lo anterior trae como consecuencia que si el trabajador que accedió a los beneficios de la Ley de Protección al Empleo, en un futuro, pierde su trabajo por una causal distinta a la pandemia, no tendrá fondos suficientes para cubrir ese evento de desempleo, lo cual generará también un estado de desprotección económica.

Un segundo comentario debe realizarse respecto del ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Empleo, toda vez que no permite acceder a sus beneficios a todos los trabajadores, quedando un grupo amplio de ellos fuera del ámbito de aplicación de esta normativa. Por lo tanto, esta norma es eficiente en cuanto a su regulación, pero insuficiente

en cuanto a su alcance, dejando a los trabajadores informales, jubilados, independientes, menores de 18 años y los sujetos a contrato de aprendizaje en un estado de desprotección jurídica y económica. Sin perjuicio de lo anterior, el Congreso Nacional se hizo cargo de esta problemática a través de un proyecto de ley que permite el retiro del 10% de los fondos de pensiones para todas las personas, publicándose, finalmente, en el Diario Oficial la Ley N°21.248. En cuanto a la norma señalada anteriormente, se debe precisar que esta norma es de carácter social y no laboral, por lo que la legislación laboral no otorga una solución para este grupo de trabajadores que queda desamparado por la Ley de Protección al Empleo.

Finalmente, se debe entender esta situación crítica de los trabajadores y trabajadoras como una cuestión que obliga la intervención no solo del poder legislativo del Estado, sino además, del poder ejecutivo, el cual ha sido totalmente ineficaz para controlar la propagación del virus Covid-19 y para entregar apoyo económico a las empresas y trabajadores del país, vale decir que este choque de intereses entre trabajador y empleador no existiría si el Estado hubiese entregado un aporte solidario a las empresas para que estas no se vean en la obligación de priorizar sus intereses ante la continuidad laboral de sus trabajadores; del mismo modo, para los trabajadores quienes debían ser protegidos por el Estado a través de un beneficio solidario que provenga de fondos públicos y no de los propios fondos de los trabajadores.

Todo lo anterior permite señalar que este conflicto escapa de lo jurídico, toda vez que, el poder legislativo se hizo cargo de este conflicto por medio de sus facultades y logró dar una regulación y protección a los trabajadores de manera urgente; sin embargo, el poder ejecutivo no intervino de la manera deseada al no entregar el apoyo necesario para que la población salga adelante en esta grave situación de pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

BCN. (14 de mayo de 2001). Ley N°19.728. Establece un Seguro de Desempleo. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (16 de Enero de 2003). Código del Trabajo. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (22 de Septiembre de 2005). Constitución Política de la República. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (8 de Febrero de 2020). Decreto N°4 de Ministerio de Salud. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (1 de Abril de 2020). Ley N°21.220. Modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (6 de abril de 2020). Ley N°21.227. faculta el acceso a prestaciones del Seguro de Desempleo de la Ley N°21.728, en circunstancias excepcionales. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

BCN. (30 de Julio de 2020). Ley N°21.248. Reforma Constitucional que permite el retiro excepcional de los Fondos acumulados de Capitalización individual en las condiciones que indica. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

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 XXXV.

Cifras Oficiales COVID-19. Ministerio de Salud.

www.gob.cl/coronavirus/cifrasoficiales/

DT. (6 de Marzo de 2020). Dictamen N°1116/004 de la Dirección del Trabajo. Fija criterios y orientaciones sobre el impacto laboral de una emergencia sanitaria (Covid-19). Chile: Departamento Jurídico y Fiscalía. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile.

DT. (19 de Marzo de 2020). Dictamen N°1239/005 de la Dirección del Trabajo. Complementa doctrina contenida en Dictamen N°1116/004 de 06.03.2020. Chile: Departamento Jurídico y Fiscalía. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile.

Illes, J. (1973) *“The Telecommunications-Transportatios Tradeoff. Option for Tomorrow and Today”*.

Plan de Acción por Coronavirus. Ministerio de Salud.

www.gob.cl/coronavirus/plandeaccion/

Raso Delgue, J, “*Las transformaciones del trabajo*”, p. 7. Instituto de Relaciones Laborales.

Facultad de Derecho de la Universidad de a República de Uruguay.

Salazar Concha, C. (2007). “*El teletrabajo como un aporte a la inserción laboral de personas con discapacidad en Chile: una gran carretera por recorrer*”, Revista Ciencia y Trabajo.

Thayer Arteaga W. (1989). “Manual de Derecho del Trabajo”. 2da Edición, Santiago, Editorial Jurídica, Tomo II, p.348.

Thibault Aranda, J. (1998). “*El Teletrabajo*”, p. 29-31.

Ugarte, J. (2004). “*El nuevo Derecho del Trabajo*. Escuela Universitaria de Estudios Sociales. Zaragoza. España.

Walker Errázuriz, F. (2003). “*Derecho de las relaciones laborales*”, Santiago, Editorial Universitaria, p. 278.