



Teletrabajo y trabajo en casa en Colombia: Un análisis diferencial a partir del desarrollo legislativo y la jurisprudencia.

Autor(es)

Cristian Camilo Vasco Fernandez

Andersson Londoño Zapata

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Abogado

Asesor

Francisco Javier Serna Giraldo, Especialista

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho Derecho

Medellin, Antioquia, Colombia

2021

Dedicatoria

Esta investigación la dedicamos a nuestras familias.

Dedicatoria

Esta investigación la dedicamos a nuestras familias.

Agradecimientos

Agradecemos a la universidad, nuestras familias y demás personas que siempre nos apoyaron en este proceso de aprendizaje.

RESUMEN

El enfoque del presente texto es generado por el desafío que ha significado la aceleración en la implementación del teletrabajo, el cual es una tendencia ya marcada en el viejo continente, pero poco en la legislación en general de los países latinoamericanos incluyendo a Colombia; además del trabajo en casa como concepto diferenciado del teletrabajo y a su vez la práctica en la nueva realidad que trajo consigo la pandemia causada por el virus del Covid-19. Es así como se trata de aportar al esclarecimiento e interpretación de las disposiciones normativas realizando un análisis crítico documental de la legislación y la jurisprudencia sobre la materia usando como metodología de investigación el método cualitativo.

La investigación consta de dos capítulos, el primero de estos orientado a la comprensión del trabajo como valor, principio y derecho fundamental dentro del estado social y constitucional de derecho. El segundo capítulo se dedica exclusivamente al análisis crítico diferencial, con miras a la comprensión a cabalidad de los conceptos que son objeto de estudio.

Por último, se tienen unas conclusiones que dan cuenta de las diferencias y similitudes entre el teletrabajo y el trabajo en casa y sus campos de aplicación siempre alrededor del derecho fundamental al trabajo en condiciones de dignidad.

Palabras clave: Derecho, Teletrabajo, Covid-19, Investigación.

ABSTRACT

The focus of the present text is generated by the challenge posed by the acceleration in the implementation of telework, which is a trend already marked in the old continent, but not in the general legislation of Latin American countries including Colombia; in addition to working at home as a differentiated concept from teleworking and in turn practicing it in the new reality brought about by the pandemic caused by the Covid-19 virus. This is how it tries to contribute to the clarification and interpretation of the normative provisions by conducting a critical documentary analysis of the legislation and jurisprudence on the matter using the qualitative method as research methodology.

The research consists of two chapters the first of these aimed at understanding work as a value, principle and fundamental right in the social and constitutional state of law. The second chapter is dedicated exclusively to differential critical analysis, with a view to fully understanding the concepts that are the object of study.

Finally, there are some conclusions that account for the differences and similarities between telework and work at home and their fields of application always around the fundamental right to work in conditions of dignity.

Keywords: Law, Telework, Covid-19, Research.

Tabla de contenido

Dedicatoria	3
Agradecimientos	4
Planteamiento del problema	1
Pregunta problematizadora	¡Error! Marcador no definido.
Objetivos	¡Error! Marcador no definido.
General:	¡Error! Marcador no definido.
Específicos:	¡Error! Marcador no definido.
Introducción	3
CAPÍTULO I	5
Derecho al trabajo en Colombia: una mirada integral	5
Derecho al trabajo en en Estado Social de Derecho	5
Bloque de Constitucionalidad y garantías laborales	6
Legislación laboral en Colombia	10
Características de la relación laboral	10
Prestación personal del servicio	12
Subordinación en la relación laboral	13
Remuneración o salario como elemento esencial	15
CAPÍTULO II	16
Teletrabajo y trabajo en casa: una nueva realidad laboral	16
Nuevas realidades laborales: globalización, tecnología y crisis pandémica	16
La OIT y Teletrabajo	18
Concepto de teletrabajo	20
Trabajo Digital en Colombia: ni teletrabajo ni trabajo en casa	22
Ley 1221 de 2008 y Decreto reglamentario 884 de 2012	24
Trabajo en casa: ley 2088 de 2021: diferencias frente al teletrabajo	29
Principales diferencias	30
Variación en las condiciones de trabajo	31
Uso de tecnologías de la información y la comunicación	32
Elementos de trabajo	32
Reglamento de trabajo y riesgos laborales	33

<u>Auxilio de transporte y auxilio de conectividad</u>	34
<u>Voluntariedad y subordinación</u>	35
<u>Rasgos comunes del teletrabajo y el trabajo en casa</u>	36
<u>Conclusiones</u>	40
<u>Referencias</u>	42

Planteamiento del problema

Como es de público conocimiento, el mundo atraviesa hoy una crisis epidemiológica sin precedentes. Las consecuencias del SARS-CoV-2 y la enfermedad que este produce, la Covid-19, se dejan sentir en todos los aspectos de la vida pública y privada. Colombia, en particular, ha dispuesto un gran número de medidas políticas y jurídicas para contrarrestar sus efectos y tratar de proteger los derechos de los colombianos. La primera y más importante medida, con base en el artículo 215 superior y la ley 137 de 1994, fue la declaración del *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica* en todo el territorio Nacional a través del Decreto Legislativo 417 de 2020, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-145/20. Con base en este decreto de emergencia se han adoptado una importante cantidad de regulaciones transitorias para paliar la crisis sanitaria y económica.

No obstante, y pese a la gran cantidad de aspectos que han sido trastocados por la pandemia de la Covid-19, el interés de esta investigación se centra en el impacto a nivel laboral de esta crisis mundial, y más concretamente en las medidas adoptadas a nivel institucional para responder a las dificultades laborales ocasionadas por las políticas de confinamiento y aislamiento preventivo a las que toda la población colombiana se ha visto sometida en algún momento, de acuerdo con el criterio de las autoridades encargadas de la salud pública. Entre dichas medidas de respuesta se destacan las instrucciones por parte de las autoridades nacionales respecto a la prestación personal del servicio desde los lugares de residencia de los trabajadores. El primer pronunciamiento en este sentido fue la Circular 0041 de 2020, mediante la cual el Ministerio de Trabajo colombiano indicó algunos lineamientos respecto del trabajo en casa. El impacto en los hábitos laborales del país ha sido de tal naturaleza, que el legislador colombiano se vería obligado a regular expresamente el trabajo en casa, a través de la ley 2088 de 2021.

Sin embargo, con anterioridad a esta regulación, y aún después de su sanción presidencial, se ha presentado una notable confusión por parte de la ciudadanía y las autoridades acerca de la distinción entre la figura del trabajo en casa y otra similar, pero diferenciable, introducida en el ordenamiento jurídico laboral bajo el nombre de teletrabajo, mediante la ley 1221 de 2008. Esta ley de teletrabajo, reglamentada por el Decreto 884 del 2012, se refiere a una modalidad muy concreta de prestación personal del servicio por parte del teletrabajador, bajo unas condiciones específicas que no son necesariamente las observadas por las empresas y los trabajadores durante los períodos de confinamiento estricto o aislamiento preventivo. En tal sentido, se considera muy oportuno indagar más acerca de las diferencias entre el teletrabajo y el trabajo en casa, en especial ahora que el legislador colombiano comprendió que la masificación de esta nueva experiencia, producto de la pandemia, refleja la existencia de nuevas realidades culturales y tecnológicas que no se ajustan a las políticas y las normas precedentes, pero que son viables a nivel jurídico, económico y social.

¿Cuáles son las diferencias entre el teletrabajo y el trabajo en casa en Colombia de acuerdo con su desarrollo legislativo y jurisprudencial?

Diferenciar críticamente entre el teletrabajo y el trabajo en casa de acuerdo con el desarrollo legislativo y jurisprudencial que han tenido ambas figuras en Colombia.

Desarrollar el alcance y contenido del derecho al trabajo a partir de la legislación nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Recopilar y analizar las normas y la jurisprudencia colombianas, así como las normas internacionales en materia de teletrabajo y trabajo en casa, para realizar un análisis crítico mediante la metodología cualitativa, que permita diferenciar ambas figuras desde sus diferentes implicaciones jurídicas y sociales en el marco del derecho al trabajo en Colombia.

Introducción

Actualmente predomina la idea de que el teletrabajo es una realidad estrictamente novedosa, consecuencia directa de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de Covid-19. No obstante, como recuerda Gentilin (2020), en el contexto internacional el teletrabajo se remonta a la década de los 70 en Estados Unidos, durante la denominada crisis del petróleo (p. 6). Si bien es cierto que la pandemia actual ha generado una masificación del trabajo a distancia, lo cierto es que el teletrabajo como fenómeno laboral y cultural está estrechamente relacionado al momento tecnológico del que hoy disfruta el mundo entero. Lo que realmente hace posible la masificación de esta experiencia laboral es la globalización de las tecnologías de la información. Sin internet, computadores y telefonía móvil, por más que existiese una coyuntura sanitaria que demandara la prestación remota de servicios, serían inconcebibles realidades como el teletrabajo o el trabajo en casa, dos figuras distintas que, sin embargo, suelen confundirse, incluso a nivel académico.

Precisamente, el autor citado, no diferencia entre ambas figuras, pues su análisis lo lleva a considerar que el trabajo en casa, así como el trabajo virtual, el trabajo remoto, la oficina en casa o el trabajo a distancia, son modulaciones del teletrabajo o equivalentes semánticos de ese fenómeno. No obstante, en el ámbito jurídico sí que existen diferencias importantes frente a los derechos y obligaciones de empleados y empleadores. El legislador colombiano se ha percatado de ellas, y actuando en consecuencia ha legislado para regular de forma diferencial el trabajo en casa, el cual no es equivalente al teletrabajo, que ya se encontraba regulado en el país desde el año 2008.

De acuerdo con la Encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría, contratada por el Ministerio TIC en el 2018, para entonces existían 122 mil teletrabajadores en Colombia (CNC, 2018, p. 5). Sin embargo, a pesar de las campañas institucionales, las cifras de teletrabajadores a 2019, lejos de aumentar, disminuían. Así lo demuestra, por ejemplo, el informe *Medición del teletrabajo en Entidades Públicas: Penetración y percepciones*, fechado a diciembre de 2019, apenas unos meses antes de la expansión de la pandemia de Covid-19. Según dicho documento, mientras en 2014 el promedio de teletrabajadores en entidades públicas alcanzaba los 26,8, en 2019 esta cifra apenas llegaba a 13,1 (CNC, 2019, p. 8). Lo cierto es que, contrario a lo que pueda pensarse, la crisis sanitaria prolongada desde el 2020 a la fecha no parece haber aumentado la cifra de teletrabajadores, básicamente porque lo que se ha masificado desde entonces es el trabajo en casa.

A propósito de este incremento abrupto y desproporcionado de trabajadores en casa, algunos medios de comunicación como El País, de la ciudad de Cali, publicó en mayo de 2020 que para esa fecha había en el país cerca de 6 millones de trabajadores en casa, según estimaciones del Ministerio del Trabajo. En la misma noticia se refiere que “en Colombia, 57 % de las compañías tiene el 80 % de su estructura trabajando de forma remota” (El País, mayo de 2020). Por supuesto que, según se han ido flexibilizando las medidas de confinamiento y asilamiento preventivo con

miras a la reapertura económica del país, la cantidad de personas trabajando desde casa ha disminuido ostensiblemente, pero el impacto cultural y organizacional que ha tenido esa experiencia seguramente tendrá repercusiones en la forma en que concebiremos la vida laboral. Por esta razón, se considera, el legislador colombiano se animó a legislar diferencialmente sobre este tipo de prestación personal de la actividad laboral por fuera del sitio o los sitios habituales de la empresa o entidad (ley 2088 de 2021).

En este sentido, se considera que la presencia de una realidad económica, laboral y jurídica demanda también el interés de la academia, la cual debe estar presta a contribuir con su conocimiento a la comprensión, crítica y divulgación de las nuevas legislaciones que buscan dar una respuesta a estos fenómenos novedosos. Esta investigación encuentra su justificación precisamente en el interés de aportar al esclarecimiento e interpretación de las nuevas disposiciones normativas, cuyos efectos y consecuencias son del interés de toda la población colombiana.

En este sentido, de acuerdo con los lineamientos propuestos a través de la pregunta de problematización y los objetivos, se pretende desarrollar este trabajo a través de un análisis crítico documental de la legislación y la jurisprudencia sobre la materia. Como metodología de investigación, esta propuesta acoge el modelo cualitativo, característico de las investigaciones sociojurídicas que se trazan como objetivo la comprensión de un fenómeno a partir de un ejercicio hermenéutico e interdisciplinar de interpretación de documentos legales, jurisprudenciales y doctrinales. Así las cosas, la investigación consta de dos capítulos, el primero de los cuales se dedica a la comprensión del trabajo como valor, principio y derecho fundamental dentro del Estado social y constitucional de Derecho. Por su parte, el segundo capítulo se dedica exclusivamente al análisis crítico diferencial de las figuras en comento, con miras a la comprensión cabal del objeto de estudio. Por último, el resultado de esta experiencia investigativa se plasma en las conclusiones, las cuales dan cuenta de las diferencias y similitudes entre el teletrabajo y el trabajo en casa.

CAPÍTULO I

Derecho al trabajo en Colombia: una mirada integral.

Derecho al trabajo en el Estado Social de Derecho

De acuerdo con la reiterada posición de la Corte Constitucional colombiana, por virtud del texto constitucional el trabajo se configura dentro del Estado Social de Derecho como “un derecho y una obligación social, que de suyo goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado” (Corte Constitucional, C-019/04). Así está consagrado en el artículo 25 superior.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado que, en tanto derecho fundamental, el trabajo goza de una doble dimensión, a saber: individual y colectiva (artículos superiores 25, 26 y 334). Considerado en su dimensión individual, el derecho al trabajo implica la libertad de elección y ejercicio de una profesión u oficio en condiciones justas y dignas; desde la dimensión colectiva, el trabajo “implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa” (Corte Constitucional, T-611/01). Por otra parte, el derecho al trabajo comprende dos formas de interpretación de su protección: la *interpretación legal* y la *interpretación constitucional*. Respecto a la primera, la Corte Constitucional explica:

La interpretación legal propia de la justicia ordinaria tiene como objetivo la resolución de un caso, de una contradicción o disparidad entre trabajador y empleador. (...) La valoración jurídica se realiza especialmente mediante la aplicación de reglas que pretenden definir inequívocamente los derechos y obligaciones derivados de una relación contractual en el que prima el ejercicio de la voluntad de las partes. (Corte Constitucional, T-611/01).

La vía de *interpretación legal* se enfoca esencialmente en la relación laboral, en sus efectos y consecuencias jurídicas para las partes contractuales. No hay que olvidar que el trabajo, aunque sea un derecho fundamental, no es en sí mismo un derecho absoluto. Contrariamente, el vínculo laboral entre empleado y empleador tiene fundamento en sus propias voluntades, y ambas partes están respaldadas por el ordenamiento jurídico para darle término al contrato o hacer ejercicio del *ius variandi* (en los términos permitidos por la ley). En síntesis, la *interpretación legal* del derecho al trabajo, en cabeza de los jueces de la especialidad jurisdiccional respectiva, se interesa por la resolución del conflicto surgido con ocasión de la relación laboral.

En tanto derecho fundamental interpretado desde la perspectiva constitucional, el derecho al trabajo comprende una protección especial frente a la eventual situación de vulneración de derechos del trabajador, pues desde esta perspectiva lo pretendido es garantizar para él, de forma racional y proporcional, aquellos principios que orientan la Carta y sobre los que se fundamenta el

Estado Social de Derecho. La vía de *interpretación constitucional* trasciende el escenario del conflicto que habrá de solucionarse conforme a unos derechos legales y unos procedimientos establecidos, pues su pretensión es comprender la complejidad del trabajo, como fenómeno social y como derecho, en el marco de los fines esenciales del Estado.

En todo caso, el derecho fundamental al trabajo es un “atributo inalienable de la personalidad”, un derecho que dignifica a la persona y un medio instrumental para la realización personal. Sin trabajo, el individuo “*no podría existir dignamente, pues es con el trabajo que se proporciona los medios indispensables para su congrua subsistencia* y además desarrolla su potencial creativo y de servicio a la comunidad”. (Corte Constitucional, T-611/01). Como es apenas comprensible, el derecho fundamental al trabajo está inherentemente relacionado con otros derechos fundamentales, como lo son la *vida digna*, el *libre desarrollo de la personalidad*, o la *igualdad*. Al ser una actividad instrumental para el ser humano, en el momento en que la vulneración al trabajo supone la afectación de otros derechos, exige de las instituciones una mirada integral (una *interpretación constitucional*) que permita superar la afectación a su *núcleo esencial*¹.

Bloque de Constitucionalidad y garantías laborales.

Por supuesto, la vía de *interpretación constitucional* comprende en sí misma normatividad convencional suscrita y ratificada por Colombia, en virtud del bloque de constitucionalidad. Los tratados y normas internacionales, y en especial los convenios de la OIT — Organización Internacional del Trabajo—, operan en materia laboral como garantías para los trabajadores colombianos. El bloque de constitucionalidad, en tanto instituto constitucional moderno, permite incorporar al ordenamiento jurídico nacional las normatividades internacionales que el Estado colombiano reconoce en su condición de Estado parte de un tratado internacional. Como institución, el bloque de constitucionalidad parte del reconocimiento de la Constitución Política como una carta abierta en un contexto global de sistematización jurídica.

La Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el bloque de constitucionalidad, en especial en cuanto a la aplicación y jerarquización de las normas de Derecho Internacional. Aunque para la Corte Constitucional en un principio las normas internacionales revisten una entidad infraconstitucional (art. 4 superior), pero supralegal (art. 93 superior), lo cierto es que esta relación ha sido armonizada partiendo de dos lecturas: el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*, conformado “por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción”, y el bloque de constitucionalidad *lato sensu*, compuesto “por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que

¹ La Corte Constitucional lo define, a su vez - siguiendo al profesor Peter Haberle- como “...*el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas.*”

sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales (artículo 93 de la Carta), las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, las leyes estatutarias” (Ostau de Lafont, 2015, pp. 69-70).

Si bien es cierto que, en lo relativo a asuntos laborales, el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* comprende el universo de derechos intangibles no limitables bajo estados de excepción, en la práctica ha sido la propia Corporación Superior la encargada de ir definiendo cuáles son los convenios de la OIT y los demás tratados internacionales que, además de estar suscritos y ratificados siguiendo los procedimientos legales y constitucionales preestablecidos, pueden ser considerados como parte de ese bloque de constitucionalidad estricto, pues aunque todos los convenios de la OIT puedan servir de fundamento o referencia en la orientación de políticas públicas o decisiones judiciales, no todos revistan la entidad axiomática que los eleva a la condición de principios o valores constitucionales. En este sentido, la propia Corte ha aclarado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad en *sentido lato* “son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53)” (Corte Constitucional, C-401/05). De lo anterior se desprende que las normas del bloque en *lato sensu* no son indiferentes para el ordenamiento y los operadores jurídicos, aunque no tengan la entidad principal de las otras.

En la misma línea de reflexión, y ante la polémica suscitada con ocasión a la incompreensión del carácter supletorio de las normas y convenios internacionales relativos al trabajo, la Corporación ha dejado claro que, ante vacíos normativos, los convenios ratificados (incluso aquellos en *lato sensu*) sí actúan de forma supletoria, pero no en razón de ser per se de menor jerarquía, o porque carezcan de menor entidad o fuerza jurídica, sino porque esas normas o convenios “son fuente principal y directa de derecho que pueden servir de base para llenar el vacío” (Corte Constitucional, C-401/05). De esta forma, se comprende que la figura del bloque de constitucionalidad, en cualquiera de sus dos modalidades, es insoslayable para el operador jurídico, y esa es la postura institucional colombiana. Ahora bien, la tarea de reconocer dichas normas o convenios internacionales como partes de una u otra modalidad dentro del bloque de constitucionalidad está en cabeza de la propia Corte, pues a ella corresponde “señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto” (C.P., art. 93, inciso 1). En tanto la Constitución es una carta abierta, el papel del órgano de cierre en materia constitucional es ejercer dicho control sobre la asimilación de normas a través de tratados y convenios internacionales. Un ejemplo concreto del ejercicio de esta facultad constitucional se encuentra en la sentencia C-170/04, “en relación con los convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil” (Corte Constitucional, C-401/05).

Siguiendo la recopilación de Chaves et al (2018), los principales convenios en materia laboral que integran el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* son:

Materia	Número	Año
Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación	87	1948
Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva,	98	1949
Convenio sobre Igualdad de Remuneración	100	1951
Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación)	111	1958
Convenio sobre la abolición del Trabajo Forzoso	105	1957
Convenio sobre la Edad Mínima	138	1973
Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil	182	1999
Convenio sobre la inspección del trabajo	81	1947
Convenio sobre la política del empleo	122	1964
Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura)	129	1969
Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo)	144	1976
Convenio Sobre Pueblos indígenas y tribales	169	1987

Con base en Chaves et al, 2018, p. 74 y ss.

Ahora bien, un análisis del derecho al trabajo desde una *perspectiva constitucional* también obliga a considerar que no sólo los tratados o convenios internacionales en materia laboral protegen los derechos de los trabajadores, ni determinan de forma exclusiva las políticas institucionales en torno al trabajo como fenómeno social y como derecho. En el marco del Estado social y constitucional de Derecho, Colombia ha suscrito y ratificado normas internacionales, en especial aquellas que desarrollan el contenido o determinadas prohibiciones en materia de Derechos Humanos, que sirven de fundamento para la interpretación constitucional, pero también legal, del derecho al trabajo. Concretamente, instrumentos como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* o la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, son algunos de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que deben ser tenidos en cuenta por el operador jurídico a la hora de analizar y resolver situaciones o conflictos en materia laboral, bien sean estos de índole legal o constitucional.

Los instrumentos internacionales precitados comprenden dentro de su universo normativo disposiciones transversales que impactan todo tipo de legislaciones dirigidas al ámbito público y privado, buscando la protección de derechos humanos. Estos instrumentos también han sido integrados al ordenamiento constitucional colombiano a través del bloque de constitucionalidad y operan dentro de éste como auténticos valores y principios constitucionales. En el caso de la

legislación internacional sobre menores o personas en situación de discapacidad, por ejemplo, estos tratados comprenden principios, obligaciones (traducidas en acciones afirmativas y políticas públicas), prohibiciones, recomendaciones, etcétera, que deben ser tenidas en cuenta por el Estado parte que los suscribe y ratifica, sin que el operador jurídico o institucional pueda sustraerse de las obligaciones asumidas o de la observancia de los preceptos jurídicos allí establecidos. Es oportuno recordar aquí que el trabajo como fenómeno social y derecho involucra o comprende una multiplicidad de realidades y aspectos sociales y personales que desbordan la relación contractual entre empleados y empleadores, pues del trabajo se desprenden asuntos relativos a derechos fundamentales como la **seguridad social** (de índole prestacional en materia de salud, pensiones, riesgos laborales, etcétera), el **libre desarrollo de la personalidad**, la **vida digna**, la **igualdad formal y material**, entre muchos otros. Desde una *perspectiva constitucional* la protección y regulación del derecho al trabajo trasciende la esfera laboral propiamente dicha y demanda la observancia del bloque de constitucionalidad en su sentido más amplio, de cara a la salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales.

En este sentido, el derecho al trabajo, como derecho fundamental en lo tocante a su núcleo esencial y como derecho conexo o en conexidad con otros derechos fundamentales, debe ser entendido en una dimensión amplia que contemple todas las garantías fundamentales consagradas por la Carta, incluso en contra de legislaciones o medidas institucionales que, pese a ser válidas, en determinado caso pueden contrariar el universo iusfundamental que fundamenta el Estado social y constitucional de Derecho. En este caso, para la protección del derecho al trabajo y demás derechos fundamentales relacionados con este, el operador jurídico puede optar por la excepción de inconstitucionalidad, una figura con cuya aplicación se busca la prevalencia de los principios y valores constitucionales.

Esta herramienta de control constitucional difuso en cabeza de cualquier autoridad judicial o administrativa requerida —control que es paralelo al control constitucional concentrado de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado—, es un desarrollo destacado del constitucionalismo colombiano contemporáneo, pues pone de presente la primacía de la Constitución Política sobre el ordenamiento jurídico y sus operadores, haciendo prevalecer el control de constitucionalidad material en la resolución de casos concretos (Corte Constitucional, C-801/09). En materia laboral, conforme a lo que se ha expuesto hasta el momento, los jueces, las instituciones e incluso los particulares están llamados a hacer prevalecer la Carta y el bloque de constitucionalidad sobre las legislaciones de naturaleza ordinaria, incluso por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, dejando claro que el derecho al trabajo, en su dimensión constitucional, es un asunto de primer orden para el Estado social y constitucional de Derecho.

Legislación laboral en Colombia.

Si bien no es del resorte de este trabajo puntualizar en cada una de las legislaciones y reformas laborales adoptadas en Colombia en su vida como país soberano, sí es oportuno situar esta investigación en un contexto legislativo determinado en materia laboral. Sea lo primero aclarar que Colombia todavía tiene vigente un código laboral adoptado en 1950, conocido como Código Sustantivo del Trabajo —CST—, el cual comprende concretamente los decretos 2663 y 3743 de ese año. En adelante, aunque se han realizado modificaciones a la legislación laboral a través de reformas más o menos puntuales sobre algunos aspectos relativos al derecho al trabajo (como el Decreto 2351 de 1965, la ley 50 de 1990, la ley 100 de 1993 o la ley 789 de 2002), lo cierto es que el grueso de dicha legislación conserva el espíritu del CST, el cual a su vez es una síntesis de proyectos y normas jurídicos de principios del siglo XX relativos principalmente al contrato de trabajo y al derecho individual al trabajo.

Del 2002 a la fecha se han probado otras numerosas leyes relativas al derecho individual al trabajo, al sistema de seguridad social o a las modalidades y condiciones contractuales. Siguiendo el espíritu de la Carta de 1991 y los compromisos convencionales ratificados en materia de derechos humanos, se introdujeron importantes modificaciones en materia de acoso o *mobbing* (ley 1010 de 2006) y discapacidad (ley estatutaria 1618 de 2013) en entornos laborales, por ejemplo. También las nuevas realidades comerciales y sociales han demandado la aprobación de cambios en la legislación laboral, mediante la introducción de instituciones como el teletrabajo y el trabajo en casa, temas centrales de esta investigación. De igual manera, en estos últimos 20 años han existido conflictos sociales en torno a políticas públicas que, a juicio de las asociaciones sindicales o políticas y de un amplio sector de la ciudadanía, repercuten negativamente sobre los derechos de los trabajadores, como la ampliación del horario diurno o la desregulación de plataformas virtuales de transporte público, servicios domiciliarios y otro tipo de servicios. La nueva realidad tecnológica ha provocado conflictos sociales que reclaman la atención del legislador colombiano, en especial porque, desde la aparición del CST, las actualizaciones de la normatividad laboral en Colombia han sido parciales e insuficientes, y nunca se han proyectado como reformas integrales.

Características de la relación laboral

Con base en la literatura consultada, puede afirmarse que existen dos visiones respecto a la vigencia del Código Sustantivo de Trabajo promulgado por el Ejecutivo a mediados del siglo XX. Por un lado, se afirma que, en lo sustancial, el CST todavía conserva plena vigencia, en especial

respecto al derecho individual al trabajo y a la estructura de la relación laboral. Estos elementos característicos de la relación laboral se remontan hasta las primeras iniciativas legislativas a principios del siglo pasado:

Los elementos del contrato de trabajo citados por la Comisión especial de Asuntos Sociales del Senado en 1919, reiterados en varias iniciativas durante las dos décadas siguientes, reaparecieron en la Ley 6ª de 1945 (art. 1), en el CST (art. 23), y en la Ley 50 de 1990 (art. 1). Son ellos, los agentes contratantes (en 1919 se hablaba de patrono y obrero, en 1945 y 1950 de patrono y trabajador, y de empleador y trabajador en 2000), la relación de subordinación (relación de dependencia continuada del trabajador en relación con el empleador), y la remuneración (el salario, independientemente de su forma, entendido como retribución por el servicio prestado por el trabajador) (Avella, 2010, p. 74).

Por otra parte, más recientemente se ha cuestionado la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo y sus reformas posteriores, como la Ley 50 de 1990 y la ley 789 de 2002, por tratarse de una legislación desactualizada que amerita una reforma estructural, sobre todo después de esas sucesivas reformas que, a juicio de algunos autores, han debilitado o flexibilizados las garantías de los trabajadores, en beneficio principalmente del modelo económico y del empresariado.

En cualquier caso, lo cierto es que la realidad económica y tecnológica del país sí reclama la atención del legislador, pero debe tenerse en cuenta que, siguiendo la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien el derecho individual al trabajo no es un derecho absoluto (en relación con el *ius variandi*, que tampoco es un derecho absoluto de los empleadores (Corte Constitucional, T-483/93) y el legislador goza también de cierto margen de libertad de configuración legislativa (arts. 114 y 150 superiores), la relación laboral implica en sí misma unos elementos estructurales o esenciales que la caracterizan, cuyo desconocimiento afecta directamente el derecho al trabajo como derecho fundamental y como valor o principio integrante de los fines esenciales del Estado social de Derecho. Estos elementos característicos se remontan, como ya se dijo, a las políticas normativas de principios de siglo XX, y aun hoy son la base para distinguir las relaciones laborales de otro tipo de contratos, como el de prestación de servicios o los contratos de índole civil o comercial. Cualquier reforma laboral que se plantee por el legislador o el Ejecutivo, debe partir del reconocimiento de estos elementos esenciales que brindan garantías a los trabajadores.

Ahora bien, estos elementos han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha encargado de puntualizar muchos aspectos interpretativos de la legislación laboral a través del desarrollo de principios como la *primacía de la realidad sobre las formas* (consagrado en el artículo 53 de la Carta) o el principio de *igualdad formal y material* (art. 13 superior). Estos elementos se encuentran definidos en el numeral 1 del artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, y son: a) la prestación personal del servicio por parte del trabajador,

b) la subordinación del trabajador a las directrices del empleador, y c) la remuneración debida por el empleador al trabajador (salario) por dicha prestación.

Prestación personal del servicio

En cuanto a la prestación personal del servicio, es decir, a la actividad que el trabajador se obliga a ejecutar por sí mismo, la Corte Constitucional ha enfatizado muchas veces que, en relación con el elemento de subordinación, el empleador tiene la potestad de ejercer el *ius variandi*, que es lo mismo que la facultad de modificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en el que se deba realizar dicha prestación personal. Esta facultad, surgida del poder subordinante del empleador sobre el empleado, sin embargo, no es de ningún modo absoluta, pues no puede sobrepasar las garantías mínimas constitucionales de los trabajadores. En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado que se abusa del *ius variandi* cuando “*de manera abrupta e inconsulta se realiza un cambio en las condiciones laborales de un trabajador, sin tener en cuenta aspectos que afectan la esfera de su dignidad*” (Corte Constitucional, T-682/14). Estos aspectos a tener en cuenta son aquellos relacionados, por ejemplo, con la situación familiar del trabajador, con su estado de salud, su antigüedad o los derechos adquiridos². En todo caso, las modificaciones a las condiciones de prestación personal del servicio tampoco pueden afectar los elementos integrales del contrato del trabajo si ello implica una desmejora en las condiciones de trabajo, como pueda serlo la reducción del salario o el desconocimiento de cualquiera de las prestaciones definidas por la ley. Por otra parte, la ley 1010 de 2006 también previene a los empleadores en este sentido, prohibiendo cualquier tipo de acoso laboral que tenga como vía de materialización el maltrato, la persecución, la inequidad, la discriminación, el entorpecimiento o la desprotección laboral (art. 1). Concretamente, los literales i) y j) del artículo 7 de la ley 1010 de 2006 establecen algunas de las conductas consideradas como acoso laboral, como lo son las que se exponen a continuación:

i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, **las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;**

² Otros aspectos a tener en cuenta son:

- (i) Las circunstancias que afectan al trabajador,
- (ii) La situación familiar,
- (iii) El estado de salud del empleado y el de sus allegados,
- (iv) El lugar y el tiempo de trabajo,
- (v) Las condiciones salariales,
- (vi) El comportamiento del trabajador durante la relación laboral y;
- (vii) El rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto (Corte Constitucional, T-682/14).

j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, **los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados** (Ley 1010, 2016, art. 7)

Es oportuno recordar también que, incluso a principios de la década del noventa del siglo pasado, durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la Máxima Corporación ya advertía —como lo sigue haciendo— que la prestación personal del servicio, es decir, *la entrega libre de la fuerza física o intelectual que una persona hace a otra bajo condiciones de subordinación*, tiene el carácter de relación laboral protegida por las normas laborales, constitucionales y convencionales. Como elemento esencial, no importa cuál sea la forma de contratación o la causa originaria de esa relación (principio de la realidad sobre las formas), una vez verificado da lugar a la configuración de una relación estrictamente laboral (Corte Constitucional, C-555/94).

Subordinación en la relación laboral

Por su parte, el elemento esencial de la relación laboral más polémico es sin duda la *subordinación*, el cual comprende a favor del empleador dos tipos de poderes: poder de dirección y poder disciplinario. Esta subordinación no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico por un motivo arbitrario, sino que se funda en el Estado social de Derecho como expresión contemporánea del Estado Liberal clásico. Así, la Corte Constitucional colombiana retoma las palabras del doctrinante De la Cueva (1954) para explicar este contexto:

El empresario ejerce un poder jurídico sobre el capital, poder que consiste en el ejercicio del derecho de propiedad. (...) no sería posible la producción sin la concurrencia del empresario.

El poder jurídico del empresario se extiende también al trabajo y la razón es obvia. La producción sólo puede lograrse mediante el concurso de los dos factores; por eso es que el Capital tiene que buscar al Trabajo y éste a aquél.

(...) la subordinación del trabajo al empresario no es un dato que estemos en aptitud de aceptar o rechazar, sino que es un hecho real que se impone al investigador del régimen capitalista, del que constituye su esencia (citado por la Corte Constitucional, C-397/06).

Pues bien, como se anotó atrás, el derecho individual al trabajo no es un derecho absoluto, y, en consecuencia, tanto empleados como empleadores, están facultados legalmente para contratar

la prestación personal del servicio en cualquiera de las modalidades permitidas, respetando las garantías mínimas y en condiciones de igualdad, sin que la subordinación del primero al poder de dirección o disciplinario del segundo constituya *a priori* un desequilibrio contractual o una vulneración de derechos del trabajador.

No obstante, de acuerdo con el orden constitucional y legal, y en especial con el artículo 23 del CST —subrogado por el artículo 1 de la ley 50 de 1990—, este elemento de subordinación no es tampoco absoluto, pues entraña unos límites que no deben ser rebasados en ningún momento por el empleador, llamado a garantizar a sus empleados unos derechos fundados en la *dignidad humana* como valor, principio y derecho fundamental. El literal b) de dicho artículo aclara que dicha potestad no puede afectar “*el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país*” (Ley 50 de 1990, art. 1, literal b.). En todo caso, y ante las múltiples demandas de inconstitucionalidad contra este elemento característico de la relación laboral, la Corte ha explicado que la existencia de una subordinación determinante como poder jurídico no supone en sí misma una situación de esclavitud, de asimetría de poder o de dependencia absoluta e ilimitada del trabajador, pues el ejercicio de esta potestad está condicionado a la dirección de la actividad laboral, o al ejercicio del poder disciplinario dentro del mismo ámbito, con base en el respeto a la *dignidad humana* y a las normas legales, constitucionales y convencionales en materia laboral y de derechos humanos (Corte Constitucional, C-397 de 2006). Así las cosas, cualquier trabajador tiene derecho a “discernir” y “razonar”, y no está obligado a “*cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles*” (Corte Constitucional, C-934/04).

Con base en este elemento de subordinación, el empleador puede dar órdenes, establecer o modificar los horarios, el lugar y el modo en que se realizará la prestación del servicio, y también definir, escuchando a sus empleados (arts. 116 y 118 del CST) y de forma democrática en algunas ocasiones, el reglamento interno de trabajo. Esta potestad jurídica es de suma importancia porque con base en ella no sólo se definen las relaciones laborales, sino que, además, actualmente, argumentando la presunta ausencia de este elemento, se niega o desconoce la naturaleza laboral de actividades que emplean nuevas tecnologías o modalidades prestacionales, lo cual ha generado importantes discusiones académicas y políticas. Autores como Ramírez et al (2021), basados en jurisprudencia española y estadounidense, afirman que, pese a las políticas de las plataformas virtuales, “los actos subordinantes están presentes en la relación entre conductores y domiciliarios con sus plataformas, incluso si éstos nunca tienen un intercambio físico directo con un funcionario administrativo de la empresa” (p. 7).

Remuneración o salario como elemento esencial

Por otra parte, se tiene la remuneración o el salario como tercer elemento esencial de la relación laboral. El artículo 14 de la ley 50 de 1990 modificó el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo así:

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones (Ley 50 de 1990, art. 14).

De acuerdo con la ley 50 de 1990, modificatoria del Código Sustantivo del Trabajo, también se considera salario toda remuneración en especie que, ordinaria y permanente, reciba como contraprestación el trabajador, el cual no podrá exceder el 50% del valor en dinero si se trata de salarios superiores al mínimo, o superiores al 30% cuando se trate del salario mínimo legal establecido (art. 16). Asimismo, son considerados salarios los viáticos permanentes de manutención y alojamiento (art. 17) Ahora bien, dado que la relación laboral implica otros gastos y erogaciones que no constituyen esencialmente salario, el legislador también ha aclarado este aspecto:

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Ley 50 de 1990, art. 15).

Ahora bien, la estipulación salarial acordada entre empleadores y empleados debe ceñirse a los criterios legales y constitucionales vigentes. En principio, sin importar la modalidad y duración del contrato de trabajo, ningún empleador puede desconocer el salario mínimo legal vigente estipulado por el Gobierno Nacional. El salario como elemento esencial del contrato de

trabajo debe ser pagado con base en la igualdad como valor, principio y derecho fundamental, partiendo de la consideración de “igual trabajo, igual remuneración”, sin discriminación de ningún tipo (art. 13). El ejercicio del *ius variandi* abordado en páginas precedentes, no puede en ningún caso suponer una desmejora en las condiciones salariales, salvo en los casos autorizados por la ley o de acuerdo mutuo entre empleador y empleado. Cualquier variación en las condiciones salariales que implique una desmejora, según concepto No. 220644/15 del Ministerio de Trabajo, debe contar con el “consentimiento del trabajador expresamente manifestado”, y, además, deberá “hacerse dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales del trabajador (...) y no vulnerar el salario mínimo legal reglado por el Gobierno Nacional para la jornada máxima legal” (Mintrabajo, C-220644/15).

En cualquier caso, la legitimidad constitucional y legal del ejercicio del *ius variandi* en materia salarial deberá estar sometida al análisis puntual de cada caso en concreto, pues ni el derecho al trabajo ni la potestad del *ius variandi* son derechos absolutos que puedan ser definidos y valorados de forma abstracta y definitiva por el legislador o las autoridades judiciales. La libre estipulación de las condiciones laborales también es un derecho que asiste a trabajadores y empleadores, siempre y cuando sea respetado el ordenamiento jurídico, a partir del cual, por supuesto, se fundamenta la autonomía y la capacidad jurídica de los contratantes.

En estos términos se ofrece una visión integral del trabajo en su dimensión tripartita como valor del Estado social de Derecho, como principio constitucional desarrollado a través del bloque de constitucionalidad y como derecho/obligación regulado legalmente por el legislador colombiano. De este modo se plantea en adelante la discusión principal de esta investigación, en torno a las recientes legislaciones sobre teletrabajo y trabajo en casa, dos fenómenos laborales que han demandado la intervención del legislador y las instituciones públicas en un nuevo contexto tecnológico y pandémico. **CAPÍTULO II**

Teletrabajo y trabajo en casa: una nueva realidad laboral

Nuevas realidades laborales: globalización, tecnología y crisis pandémica.

Uno de los estudios más interesantes publicados a la fecha sobre el cambio en los mercados laborales en Hispanoamérica tras la crisis sanitaria causada por la pandemia de la Covid-19, es el realizado por Jürgen Weller (2020) para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—. De acuerdo con el autor, son cuatro los principales aspectos a tener en cuenta al momento de analizar las nuevas realidades laborales. Estos son:

- i) la destrucción y transformación del empleo, ii) la creciente desigualdad laboral, ii) el impacto en la productividad laboral, y iv) los desafíos en el diseño de políticas sociales y laborales (Weller, 2020, p. 5).

Ahora bien, debe aclararse que este panorama no obedece exclusivamente a la afectación abrupta de los hábitos laborales y la organización del trabajo en razón de las limitaciones a la

movilidad de empleados y empleadores, sino que la digitalización de la economía, en un mundo globalizado, ya marcaba con anterioridad ciertas tendencias que fueron aceleradas por la expansión de la pandemia de Covid-19. Señala Weller (2020) que los empleos más destruidos, y los gremios con mayor afectación tras la pandemia, son aquellos que, por múltiples factores, como los bajos niveles educativos de los trabajadores, la simpleza de la actividad o incluso el tamaño de las empresas, ya presentaban mayor riesgo de sustitución por economías digitales y nuevas tecnologías industriales (p. 7).

No obstante, lo cierto es que, pese a las cifras que afectan principalmente a sectores como la agricultura, el comercio tradicional, el entretenimiento, las manufacturas y los trabajadores autónomos o independientes, las nuevas condiciones sociales y tecnológicas han abierto una ventana de oportunidad para la transformación del empleo. Esta transformación, por lo pronto, no está directamente relacionada con el incremento de puestos de trabajo, pues está más enfocada en la expansión de nuevas modalidades de prestación personal del servicio, es decir, de ejecución de las actividades laborales contratadas. Este gran salto cualitativo apunta principalmente al desarrollo de las actividades laboral *a distancia*, por fuera de las locaciones habituales. De forma genérica, tanto a nivel académico como institucional, se habla del *teletrabajo* como la nueva realidad laboral de millones de personas en el mundo.

Sin embargo, el teletrabajo no es una realidad estrictamente novedosa cuya aparición esté ligada a la crisis epidemiológica actual. Como bien recuerda Gentilin (2020), el teletrabajo se remonta a la década de 1970 en Estados Unidos, cuando Jack Nilles acuñó el término para referirse a una actividad laboral a distancia (especialmente desde el hogar del empleado) utilizando medios computacionales y de telecomunicaciones (pp. 6 y 7). El Gobierno Norteamericano ha venido impulsando esta práctica laboral desde entonces, logrando múltiples avances hasta la fecha. El concepto ha ido evolucionando a la par con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación —TIC—, lo cual permite hablar hoy en día de un trabajo esencialmente *virtual*. Es de suma importancia insistir en que el teletrabajo es una posibilidad social, económica y cultural gracias a las nuevas tecnologías relacionadas con el acceso a internet y equipos de cómputo, tecnologías de transmisión que caracteriza un período histórico que algunos identifican como la *Era digital*.

Este nuevo escenario tecnológico ya era reconocido con anterioridad a la pandemia de Covid-19 por las organizaciones internacionales, entre ellas la Organización Internacional del Trabajo —OIT—. Apenas unos meses antes de la declaración de emergencia mundial por el SARS-CoV-2, la OIT publicó el informe *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Aunque en este informe se aborda específicamente la situación de los trabajadores o usuarios de plataformas digitales como Glovo, Uber, entre otras, lo cierto es que la OIT ya reconocía para 2019 que esta es la dirección a la que se encamina la transformación del empleo a nivel mundial, lo cual podría significar un “giro más pronunciado hacia un trabajo más eventual y precario, y hacia procesos de contratación y gestión más automatizados” (OIT, 2019, p. 7). Y uno de los principales inconvenientes a la hora de realizar

un examen de estas nuevas realidades es precisamente la confusión existente en torno a las diferentes modalidades contractuales y laborales en torno a las economías digitales, pues esto impide que se discutan y diseñen políticas públicas de protección del derecho al trabajo y de fomento de la economía en condiciones óptimas y deseables para el crecimiento de los países.

La OIT y Teletrabajo

Como se refirió atrás, la OIT ha venido interesándose por el tema del teletrabajo y las economías digitales desde hace un buen tiempo, y con toda seguridad lo hará con mayor interés y premura tras la pandemia que masificó la experiencia del trabajo *a distancia* en todo el mundo. Aunque no existe un Convenio Internacional de esta organización sobre el teletrabajo, esta entidad multilateral sí se ha pronunciado sobre temas relacionados, como en el precitado informe de 2019 sobre las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Años antes la OIT ya había elevado a la condición de Convenio algunas importantes regulaciones en torno al trabajo doméstico (Convenio 189 de 2011 - Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos). No obstante, con la expresión *trabajo doméstico*, la OIT se refiere al trabajo realizado en un hogar u hogares, aludiendo principalmente a quienes realizan tareas de servicio doméstico para otros hogares, y no a quienes realizan un trabajo de otro tipo en sus propios hogares o por fuera de las locaciones empresariales (OIT, C-189/11, art. 1).

El documento más específico en materia de teletrabajo proferido por la OIT antes de la pandemia es el *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo* (2011). Este documento sirvió de guía para que los Estados desarrollen sus legislaciones nacionales sobre la materia, marcando las pautas para la implementación del teletrabajo dentro del contexto normativo convencional desarrollado por esa misma organización. Las buenas prácticas en materia de teletrabajo comprenden al menos tres grandes bloques de implementación: i) la gestión del teletrabajo y el capital humano, ii) la evaluación y desarrollo de esa implementación, y iii) las políticas públicas incentivas. En cuanto a la gestión del teletrabajo y el capital humano, la OIT recalca que ese tipo de relación laboral se debe caracterizar por los siguientes elementos:

- a) **Voluntariedad**, tanto de la empresa como del trabajador, en la aceptación de la modalidad contractual y su prolongación en el tiempo.
- b) **Reversibilidad**, como el derecho a regresar a la modalidad presencial, bien sea por decisión del empleado o del empleador, a criterio de cada uno.
- c) **Perfil del teletrabajador**, como una prerrogativa de la empresa a determinar las habilidades y aptitudes del teletrabajador, y en otro sentido, como un factor a tener en cuenta por el trabajador antes de decidir optar por esta modalidad laboral.

d) **Contrato individual**, como un derecho de ambas partes contractuales a definir por escrito cuáles son las condiciones, derechos y obligaciones de la modalidad contratada.

e) **Formación y capacitación**, relativa al derecho de los empleados a recibir la capacitación necesaria para desempeñar correctamente sus funciones, lo cual se traduce para el empleador en una obligación de brindar esta posibilidad para todos los empleados, en condiciones de igualdad. (OIT, 2011, pp. 16 – 22).

Con relación a las políticas de evaluación de la implementación, el Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo (2011) enfatiza en la necesidad de hacer un seguimiento continuado a la experiencia de teletrabajo, recordando que esta modalidad de prestación del servicio personal no está exenta del cumplimiento de las obligaciones convencionales de todos los empleadores. En este sentido, las buenas prácticas en teletrabajo incluyen el reconocimiento (y compensación) de los gastos en los que incurra el teletrabajador, la garantía de las libertades sindicales, la protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo, el adecuado manejo de datos, entre otros (OIT, 2011, pp. 22 y ss). La OIT también insiste en el componente de Responsabilidad Social Empresarial con miras al alcance de objetivos en materia económica, social y ambiental, lo cual, a su vez, actúa también como presupuesto en el desarrollo de políticas incentivas del teletrabajo, las cuales deben garantizar un enfoque de derechos con relación al género, la discapacidad y la juventud, etcétera.

Ahora bien, durante pleno impacto de la expansión de la pandemia en 2020, la OIT diseñó el documento *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*, como una guía práctica de implementación del teletrabajo. En términos generales, esta *guía práctica* desarrolla los mismos temas abordados en el *Manual* (2011), salvo por el mayor énfasis en asuntos relativos a la crisis sanitaria y nuevas políticas relacionadas con el enfoque de género. La *guía práctica*, antes que un material rigurosamente diseñado, es una respuesta institucional de emergencia a la nueva realidad de aislamiento social y crisis de salud pública. Al parecer, la OIT en este documento no especifica muy bien a qué se refiere con teletrabajo, pues parece incluir a una gran cantidad de población que de forma circunstancial ejecuta sus actividades desde el hogar, situación no contemplada en el contrato de trabajo como la modalidad principal de prestación personal del servicio. No obstante, sí insiste en que, “*en principio, las condiciones de empleo deberían ser las mismas que cuando los empleados trabajan en las instalaciones del empleador*” (OIT, 2020, p. 16).

Otro aspecto importante desarrollado por el Manual (2011) y la Guía práctica (2020), aunque más problemático desde un punto de vista académico, es el desarrollo conceptual que hace la OIT sobre el teletrabajo, pues es aquí donde no parece claro que exista una definición unívoca de esta modalidad laboral. De acuerdo con el *Manual*, existen varias definiciones de teletrabajo, aunque una lectura atenta permite identificar como rasgos característicos los siguientes: i) es una forma de organización empresarial, ii) una modalidad de ejecución *a distancia* de la labor contratada, iii) implica el uso de tecnologías de la información y la comunicación, y iv) debe ser

un trabajo decente (respetuoso de la *dignidad humana*) (OIT, 2011, pp. 11-14). La *guía práctica*, por su parte, se circunscribe a la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia, y por tal razón no discrimina al detalle entre teletrabajadores, trabajadores en casa o incluso trabajadores autónomos. En términos conceptuales resulta menos rigurosa que el *Manual*:

Tomado de OIT (2020) El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella.

Destacamos el especial énfasis que hace la OIT en los medios digitales, elemento ya considerado en otras ocasiones, aunque la redacción sugiere que en el contexto de la pandemia lo que ha hecho posible la masificación circunstancial del teletrabajo son las Tics. También encontramos en elementos contenidos en el Manual, como el trabajo *a distancia* o la organización empresarial. No obstante, y pese a que estos mismos elementos son comunes a la mayoría de las legislaciones de distintos países, lo cierto es que actualmente se requiere de mayor matización en torno a la naturaleza y las características de esa relación laboral, para distinguirlas de otras relaciones emparentadas con la economía digital o surgidas como respuesta a la pandemia. Un claro ejemplo de esto es la propia redacción de la *Guía práctica*, cuando distingue los teletrabajadores de trabajadores de las plataformas digitales o esporádicos, o de autónomos o independientes que trabajan *a domicilio*. Es importante centrarse en estas reflexiones, que constituyen el principal interés de esta investigación, especialmente dentro del contexto normativo y jurisprudencial vigente en Colombia.

Concepto de teletrabajo.

De acuerdo con Caamaño Rojo (2010), son tres los rasgos característicos del teletrabajo: a) locativos, b) tecnológicos y c) organizacionales. Como se advierte fácilmente, los rasgos locativos “hacen referencia a que la prestación de servicios o las labores se realizan a distancia y por fuera de la organización” (Gentilin, 2020, p. 5). Por su parte, los rasgos tecnológicos aluden precisamente a las TIC como elementos necesarios, o incluso como condición de existencia y funcionamiento del teletrabajo. Finalmente, los rasgos organizacionales se refieren concretamente a las

(...) modificaciones a nivel de toda la organización, porque requiere estructuras más descentralizadas y relaciones con grados de autonomía. En este sentido, se destacan aspectos como la flexibilización de la jornada laboral (Caillier, 2012; Hernando, Peláez, y Higueta, 2013); la forma de medición del desempeño del empleado, considerando el cumplimiento de metas y logro de objetivos (Osio y Delgado de Smith, 2010); la forma como se deben gestionar los recursos humanos, bajo el supuesto de una relación de confianza entre el empleado y el empleador (Fernandes Bernardino, De Déa Roglio y Del Corso, 2012), así como los acuerdos

laborales donde se establecen las responsabilidades del teletrabajador asignadas dentro de su jornada laboral (Madsen, 2011).

Como se desprende de la lectura, en torno al concepto de teletrabajo se reiteran los elementos ya planteados en el 2011 por la OIT en su *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo*. En esa misma línea, la ley 1221 de 2008, regulatoria del teletrabajo en Colombia, lo define como:

(...) una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo (Ley 1221 de 2008, art. 2).

Por su parte, el decreto 884 de 2012, reglamentario de la referida ley 1221, puntualiza que

El teletrabajador es la persona que (sic) en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley (Decreto 884 de 2012, art. 2).

Es de anotar que, entrando en detalles de la redacción legal del artículo 1, la ley 1221 de 2008 no parecía diferenciar bien entre el teletrabajo como relación laboral propiamente dicha y la prestación de servicios a través de medios tecnológicos, que no tiene por qué entrañar en sí misma una relación laboral. No obstante, el decreto reglamentario 884 de 2012 da claridad sobre este punto, al incluir en su artículo 3 la obligación de cumplir con los requisitos contractuales o de vinculación laboral conforme el Código Sustantivo de Trabajo. Si bien el artículo 6 de la ley 1221 de 2008 ya contemplaba las garantías mínimas laborales de los teletrabajadores, lo cierto es que no parece claro que el legislador tuviera plena consciencia de la naturaleza jurídica del teletrabajo. Actualmente, la relación laboral no es discutida, pero suele confundirse con otro tipo de modalidades contractuales y de prestación de servicios. De todas maneras, los elementos característicos definidos por la OIT también están presente en la legislación colombiana, aunque también es cierto que el legislador introdujo una clasificación de los teletrabajadores que complejiza más la comprensión de la figura.

De acuerdo con la ley 1221 de 2008, en el país operan tres modalidades de teletrabajadores:

1) **Autónomos**: “aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones”. 2) **Móviles**: “aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en

dispositivos móviles”. 3) **Suplementarios:** “aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina” (Ley 1221 de 2008, art. 2).

La introducción de estas modalidades se ajusta más a la definición de la Comisión Europea, según la cual el teletrabajo es la actividad desarrollada

(...) por un cliente o un empresario, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones (citado por Bertel, 2019, p. 15).

En cualquier caso, todas las definiciones, tanto legales como institucionales, guardan una estrecha relación con el origen etimológico de la palabra teletrabajo, cuyo prefijo “tele” se remonta al griego “telou”: distancia. A juicio de los investigadores, se considera que el principal elemento que distingue y caracteriza al teletrabajo, en un sentido amplio, es precisamente el elemento de la distancia, la cual se entiende como tal respecto del sitio de trabajo, que es usualmente el local o establecimiento del empleador. El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y también la nueva organización empresarial, como rasgos característicos del teletrabajo, lo son en la medida en que el factor distancia reclama su concurrencia en el fenómeno del teletrabajo. Esto, sin negar en ningún momento que sin las nuevas tecnologías sería impensable el teletrabajo como realidad aboral, económica y cultural. Pero también es cierto que muchas de las tecnologías que posibilitan el teletrabajo existen desde hace un par de décadas, sin que por sí solas hayan logrado revolucionar los hábitos laborales a nivel mundial.

En cierta forma, hizo falta el surgimiento de una crisis sanitaria para identificar el amplio abanico de posibilidades tecnológicas de cara a un nuevo modelo de trabajo. En el caso colombiano, como se mencionó anteriormente, pese a las políticas incentivas de Mintrabajo, el teletrabajo antes de la pandemia venía decreciendo como modalidad contractual en el sector privado y público. El panorama actual parece indicar que la cultura laboral ha cambiado decididamente, aunque no necesariamente en la forma de teletrabajo, pues existen fenómenos similares que, no obstante, no son equivalentes.

Trabajo Digital en Colombia: ni teletrabajo ni trabajo en casa.

Antes de revisar al detalle la legislación en materia de teletrabajo y trabajo en casa en el marco del derecho al trabajo en Colombia, conviene mencionar una situación particular que también ha contribuido a la confusión entre académicos e instituciones alrededor de estas

cuestiones relacionadas con el trabajo *a distancia* y las nuevas tecnologías. Se trata del empleo digital, o el trabajo a través de plataformas digitales. De acuerdo con Suárez Corujo (2018) existen al menos tres tipos de modalidades de trabajo digital:

Trabajo puramente colaborativo, vinculado a actividades de intercambio entre consumidores, con o sin ánimo de lucro.

Trabajo a demanda, caracterizado por la externalización abierta de tareas (crowd-source on line), conforme al cual se realizan trabajos o encargos mediante la plataforma digital, que pueden ser realizados en cualquier lugar del mundo y por personas calificadas o no, gracias a internet. Ejemplo de ello son tareas como programación informática, análisis de datos y gráficos, micro tareas etc. A este tipo de plataformas y tipo de trabajo se refiere la Organización Internacional del Trabajo – OIT como Crowdfwork y en ellas se centra su estudio en el documento “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo Fomentar el trabajo decente en el mundo digital”.

Trabajo a demanda (work-on-demand vía apps), realizado presencialmente, off line, u onlocation, prestando el servicio en el lugar que se requiere. (Citado por Amaya et al, 2020, p. 5).

Aunque en Colombia no existe aún una legislación expresamente relacionada con el tema, lo cierto es que, el trabajo digital es aquel “desarrollado por una persona natural de manera habitual, personal y directa, por cuenta propia y en el ámbito de la dirección de una Empresa de Intermediación Digital, generadora de una actividad económica lucrativa” (p. 11). El legislador colombiano se ha interesado recientemente por esta figura del empleo digital, al punto de pretender legislarla a través de los proyectos de ley 082 de 2018 y 190 de 2019. Ambos proyectos fueron archivados, pero permiten conocer de primera mano la existencia de una importante confusión sobre la materia por parte de los legisladores, que es a su vez el reflejo de un cúmulo de inquietudes al respecto de la ciudadanía, las instituciones y las empresas. Mientras en 2018 el legislador entendía el trabajo digital como una actividad independiente, más asimilable en el marco de la prestación de servicios, en el año 2019, apenas unos meses después, se estaba regulando sobre la materia en un sentido opuesto, reconociendo una relación de dependencia del trabajador digital respecto a las plataformas digitales.

En su gran mayoría, los trabajos digitales son aquellos relacionados con plataformas de economía digital como Uber, Rappi, Didi y similares. La principal discusión en torno a estas plataformas y el tipo de ocupación o trabajo que generan, es la relativa a la existencia del vínculo laboral en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, vínculo no reconocido por esas plataformas, quienes se reconocen como simples mediadoras entre el consumidor y quien presta el servicio. Por supuesto que este es el tema más trascendente de todos, pues del reconocimiento

de la existencia del vínculo laboral se desprende todo el universo legal, constitucional y convencional de derechos y obligaciones, descrito en el capítulo I de esta investigación.

Aunque no es tema de este trabajo profundizar sobre estas cuestiones, las cuales han sido abordadas *tímidamente* por el legislador, el ejecutivo y las autoridades judiciales, sí es oportuno aclarar aquí que de ninguna forma el teletrabajo o el trabajo en casa son comparables con el trabajo digital, pues como se viene insistiendo, las dos primeras figuras sí están reconocidas dentro del ordenamiento jurídico como plenas relaciones laborales, y por ende participan del derecho al trabajo en todas sus dimensiones. El error de considerar el teletrabajo como una modalidad de trabajo digital, tal vez partiendo de las similitudes entre ellas, en especial la presencia de las TIC como medio de ejecución y de organización del trabajo (p. 37).

Ley 1221 de 2008 y Decreto reglamentario 884 de 2012

La ley 1221 de 2008, *por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones*, tiene como objeto la generación de empleo y de autoempleo, mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (art. 1). Esta norma introdujo en el país el teletrabajo como una relación laboral con tres modalidades distintas de teletrabajadores, i) autónomos, ii) móviles y iii) suplementarios. Ahora bien, si bien la denominación de teletrabajadores *autónomos* empleada por el legislador, así como la referencia al *autoempleo* en el objeto de la norma, pueden contribuir a que se presenten interpretaciones equívocas de la figura del teletrabajo, lo cierto es que el decreto reglamentario 884 de 2012 despeja cualquier duda al respecto, al establecer en su artículo 3 que:

El contrato o vinculación que se genere en esta forma de organización laboral de teletrabajo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social para los trabajadores particulares y en las disposiciones vigentes que rigen las relaciones con los servidores públicos, y con las garantías a que se refiere el artículo 60 de la Ley 1221 de 2008 (...) (Decreto 884 de 2012, art. 3).

En consecuencia, este contrato debe contener, al menos, las siguientes estipulaciones respecto a: 1) Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio. 2) Los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal. 3) Las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo. 4. Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador. (Decreto 884 de 2012, art. 3). El legislador entiende que, al ser un tipo de contrato en el que prima la voluntariedad

de las partes (en consonancia con los pronunciamientos de la OIT), dicha modalidad debe quedar plenamente pactada en el contrato de trabajo inicial o en un documento anexo al contrato de trabajo que, siendo originalmente presencial, pretende convertirse definitiva o transitoriamente en un contrato de teletrabajo. En todo caso, el teletrabajo implica un vínculo laboral en toda regla, de acuerdo con la legislación constitucional y legal vigente sobre el derecho laboral individual. Este aspecto se revela más diáfano en el libro 2, parte 2, título 1, capítulo 5 del Decreto 1072 de 2015, mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo:

Artículo 2.2.1.5.2. Teletrabajo y teletrabajador. Para efectos del presente capítulo el teletrabajo **es una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente**, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

El teletrabajador es la persona que (sic) en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley. (Decreto 1072 de 2015, Artículo 2.2.1.5.2)

Si de acuerdo con una atenta interpretación del *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo* (2011) de la OIT el teletrabajo reviste las siguientes características:

1) Forma de organización empresarial, ii) una modalidad de ejecución *a distancia* de la labor contratada, iii) implica el uso de tecnologías de la información y la comunicación, y iv) debe ser un trabajo decente (respetuoso de la *dignidad humana*), en el ordenamiento jurídico colombiano una relación de esta entidad implica necesariamente el vínculo laboral propiamente dicho, sin que pueda distorsionarse hasta el punto de que sean vulnerados los derechos laborales de los teletrabajadores. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo digital, en el teletrabajo sí concurren todos los elementos integrales de la relación laboral individual vistos en el capítulo I de esta investigación, los cuales son: a) prestación personal del servicio, b) subordinación, y c) remuneración o salario.

Con relación a los elementos a) y c), la legislación vigente en torno al teletrabajo apunta principalmente a garantizar los mismos derechos y obligaciones de los trabajadores ordinarios para los teletrabajadores (Ley 1221 de 2008, art. 6). Con independencia de que la prestación personal del servicio se ejecute a distancia, la obligación de prestarlos a *mutuo proprio*, y en las condiciones establecidas por la ley, no cambia con la modalidad de teletrabajo. Sobre este aspecto, recientemente la Corte Constitucional ha resuelto una demanda de inconstitucionalidad sobre la verificabilidad de la jornada laboral, lógicamente relacionada con la prestación del servicio. Concretamente, el texto legal acusado es el siguiente: “el teletrabajo sea ejecutado donde sea

verificable la jornada laboral”, contenido en el párrafo único del artículo 6 de la ley 1221 de 2008, presente también en el artículo 10 del decreto 884 de 2012 y en el artículo 2.2.1.5.10 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. A juicio de la Corte Constitucional, dicha expresión de la norma acusada debe ser declarada inexecutable, pues es contraria a la igualdad constitucional de la que gozan todos los trabajadores, con independencia de la modalidad contractual:

(...) la Corte advirtió dicha expresión presenta un problema de inconstitucionalidad manifiesta, **pues permitiría una interpretación contraria Comunicado 14 Corte Constitucional de Colombia Abril 21 de 2021 7 a la Carta al condicionar el pago de los valores suplementarios a la posibilidad de “verificar” la jornada, lo cual es contrario al derecho a la dignidad humana y al mandato de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, ya que, como se ha explicado, el teletrabajo parte de la base de que le es aplicable el tope de la jornada máxima laboral semanal definida en la ley**, de suerte que cualquier prestación del servicio que se haga por fuera de dicho término, más allá de la flexibilidad que se admite para distribuir el tiempo de trabajo, debe ser objeto de reconocimiento y pago, pues en la práctica la jornada laboral siempre será verificable. (Corte Constitucional, C-103/21).

La prestación personal del servicio es un requisito esencial del contrato o la relación laboral en Colombia, y el teletrabajo es esencialmente un vínculo laboral con una nueva modalidad de ejecución *a distancia* de esta prestación personal. En este sentido, todas las disposiciones constitucionales, convencionales y legales relativas a este elemento de la relación laboral le son extensibles a esta modalidad contractual, con independencia de la flexibilidad de horarios y condiciones pactadas entre empleador y empleado.

Por otra parte, la subordinación como principal elemento del contrato de trabajo tampoco desaparece bajo la modalidad de teletrabajo. A pesar de la flexibilidad laboral, y de que el trabajador tenga mayor autonomía en la realización de sus actividades, el empleador que contrata un teletrabajador no pierde la facultad subordinante sobre este, la cual debe ejercerse en los términos señalados en el capítulo I, respetando los límites constitucionales a esta potestad directiva y disciplinaria sobre la que se funda la relación laboral. Sobre el punto en concreto, la Corte Constitucional, en sentencia C-315 de 2013, adopta la tesis según la cual dicha subordinación, al igual que la prestación personal del servicio, se da en otras condiciones, pero no se desnaturaliza como tal:

El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación, en palabras de Javier Thibaul “el nuevo modo de organización de la actividad laboral que representa el teletrabajo no elimina la noción misma de subordinación, que toma, si acaso, otra forma, más sutil, más difusa: la subordinación deviene en telesubordinación”. En efecto, el poder de dirección u orientación en esta nueva forma de actividad empresarial, se realiza a

distancia y el trabajador es controlado a través de mecanismos informáticos que miden los tiempos de trabajo, sus ausencias, descanso e incluso sus errores. En este sentido, “el computador actuará como medio de control sobre la actividad del trabajador y a su vez, como su instrumento de trabajo”. (Corte Constitucional, C-351/13).

Ahora bien, con relación a la remuneración, los teletrabajadores gozan de las mismas garantías laborales que el trabajador presencial u ordinario. La ley 1221 de 2008 y el decreto reglamentario 884 de 2012 hacen expresa referencia a este punto. Por su parte, la ley 1221 de 2008, en su artículo 6 sobre garantías laborales, dispone que el salario del teletrabajador

“no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleado” (numeral 1) y que *“en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad”* (numeral 2). (Ley 1221 de 2008, Artículo 6)

De igual forma, el numeral 6 del artículo 6 precitado, conmina a la promoción de un trato igualitario entre los trabajadores. Por su parte, el decreto 884 de 2012 regula la igualdad entre teletrabajadores y trabajadores en su artículo 3, compilado en el artículo 2.2.1.5.4 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015:

El empleador debe promover la igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales y demás derechos fundamentales laborales, entre teletrabajadores y demás trabajadores de la empresa privada o entidad pública (Decreto 884 de 2012, art. 3).

En términos generales, este principio de igualdad entre los trabajadores, con fundamento en el texto constitucional (arts. 13 y 25), se extiende a todos los aspectos relacionados con el teletrabajo, tanto en materias como seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), prerrogativas laborales, descansos, horarios, remuneración, derechos sindicales, seguridad y salud en el trabajo, etcétera. La condición de igualdad entre teletrabajadores y trabajadores locativos (Ley 1221 de 2008, art. 6) sólo se ve alterada en casos concretos que razonablemente ameritan un trato diferenciado. Es el caso, por ejemplo, del auxilio de transporte para los teletrabajadores, regulado por el artículo 10 del decreto 884 de 2012. De acuerdo con esta disposición, los teletrabajadores no gozan en principio de auxilio de transporte, a menos de que las actividades laborales demanden gastos de movilidad al teletrabajador (Decreto 884 de 2012, art. 10). Esta norma resulta ciertamente aceptable, partiendo del presupuesto de que el auxilio de transporte es innecesario para quien no asiste de forma presencial a ejecutar la actividad laboral.

Por el contrario, lo que no es aceptable para la Corte Constitucional es que el legislador haya omitido en las diferentes regulaciones sobre la materia, y en especial en el artículo 6 de la ley

1221 de 2008, la consagración expresa del derecho al subsidio familiar para los teletrabajadores, en tanto dicho subsidio constituye un componente de la seguridad social (Ley 21 de 1982 y Ley 789 de 2002). A juicio de la Corte Constitucional en sentencia C-337 de 2011, la omisión del subsidio familiar como derecho de los trabajadores en el artículo sobre garantías laborales, constituye una violación al derecho a la igualdad y vulnera las garantías de los teletrabajadores:

(...) considera la Sala que tanto los trabajadores convencionales como los teletrabajadores desarrollan un trabajo subordinado, y por tanto, al encontrarse en igual condición, debe reconocérseles iguales derechos, sin que pueda considerarse que la forma de prestación incida en el reconocimiento de sus garantías

(...)

(i) existe un regulación incompleta parcial de una garantía laboral, (ii) en un texto normativo preciso, existente y determinado del cual se deriva la omisión, (iii) el literal c) del numeral 6, del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 excluye a los teletrabajadores del subsidio familiar, a pesar de encontrarse en la misma situación que los empleados convencionales, y olvidando que esta prestación hace parte de la seguridad social, (iv) no existe razón suficiente que justifique la omisión relativa en la que incurrió el legislador, (v) con el silencio del legislador se vulnera el derecho a la igualdad y (vi) pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a las garantías que deben ser reconocidas a los trabajadores. (Corte Constitucional, C-337/11).

Así las cosas, es claro para esta investigación que, de acuerdo con la norma colombiana, el teletrabajo es esencialmente una variación en la modalidad de la prestación personal del servicio, pues se trata de una ejecución a distancia, o por fuera de las locaciones empresariales o institucionales, y a través de tecnologías de la información y la comunicación, de la actividad laboral contratada. En la mayoría de aspectos, el teletrabajo es equivalente o goza de las mismas prerrogativas de cualquier relación o vínculo laboral, salvo aquellas puntuales que deban ser modificadas teniendo en cuenta la modalidad de la prestación del servicio. Los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son la prestación personal, la subordinación y la remuneración, confluyen estrictamente en el teletrabajo, y dan lugar a una relación laboral plena protegida por el ordenamiento legal, constitucional y convencional.

Visto lo anterior, sólo quedaría por analizar un aspecto de la ley 1221 de 2008, el cual se considera de suma importancia para identificar con claridad las diferencias entre el teletrabajo y otras figuras jurídicas, como el trabajo en casa. El numeral 4 del artículo 6 de la ley referida consagra lo siguiente:

4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del

empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual. (Ley 1221 de 2008, art. 6).

Esta disposición contenida en el acápite de *garantías laborales, sindicales y de seguridad social*, brinda una de las claves para comprender mejor la naturaleza y alcance del teletrabajo como modalidad contractual en el ámbito laboral: el elemento de continuidad o vocación de permanencia en el tiempo de la modalidad de teletrabajo. No se contempla como teletrabajo la actividad ocasional realizada por un trabajador convencional o locativo por fuera del lugar de trabajo habitual, lo cual pone de presente que el teletrabajo no es un tipo de relación laboral accidental o transitoria, sino todo lo contrario: en tanto modalidad *a distancia*, el contrato de teletrabajo exige que la modalidad contratada sea principal y permanente, y no meramente transitoria o excepcional.

Trabajo en casa: Circulares Mintrabajo y Ley 2088 de 2021.

Como se advierte de los propios documentos que a continuación se relacionan como antecedentes de la ley de *trabajo en casa* en Colombia, el Ministerio de Trabajo colombiano, ante la situación generada por la pandemia de Covid-19, comprendió la necesidad de diferenciar entre teletrabajo y el tipo de relación laboral que en realidad se masificó en el país por cuenta de las medidas de confinamiento o aislamiento preventivo impuestas por las autoridades de salud pública. En una primera circular sobre la materia, con fecha de 17 de marzo de 2020 (a comienzos de la pandemia), Mintrabajo se pronunciaba de esta forma:

Tratándose de una situación ocasional, temporal y excepcional, es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía. Esta modalidad ocasional de trabajo es diferente al Teletrabajo, y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este. (Mintrabajo, Circular 0021 de 2020).

Entre los requisitos a los que aludió en esa oportunidad Mintrabajo respecto al teletrabajo como una modalidad contractual distinta, menciona principalmente aquellos relacionados con los riesgos laborales de los teletrabajadores, los cuales se encontraban plenamente regulados por la normatividad pertinente, a diferencia del trabajo en casa, que no exigía, en principio, el cumplimiento de estos requisitos relativos a la seguridad y salud en el trabajo. No obstante, para esta autoridad el trabajo en casa era una medida ajustada al ordenamiento jurídico, y por lo tanto una respuesta viable para la emergencia sanitaria. Sin embargo, en junio del mismo año, Mintrabajo expidió la Circular 0041, a través de la cual se sentaron los lineamientos básicos respecto a la implementación del trabajo en casa como medida transitoria y excepcional ante la crisis que obligó a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, mediante el Decreto 637 de 2020. Dentro de estos lineamientos, la autoridad en materia laboral incluyó también asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo y riesgos laborales.

En términos generales, esta Circular trazó lineamientos en torno a 4 aspectos generales:

a) Relaciones laborales, b) Jornada de trabajo, c) vida laboral y vida familiar y personal, y d) Riesgos laborales. Con relación al literal a), Mintrabajo impartió lineamientos en torno a la existencia del vínculo laboral y la facultad subordinante, a la prohibición de disminuciones salariales de forma unilateral, al descanso durante la jornada de trabajo, al respeto de derechos y garantías laborales, entre otros; ahora bien, sobre la jornada de trabajo (literal b), Mintrabajo se refirió a la jornada máxima legal, al pago de horas extras y recargos, a la no alteración (salvo situaciones excepcionales) de la carga laboral habitual, a las pausas activas, a la distribución de las horas de trabajo y, de forma novedosa, al denominado derecho a la desconexión laboral digital; por otra parte, con relación al literal c) sobre vida familiar y personal del empleado.

Mintrabajo insistió en el respeto de los horarios y laborales; finalmente, sobre el tema de riesgos laborales, Mintrabajo impartió algunas obligaciones para los empleadores, respecto a la identificación, seguimiento y control de las condiciones del trabajo en casa, equiparables al tratamiento que reciben los teletrabajadores de la ley 1221 de 2008. Estos lineamientos no sólo sirvieron de base a la ley que sería promulgada más tarde, sino que además orientaron la actividad empleadores y empleados durante todo el 2020 y parte de 2021, hasta la sanción de la ley 2088 de 2021 sobre *trabajo en casa*.

Trabajo en casa y teletrabajo: principales diferencias

Ocasionalidad, excepcionalidad y transitoriedad del trabajo en casa

En términos generales, se observa que la principal característica distintiva de esta figura o modalidad de prestación del servicio es su carácter ocasional, excepcional y transitorio (o temporal). Aquí reside principalmente la diferencia con el teletrabajo, entendido como una modalidad de trabajo *a distancia a través de TIC*, permanente y continua en el tiempo, como razón de ser de la relación laboral. Esta característica del trabajo en casa como actividad temporal se mantuvo en la ley sobre la materia, como se verifica en el artículo 1 de dicha norma:

Artículo 1. Objeto y campo de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular **la habilitación de trabajo en casa** como una forma de prestación del servicio en situaciones **ocasionales, excepcionales o especiales**, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado o con el sector privado, **sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral** (Ley 2088 de 2021, art. 1)

Para la Corte Constitucional, en sentencia C-242 de 2020, también es claro que esta es una marcada diferencia con el teletrabajo, pues

“es claro que no puede confundirse la modalidad de teletrabajo y la autorización de trabajo en casa, puesto que la primera se trata de una forma de relación laboral con unas obligaciones especiales para las partes contempladas en la Ley 1221 de 2008, en cambio, la segunda es meramente una habilitación al empleado para que desempeñe transitoriamente sus funciones por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato respectivo”. (Corte Constitucional, C-242/20).

Como es apenas razonable, el legislador introdujo un límite temporal de orden público a la habilitación de trabajo en casa, con lo cual reafirma el carácter transitorio de esta modalidad de prestación del servicio personal. El artículo 7 de la ley 2088 de 2021 dispone que, en principio, el término límite de la habilitación es de tres meses, aunque estos son prorrogables por el mismo término, y por única vez. No obstante, también se contempla su prórroga hasta que sea superada la situación de anormalidad que la justifica. La terminación de esta habilitación es una facultad unilateral del empleador siempre y cuando desaparezcan las condiciones excepcionales (Ley 2088 de 2021, art. 7).

Variación en las condiciones de trabajo

Es de apuntar también que la norma no contempla la variación de las condiciones laborales pactadas inicialmente entre empleador y empleado. Esto se debe a que, como se planteó anteriormente, el trabajo en casa no supone la modificación del contrato de trabajo. La propia definición de trabajo en casa propuesta por la ley en comento hace expresa alusión a esta situación de conservación de las condiciones contractuales:

Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, **sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral**, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (Ley 2088 de 2021, art. 2)

Es decir que el trabajador convencional que de forma excepcional ejecute la prestación personal del servicio por fuera del sitio habitual conserva en todo momento las condiciones laborales pactadas originariamente (aspecto ya tratado en el numeral 4 del artículo 6 de la ley 1221 de 2008, como se explicó antes). El contrato no muta en ningún sentido, como sí ocurre bajo la figura del teletrabajo, la cual debe estar pactada como tal desde el contrato de trabajo, o debe

constar como anexo al contrato inicial, en caso de que un contrato convencional transmute en teletrabajo (Decreto 884 de 2012, art. 6, párrafo único). Esta distinción es sumamente importante a la hora de comprender que el fenómeno que se masificó durante los períodos de confinamiento y asilamiento preventivo obligatorio no fue de ningún modo el teletrabajo, sino el trabajo en casa, tanto en el sector público como privado.

Uso de tecnologías de la información y la comunicación

Por otra parte, mientras el teletrabajo supone por definición legal el uso de tecnologías de la información y la comunicación, según el propio artículo de la ley 1221 de 2008 (“*utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa*”), el trabajo en casa, también por expresa disposición legal, no necesariamente se implica el empleo de nuevas tecnologías. De acuerdo con la norma sobre trabajo en casa, esta habilitación transitoria “*se extiende a cualquier tipo de trabajo o labor que no requiera la presencia física del trabajador o funcionario en las instalaciones de la empresa o entidad*” (Ley 2088 de 2021, art. 2, inc. 2). Esta característica también diferencia al trabajo en casa del trabajo digital, una realidad ocupacional que no se encuentra actualmente regulada en Colombia, pero cuyo impacto sobre la economía es insoslayable.

Elementos de trabajo

Ahora bien, un criterio diferencial entre el teletrabajo y el trabajo en casa también se halla en la regulación sobre los *elementos de trabajo*. Mientras la ley 2088 de 2021 en su artículo 8 plantea dos escenarios distintos, mediados por el acuerdo entre las partes, respecto al uso de equipos y herramientas propias del trabajador, o la provisión de estos por parte del empleador (quien es el primer responsable de suministrarlos), en tratándose del teletrabajo regulado por la ley 1221 de 2008 y el decreto 884 de 2012 los elementos de trabajo (equipos, software, base de datos, entre otros) deben ser suministrados por el empleador (Ley 1221 de 2008, arts. 7 y 8). Esto se explica precisamente por la condición determinante del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el teletrabajo. En este sentido, mientras bajo la habilitación del trabajo en casa basta con el acuerdo entre las partes sobre el uso de estos elementos, en la modalidad de teletrabajo es indispensable que el suministro y correcto uso de estos materiales esté regulado en el Reglamento de trabajo.

Reglamento de trabajo y riesgos laborales

Precisamente, con relación al reglamento de trabajo también se puede establecer una clara diferencia entre ambas figuras. Para el empleador que contrata teletrabajadores se impone, entre otras, la obligación de adoptar un reglamento de trabajo o expedir una resolución que incluya disposiciones expresas sobre la modalidad de teletrabajo, en especial con relación al uso de equipos y de la información (Ley 1221 de 2008, art. 7) y a riesgos laborales y condiciones de trabajo o manuales de funciones (art. 8). En cambio, de forma expresa el legislador ha dispuesto que la habilitación excepcional del trabajo en casa “no requerirá modificación al Reglamento Interno de Trabajo ni al Manual de Funciones, salvo que fuera necesario para el desarrollo de las labores” y en “los eventos en que sea necesario modificar el reglamento interno no podrán variar las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral”. (Ley 2088 de 2021, art. 13). Lo anterior no significa, por ejemplo, que no exista protección en materia de riesgos laborales para los trabajadores habilitados a desempeñar su prestación personal en casa, por el solo hecho de estar modificado el reglamento de trabajo en el sentido de incluir regulaciones específicas sobre el trabajo en casa. El artículo 11 de la ley 2088 de 2021 contempla que:

Durante el tiempo que se presten los servicios o actividades bajo la habilitación del trabajo en casa el servidor público o trabajador del sector privado continuará amparado por las acciones de promoción y prevención, así como de las prestaciones económicas y asistenciales, en materia de riesgos laborales.

Así mismo, **la Administradora de Riesgos Laborales** a la que se encuentre afiliado el empleador, **deberá promover programas que permitan garantizar condiciones de salud física y mental, así como la seguridad en el trabajo**, para lo cual los empleadores deberán comunicar y actualizar ante la Administradora de Riesgos Laborales los datos del trabajador y en aquellos casos en que sea necesaria la prestación del servicio o el desarrollo de actividades en un lugar diferente al inicialmente pactado en la relación laboral deberá informar la dirección en la que se efectuará el desarrollo de las actividades. (Ley 2088 de 2021, art. 11).

El decreto 884 de 2012 también contempla la obligación para las entidades públicas de adaptación de sus manuales de funciones, “*con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral*”. (Decreto 884 de 2012, art. 6, compilado por el art. 2.2.1.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015). De acuerdo con el *Libro blanco: ABC del teletrabajo en Colombia* del Mintic y Mintrabajo, la adaptación del manual de funciones implica para las entidades: i) diagnóstico, ii) definiciones de puestos de trabajo y perfiles, iii) competencias laborales (en especial respecto a TIC). De acuerdo con este importante documento, una resolución sobre las condiciones de implementación del teletrabajo debe incluir:

- El objeto y ámbito de aplicación.
- Condiciones de acceso a la modalidad de teletrabajo.
- La modalidad que la entidad implementará.
- El procedimiento que debe seguir ante inconvenientes técnicos y procedimentales.
- La seguridad de la información, protección y confidencialidad de los datos.
- El cubrimiento de los gastos por parte del empleador.
- Acompañamiento para el trabajador en la formación y capacitación.
- Los deberes de las partes, los derechos y obligaciones de las mismas.
- Gestión de programas Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Condiciones del proceso de autorización.
- Puestos de trabajo susceptibles de acogerse al régimen de teletrabajo.
- Solicitudes de ingreso al programa.
- Criterios de selección, equipo de selección, proceso de selección, requisitos técnicos y estructurales, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, días de descanso legalmente obligatorios y riesgos laborales. (Mintic y Mintrabajo, 2013, p. 123).

Auxilio de transporte y auxilio de conectividad

Por otra parte, en la modalidad de teletrabajo, los teletrabajadores no gozan, en principio, de auxilio de transporte, cuando “las actividades laborales no demanden gastos de movilidad al teletrabajador” (Decreto 884 de 2012, art. 10). Esta situación, sin embargo, no se extiende a los trabajadores en casa, a quienes, en su momento y de forma excepcional, el decreto legislativo 771 de 2020 les confirió el derecho a recibir el importe de ese auxilio de transporte a título de *auxilio de conectividad digital*, siempre y cuando el salario devengado no supere los 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se desarrolle la actividad en el domicilio (norma declarada exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-311 de 2020). La ley 2088 de 2021 recoge esta disposición en su artículo 10 sobre derechos salariales y prestacionales:

A los servidores públicos y trabajadores del sector privado que devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigente y que se les reconozca el auxilio de transporte en los términos de las normas vigentes sobre el particular, durante el tiempo que presten sus servicios bajo la habilitación de trabajo en casa, se le reconocerá este pago a título de auxilio de conectividad digital. **El auxilio de conectividad y el auxilio de transporte no son acumulables.** (Ley 2088 de 2021, art. 10).

Voluntariedad y subordinación

Ahora bien, uno de los aspectos más relevantes como criterio diferenciador entre el teletrabajo y el trabajo en casa es la voluntariedad, característica de la modalidad contractual de teletrabajo. Esta voluntariedad se manifiesta con la suscripción del contrato de teletrabajo o en el documento que se anexa al contrato de trabajo convencional cuando la relación muda a la modalidad de teletrabajo, previo consentimiento de las partes (Decreto 884 de 2012, art. 3). En su lugar, la habilitación del trabajo en casa se contempla dentro de la ley 2088 de 2021 como una prerrogativa emanada de la facultad subordinante del empleador, como se advierte de la lectura atenta de la norma. En este sentido, pese a que el literal a) del artículo 4 de dicha norma se refiera a la *coordinación* como un criterio aplicable al trabajo en casa, lo cierto es que otras disposiciones dan a entender que dicha coordinación no se extiende a la decisión de habilitar el trabajo en casa, o de darla por terminada. En primer lugar, el artículo 9 de la ley en comento dispone en su inciso segundo que:

Para dar inicio a esta habilitación, el empleador deberá notificar por escrito a sus trabajadores acerca de la habilitación de trabajo en casa, y en dicha comunicación, se indicará el periodo de tiempo que el trabajador estará laborando bajo esta habilitación (Ley 2088 de 2021, art. 9).

Por otra parte, el artículo 7, relativo a la terminación del trabajo en casa otorga una facultad especial al empleador, de la que en ningún momento participa el empleado:

En todo caso, el empleador o nominador conserva la facultad unilateral de dar por terminada la habilitación de trabajo en casa, siempre y cuando desaparezcan las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que dieron origen a dicha habilitación. (Ley 2088 de 2021, art. 7).

Visto lo anterior, adquiere pleno sentido que el legislador se refiera al trabajo en casa como la *habilitación* para “*desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza*” (Ley 2088 de 2021, art. 2). Esta habilitación hace parte del poder subordinante del empleador sobre el empleado, y no es propiamente una decisión conjunta entre ambas partes. En este sentido, el artículo 5 de la ley estudiada consagra que “*la habilitación del trabajo en casa implica que se mantenga la facultad subordinante del empleador, junto con la potestad de supervisión de las labores del trabajador*” (Ley 2088 de 2021, art. 5). Es evidente que el elemento de voluntariedad existente en el teletrabajo, y reconocido por la OIT en documentos como el *Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo*, no existe como tal para el trabajo en casa, al menos en cuanto a la decisión de habilitarlo o darlo por terminado. Por supuesto que esta circunstancia no es tampoco absoluta, pues como se explicó en el capítulo I de esta investigación, el poder subordinante del empleador, aunque es un elemento esencial de la relación

laboral, no es ilimitado, pues su ejercicio debe ceñirse a las garantías y derechos constitucionales y legales, sin llegar a afectar la dignidad humana del trabajador, para lo cual es menester tener en cuenta sus condiciones de salud, familiares, entre otras.

Rasgos comunes del teletrabajo y el trabajo en casa

Si bien el propósito de este trabajo es diferenciar ambas figuras de acuerdo con la legislación vigente y su desarrollo o interpretación constitucional, es importante antes de finalizar que entre el teletrabajo en casa y el teletrabajo existen muchas y muy importantes similitudes, que a juicio de los autores han contribuido a generar una amplia confusión sobre el tema. En este sentido, sea lo primero destacar que tanto el teletrabajo como el trabajo en casa son auténticas relaciones laborales, conforme lo regulado por el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo y las demás normas legales, así como el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, estudiados en el capítulo precedente. En cualquiera de las dos modalidades, existe un vínculo determinado por la prestación personal del servicio, la subordinación al empleador (como facultad directiva y disciplinaria limitada) y la remuneración o salario.

Desconexión laboral y derecho al descanso

En consecuencia, la gran mayoría o casi la totalidad de las disposiciones en torno al derecho individual al trabajo son aplicables indistintamente a ambas figuras. Por esta razón, no debe extrañar, por ejemplo, que operen derechos y prerrogativas idénticas o muy similares para teletrabajadores y trabajadores en casa por igual, como el derecho al descanso bajo la forma de derecho a la desconexión laboral. Si bien esta figura no está desarrollada legalmente en un instrumento normativo singular, como se ha pretendido a través de Proyectos de Ley como el 071/2020 ante la Cámara de Representantes, las respectivas leyes sobre teletrabajo y trabajo en casa sí lo consagran, bien expresa o tácitamente.

En primer lugar, tanto la ley 1221 de 2008 como el decreto 884 de 2012 incluyen disposiciones relativas, aunque no bajo el nombre de desconexión laboral o digital. En el artículo 6 de la ley 1221 de 2008, concretamente en el artículo 5, se manda que *“la asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural”* (Ley 1221 de 2008, art. 5). Por su parte, el decreto reglamentario 884 establece que el contrato de teletrabajo debe cumplir con todos los requisitos establecidos por el artículo 39 del CST, y además debe determinar *“los días y los*

horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de (...) evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal”.

Por su parte, la ley 2088 de 2021 sí hace expresa mención al derecho a la desconexión laboral como criterio aplicable al trabajo en casa:

Desconexión laboral. Es la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral. (Ley 2088 de 2021, art. 4, literal b.).

El derecho a la desconexión laboral también ha sido abordado recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5584-2017, aunque sin un amplio desarrollo de este derecho. Por último, como una legislación común a ambas figuras, en tanto se dirige a todos los trabajadores del país, la ley de acoso laboral o 1010 de 2006 también es un instrumento legal a través del cual se puede proteger el derecho al descanso cuando este se traduzca en la desconexión de los medios tecnológicos empleados para la ejecución de la actividad laboral, sin importar si se trata de teletrabajo o trabajo en casa.

Elementos de trabajo y formación de teletrabajadores y trabajadores en casa.

Si, de acuerdo con Weller (2020) “*la posibilidad del teletrabajo depende del nivel de infraestructura tecnológica, el acceso a la misma y la proporción de trabajadores con las competencias digitales necesarias*”, lo mínimo que debe plantearse una política pública de implementación del teletrabajo es precisamente todo lo relacionado a la capacitación y formación de los teletrabajadores. En este sentido, tanto las normas relativas a trabajo en casa como a teletrabajo, hacen hincapié en este aspecto. Por un lado, y aunque su artículo 2 no se limite el trabajo en casa a la ejecución de la actividad a través de tecnologías de la información y de la comunicación, la ley 2088 de 2021 sí dispone como política de bienestar y capacitación que:

Para la implementación de la habilitación de trabajo en casa, el empleador deberá promover la formación, capacitación y el desarrollo de competencias digitales, en los servidores públicos y trabajadores del sector privado cuando la actividad a desarrollar así lo requiera (Ley 2088 de 2021, art. 12).

Por otro lado, la ley 1221 de 2008 contempla en el literal f) del numeral 6 del artículo 6 que, en relación con la garantía de igualdad entre los trabajadores, el empleador debe fomentar el *acceso a la formación*. En el mismo sentido, el artículo 4 del decreto 884 de 2012, relativo a la igualdad de trato, dispone para los teletrabajadores, entre otros, el derecho *a la capacitación, formación y el acceso a mejores oportunidades laborales*. El libro blanco: ABC del teletrabajo en Colombia (2013), incluye un cuadro de elementos a tener en cuenta en la formación de los teletrabajadores:



Tomado de: *Mintic y Mintrabajo (2013) Libro blanco: ABC del teletrabajo en Colombia*

Finalmente, es importante reiterar que, al ser ambas figuras relaciones laborales plenas conforme al ordenamiento jurídico colombiano, participan de forma efectiva del universo de derechos, prerrogativas y también obligaciones relacionados con el derecho fundamental al trabajo, y al trabajo como valor y principio constitucional (dimensión tripartita). En este sentido, es válido aclarar que, si bien este es un trabajo dedicado a diferenciar el teletrabajo del trabajo en casa, en virtud de la naturaleza laboral de ambas relaciones serán muchas más las similitudes que las diferencias, especialmente en cuanto a garantías y derechos reconocidas y estudiadas a partir de una *perspectiva constitucional*, según se explicó en el capítulo precedente. Así las cosas, es posible plantear algunas conclusiones como resultado de la investigación.

Conclusiones

Al analizar la legislación laboral colombiana, cuyas principales normas vigentes se remontan a la década del cincuenta del siglo pasado, el derecho individual al trabajo cuenta con suficientes garantías, aunque es verdad que el legislador debería actualizar la legislación y compilarla en su solo instrumento normativo, en especial con relación al cambio sustancial del mercado laboral a partir de las nuevas tecnologías en un mundo globalizado. Crisis como la experimentada a raíz del Covid-19 han acelerado muchos fenómenos, entre ellos el del trabajo a distancia en cualquiera de sus modalidades. Las tecnologías de la información y la comunicación son condición sine qua non para el trabajo a distancia, aunque no todas las ocupaciones mediadas por las nuevas tecnologías se configuran como relaciones laborales amparadas constitucionalmente, al menos con base en el ordenamiento jurídico vigente. Es el caso, por ejemplo, del llamado trabajo o empleo digital, cuyas características son todavía objeto de estudio por parte del legislador y las autoridades judiciales.

Ahora bien, con relación al teletrabajo como modalidad prestacional de las actividades laborales, es posible afirmar que es una realidad laboral para muchos trabajadores colombianos, pero no para la mayoría, ni siquiera los confinamientos o los aislamientos preventivos obligatorios a raíz de la Covid-19 masificaron su implementación en el país, una de las razones de gran peso es la falta de conectividad en especial en la ruralidad donde esta forma de trabajo no fue posible y se identificaron más las brechas de desigualdad e inequidad entre el campo y la ciudad y la otra es sin duda que Colombia es un país agrícola donde este tipo de labor es necesariamente presencial y de allí todas las excepciones a gremios que el estado tuvo que realizar.

Lo que si se masificó en el país de forma acelerada, y si se quiere abrupta, fue precisamente el trabajo en casa, una figura sobre la que no existía regulación al momento de su implementación; no obstante, ante la magnitud de los acontecimientos, Mintrabajo apostó por orientar la utilización de esta modalidad desconocida, señalando además que existían diferencias entre esta última y el teletrabajo. Sin embargo, no fue sino hasta la expedición de la ley 2088 de 2021 que se aclaró el panorama entre ambas figuras, pues a partir de este documento sí es posible establecer marcadas diferencias, como se expuso en el desarrollo del segundo capítulo de esta investigación. A modo de síntesis, las más importantes son:

i) La Ocasionalidad, excepcionalidad y temporalidad del trabajo en casa, respecto a la vocación de permanencia del teletrabajo como modalidad principal y determinante del contrato de trabajo;

ii) La variación de las condiciones del contrato, que en el caso del teletrabajo es una exigencia de la ley, pero no lo es en ningún momento para la habilitación del trabajo en casa;

iii) El uso de tecnologías de la comunicación y la información que bajo la modalidad de teletrabajo es un requisito indispensable, pero que no lo es para el trabajador en casa, el cual no necesariamente debe hacer uso de ellas;

iv) En cuanto a los elementos de trabajo, el empleador de un teletrabajador debe suministrarlos obligatoriamente; mientras que en el trabajo en casa el teletrabajador puede ser

pactado entre el empleado y el empleador. En caso de no haber acuerdo, la obligación recae sobre el empleador;

v) La habilitación para el trabajo en casa no obliga al empleador a adoptar o realizar modificaciones al Reglamento Interno de Trabajo, pero para las empresas o entidades que implementen el teletrabajo este es un requisito insoslayable, bien se trate de Reglamento de Trabajo o de Manual de Funciones;

vi) Con relación al auxilio de transporte y el denominado auxilio de conectividad, el teletrabajador, en principio, no goza de ninguno, salvo circunstancias excepcionales acreditadas de gastos de movilidad. En cambio, los trabajadores en casa, si bien dejan de percibir el auxilio de transporte, igualmente reciben el importe equivalente bajo el título de auxilio de conectividad;

vii) Un elemento característico del teletrabajo, así contemplado por la OIT y la legislación nacional colombiana, es la voluntariedad, con base en este elemento, tanto el empleador como el teletrabajador pueden acordar originaria o eventualmente la modalidad del teletrabajo, y del mismo modo, por voluntad de cualquiera de ellos, pueden darla por terminada. En su lugar, el teletrabajador, de acuerdo con la ley 2088 de 2021, no parece estar facultado para darla por terminada, o incluso solicitarla, pues, por la redacción del texto legal, la habilitación del trabajo en casa se adecua más a una facultad o potestad del empleador en ejercicio de su poder subordinante. No obstante, como dicho poder subordinante encuentra sus límites en las garantías laborales mínimas, cada caso concreto debe ser analizado desde una perspectiva constitucional.

Ahora bien, como se aclara al final del capítulo II, al estar ambas figuras cobijadas por el universo normativo constitucional y legal del derecho al trabajo como derecho fundamental, abundan las semejanzas o puntos en común entre el teletrabajo y el trabajo en casa. Como importantes ejemplos de esas semejanzas, el derecho al descanso (en la forma de desconexión laboral o digital) y la obligación de formación y capacitación constituyen una prueba incuestionable de la proximidad teórica y práctica entre estas dos realidades laborales de un mundo globalizado por la tecnología.

Por último, es importante aclarar que hoy no existen muchos pronunciamientos de las Altas Cortes nacionales sobre la figura del trabajo en casa, al tratarse de una legislación completamente nueva; sin embargo, se espera que este trabajo contribuya al esclarecimiento de ambas figuras, y que con base en él se susciten nuevas discusiones que redunden en el bienestar de los trabajadores y en la superación de la actual crisis económica y laboral.

Referencias

- Centro Nacional de Consultoría (2018). Penetración del Teletrabajo en Colombia – Cuarta medición. Bogotá, Colombia.
- Centro Nacional de Consultoría (2019). Medición del teletrabajo en Entidades Públicas Penetración y percepciones. Bogotá, Colombia.
- Comisión Séptima Constitucional Permanente [Congreso de la República de Colombia]. (14 de agosto) Por medio de la cual se regula el trabajo digital en Colombia y se dictan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 082 de 2018]. Gaceta: 669/2018
- Congreso de la República de Colombia. (02 de junio) Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. [Ley 137 de 1994]. DO: 41.379.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de mayo) Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones. [Ley 2088 de 2021]. DO: 51.672.
- Congreso de la República de Colombia. (2008) Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 1221 de 2008]. DO: 47.052.
- Congreso de la República de Colombia. (1993) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.
- Congreso de la República de Colombia. (2006) Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. [Ley 1010 de 2006]. DO: 46.160.
- Congreso de la República de Colombia. (2002) Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. [Ley 789 de 2002]. DO: 45.046.
- Congreso de la República de Colombia. (27 de febrero) Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. [Ley 1618 de 2013]. DO: 48.717.
- Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre) Reformas al Código Sustantivo del Trabajo y otras disposiciones. [Ley 50 de 1990]. DO: 39.618.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de noviembre de 2009) Sentencia C-801. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (08 de junio de 2001) Sentencia T-611. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional, Sala Plena. (04 de mayo de 2011) Sentencia C-337. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena. (09 de julio de 2020) Sentencia C-242. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de agosto de 2020) Sentencia C-311. [MP José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de abril de 2005) Sentencia C-401. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de junio de 2013) Sentencia C-351. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de enero de 2004) Sentencia C-019. [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de mayo de 2020) Sentencia C-145. [MP José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de mayo de 2006) Sentencia C-397. [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de septiembre de 2004) Sentencia C-934. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (12 de julio de 2016) Sentencia T-275. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (10 de septiembre de 2014) Sentencia T-682. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (27 de octubre de 1993) Sentencia T-483. [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (05 de abril de 2017) Sentencia SL5584. [MP Jorge Luis Quiroz Alemán].

Gentilin, M. (2020) Pasado, presente y futuro del Teletrabajo. Reflexiones teóricas sobre un concepto de 50 años. Working Paper, pp. 1-18.

Ministerio del Trabajo (07 de junio) Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones. [Decreto 884 del 2012] DO: 48.417.

Ministerio del Trabajo (26 de mayo) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. [Decreto 1072 del 2015] DO: 49.523.

Ministerio del Trabajo de Colombia. (02 de junio) Lineamientos respecto del trabajo en casa. [Circular 0041 de 2020].

Ministerio del Trabajo de Colombia. (02 de junio) Medidas de protección del empleo con ocasión de la fase de contención del Covid-19 y de declaración de emergencia sanitaria. [Circular 0021 de 2020].

Mintic (03 de junio) Por el cual se dispone una medida para garantizar el acceso a servicios de conectividad en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. [Decreto 771 del 2020]

Mintic y Mintrabajo (2013) Libro blanco: ABC del Teletrabajo en Colombia. Bogotá, Colombia.

Organización Internacional del Trabajo (2011) [Manual] Manual de buenas prácticas en Teletrabajo. Buenos Aires, Argentina.

Organización Internacional del Trabajo (2019) [Informe] Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo (2020) [Guía práctica] El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo. (16 de junio) Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos [Convenio 189 de 2011].

Presidencia de la República de Colombia (1950) Código Sustantivo del Trabajo —CST—Diario Oficial [Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951] DO: 27.622.

Presidencia de la República de Colombia (17 de marzo) Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. [Decreto Legislativo 417 de 2020] DO: 51.259.

Ramírez Bustamante, N. et al (2021) ¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas. Borradores de Trabajo y Derecho No. 1, Universidad de los Andes.

Redacción El País (26 de mayo de 2020). En Colombia hay seis millones de personas trabajando desde casa por la pandemia de Covid-19. El País. [Disponible en: <https://www.elpais.com.co/economia/en-colombia-hay-seis-millones-de-personas-trabajando-desde-casa-por-la-pandemia-de-covid-19.html>]

Congreso de la República de Colombia(2019) Proyecto de Ley 190 de 2019 Por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia. Diario Oficial