

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

Establecimientos escolares: no es teletrabajo (Parte II)

"...No hay que olvidar que la ley de teletrabajo fue pensada, redactada y tramitada para tiempos de normalidad jurídica y social. La idea era que ya no se trabajara de forma presencial, porque este es una nueva forma de trabajar, que es permanente. Su promulgación fue acelerada por el estado de catástrofe, pero existe una evidente disonancia entre el contenido de la ley y el actual contexto..."

Miércoles, 22 de julio de 2020 a las 9:47



Sergio Fuica y Juan Luis Chomali

Luego de [nuestra columna](#) publicada a fines de junio pasado, hemos recibido [legítimas críticas a nuestra postura](#), por lo que responderemos a ellas a continuación.

En primer lugar, nuestra opinión es que estamos frente a una especie de trabajo remoto, excepcional, temporal, no regulado en nuestra legislación y que ha sido forzado por los actos de autoridad a causa de la pandemia. Y no es teletrabajo porque este es un concepto legalmente definido, de modo que debemos atenernos a ello. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, no se cumplen los requisitos establecidos en la ley para calificarla de ese modo.

En este sentido, el teletrabajo es una especie de trabajo remoto¹ y atendido que es de la esencia su flexibilidad en las formas de prestar el servicio, hay —perfectamente— espacio para otras formas de trabajo remoto, que no están regulados

en la legislación, tal como sucede con esta pandemia.

En segundo lugar, es cierto que los principios de la primacía de la realidad y *pro operario* obligan a interpretar las situaciones en favor de la parte más débil, esto es, el trabajador. Pero no es menos cierto que estos también fuerzan a reconocer que ambos —tanto sostenedores como empleados— no pueden cumplir perfectamente todas sus obligaciones por razones ajenas a su voluntad.

Ello no exime de cumplirlas, sino que se exige ejecutarlas de la mejor forma posible, considerando las

extraordinarias circunstancias que vivimos. Lo anterior es particularmente aplicable a las obligaciones contempladas en los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo sobre protecciones a los trabajadores².

En tercer lugar, se sostiene que habría un acuerdo tácito entre las partes producto de las conductas reiteradas y uniformes en el tiempo y que el anexo —exigido por la ley para el teletrabajo— solo vendría reconocer esta realidad.

Sin embargo, se olvida que —a diferencia de los contratos laborales en general— la ley contempla la posibilidad que una de las partes se retracte dentro del plazo de 30 días. Mientras dure la pandemia, no existe esa opción para ninguna de los dos partes.

Además, con la declaración de estado de catástrofe y la prohibición expresa de la autoridad de hacer clases presenciales, ¿podemos asegurar con certeza que los trabajadores han prestado su voluntad para trabajar en esas condiciones? ¿O se trata más bien de un hecho del empleador, condicionado por un acto de autoridad de parte del Ejecutivo? ¿O es un poco de ambas?

En cuarto lugar, la voluntad que exige la ley es una específica respecto de teletrabajar o trabajar a distancia, según el caso, y se debe manifestar en la forma que prescribe la ley.

Luego y faltando esa voluntad, bien podría argumentarse que los trabajadores están obligados a seguir prestando servicios a causa de los contratos legalmente celebrados y no por su voluntad específica de teletrabajar.

En suma, el trabajo remoto en los establecimientos escolares no ha sido voluntario y esa es una realidad del porte de un buque.

En quinto lugar, se critica que nuestra columna no distingue entre colegios municipales, privados y particulares subvencionados³.

Sin embargo, esa división no es procedente porque esta nueva forma de trabajar aplica a los tres tipos de colegios: (i) el estatuto docente no contempla ninguna norma en este sentido y su artículo 71 señala expresamente que supletoriamente aplica el Código del Trabajo; (ii) para particulares aplica íntegramente el Código del Trabajo y (iii) para los subvencionados, aplican normas de ambos estatutos⁴.

En sexto lugar, de aceptarse la tesis contraria y firmar el anexo, el teletrabajo implicaría que muchos sostenedores tendrán que incurrir en relevantes gastos y coordinaciones que no tenían previstos, aun cuando sea de forma temporal, arrastrándolos a un ya complejo escenario financiero (sin mencionar que se ha visto un aumento considerable en la morosidad de las mensualidades).

Es perfectamente comprensible la preocupación de la comunidad educativa para obtener certeza y no verse expuesto a multas, pero no hay que olvidar que si se pacta el teletrabajo y los sostenedores no incurren en dichas obligaciones⁵ también corren el riesgo de ser sancionados.

Además, en ese escenario corresponde plantearse tres preguntas: (i) si las partes han acordado tácitamente que hay teletrabajo, ¿se ha pactado también que este se termina una vez superada la pandemia?; (ii) ¿se puede pactar el teletrabajo durante un período de tiempo si el contrato es indefinido? y (iii) si las partes pactaron teletrabajo, una vez terminada la pandemia, ¿se puede exigir al docente que vuelva a las clases presenciales o tiene derecho a negarse?

No hay que olvidar que la ley de teletrabajo fue pensada, redactada y tramitada para tiempos de normalidad jurídica y social⁶. La idea era que ya no se trabajara de forma presencial, porque este es una nueva forma de trabajar, que es permanente. Su promulgación fue acelerada por el estado de catástrofe, pero existe una evidente disonancia entre el contenido de la ley y el actual contexto que es esencialmente temporal y que tiene muchas dificultades de cumplimiento para todos.

Por último, si las autoridades educacionales han señalado que estamos ante un "*trabajo de manera remota*" y han otorgado a los sostenedores las flexibilidades necesarias para adecuarse a la nueva realidad es porque la autoridad es especialmente cuidadosa de no calificar como teletrabajo la modalidad actual de prestación de servicios en el ámbito educacional⁷. De allí que se entienda —por ejemplo— que se han seguido entregando asignaciones de movilización y colación para ayudar a solventar nuevos gastos que se han producido a causa de esta pandemia.

Con estas dos columnas solo hemos intentado —de forma imperfecta, por cierto— contribuir a generar un debate público para que todos los involucrados tomen decisiones de la forma más informada posible.

** Sergio Fuica Gutiérrez y Juan Luis Chomalí Kattan son abogados de Guerrero Olivos. El primero es abogado laboral y el segundo es especialista en resolución de conflictos.*

¹ En este sentido, hay académicos expertos que ya hablan de una tercera categoría: "Se está imponiendo una tercera categoría, aunque no esté generalmente normada todavía: el trabajo remoto excepcional y obligatorio, que se da cuando por orden de una decisión sanitaria y en el marco de estados de excepción o de emergencia se suscita el teletrabajo, no voluntaria sino compulsivamente". Véase la nota [Villasmil Humberto, Teletrabajo: ¿modalidad de relación de trabajo o paradigma de "la nueva normalidad"?](#)

² Insistimos que la docencia —en esta crisis— no puede ser presencial, porque hacerlo implicaría poner en grave riesgo la vida y salud de toda la comunidad educativa, la que incluye el equipo directivo, docentes, apoderados, funcionarios y estudiantes. Si otras actividades —públicas o privadas— se están realizando de forma remota, no hace sino confirmar que esta es una crisis que nos afecta a todos y que debemos concurrir —realizando nuestro mejor esfuerzo— para cumplir con las obligaciones laborales aprovechando la tecnología actual.

³ También, se nos reprocha que, bajo nuestra concepción, todos los alumnos deberían reprobar sus cursos porque ninguno alcanzaría el 85% de asistencia de clases presenciales. No se entiende bien cómo este argumento se relaciona con lo del teletrabajo, pero la autoridad ha repetido —insistentemente— que debe haber flexibilidad respecto de requisitos que no se puedan cumplir y muy especialmente la asistencia. Y si la autoridad ha obligado al confinamiento, ¿es que luego puede exigir la asistencia presencial a clases? La contradicción salta a la vista.

⁴ Todo lo anterior, sin considerar la Ley N° 21.109, que establece un estatuto de los asistentes de la educación pública.

⁵ Contenidas en la nueva ley y en el Reglamento recientemente dictado.

⁶ En este sentido, nos remitimos a la [columna escrita en este medio](#) por don Luis Navarro Egaña.

⁷ Hasta la fecha, ni el Ministerio de Educación ni la Superintendencia de Educación se han manifestado expresamente respecto de la flexibilización del uso de la subvención para afrontar los gastos en la implementación de las obligaciones del trabajo, pero sí lo hizo respecto del uso de los recursos de la Subvención Escolar Preferencial, justamente, para invertir en medios tecnológicos que permitan cumplir con los planes y programas. [Ordinario N° 540 de la Superintendencia de Educación Superior](#).

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online