



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 31354 (1134) 2020; E 35701
(1265) 2020

DICTAMEN N°: 3079 / 031

ACTUACIÓN:

Fija doctrina.

MATERIA:

Trabajo a distancia y Teletrabajo.

RESUMEN:

No existe impedimento para que, en el marco del teletrabajo, las partes acuerden que el trabajador labore determinados periodos sujeto limitación de jornada y otros excluidos de dicho límite en la medida que la combinación de trabajo presencial y teletrabajo se efectúe en distintas semanas al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 152 quáter del Código del Trabajo.

ANTECEDENTES.

1. Pase N°1201, de 02 de noviembre de 2020, de Directora del Trabajo.
2. Pase N°1142, de 13 de octubre de 2020, de Directora del Trabajo.
3. Instrucciones de 03 y 21 de agosto de 2020 de Jefa de Unidad de pronunciamientos, Innovación y estudios laborales.
4. Ord. N° 482 de 22 de junio de 2020 del Inspector Comunal del Trabajo Sur Oriente.
5. Presentación de 16 de junio de 2020 del Sr. Jaime Varela Charme.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículos 22, 42, letra a), 152 quáter G y 152 quáter J.

CONCORDANCIA:

Dictamen N°1389/7, de 08 de abril de 2020, Dictamen Ord. N°576/8, de 17 de enero de 1991.

SANTIAGO,

**DE: LILIA JEREZ ARÉVALO
DIRECTORA DEL TRABAJO**

16 NOV 2020

**A: SR. JAIME VARELA CHARME
FLOR DE AZUCENA N°111, OFICINA 501, LAS CONDES
REGIÓN METROPOLITANA
JVARELA@PVCA.CL**

Mediante presentación de Ant. 5) Ud. ha solicitado a este Servicio un pronunciamiento respecto al alcance del artículo 152 quáter J del Código del

Trabajo, específicamente en lo que respecta al pacto que pueden alcanzar las partes para acordar una jornada mixta de trabajo en el marco del trabajo a distancia o teletrabajo.

En este sentido, se consulta específicamente respecto a la legalidad de fijar una jornada que combine tres días presenciales en oficinas de la empresa, fijando un horario de trabajo de 09:00 a 17:00 horas, y dos días en los que se labore bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, pero con exclusión de la limitación de jornada, conforme a lo dispuesto en el artículo 22, inciso 4º, del mismo cuerpo legal.

Al respecto, cumpro con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 21.220, de 26 de marzo de 2020, que modificó dicho cuerpo legal en materia de trabajo a distancia, establece:

“Artículo 152 quáter J. La modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, combinando tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella.

El trabajo a distancia estará sujeto a las reglas generales de jornada de trabajo contenidas en el Capítulo IV del Libro I, con las excepciones y modalidades establecidas en el presente artículo. El empleador, cuando corresponda, deberá implementar a su costo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia, conforme a lo prescrito en el artículo 33.

Si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal, sujetándose a las normas sobre duración de la jornada de los artículos 22 y 28 y las relativas al descanso semanal del Párrafo 4º del Capítulo IV del Libro Primero.

Con todo, en el caso del teletrabajo las partes podrán acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo de conformidad con lo señalado en el inciso cuarto del artículo 22. Sin embargo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.

En aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación.

Tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores”.

En lo que respecta a la posibilidad de combinar tiempos de trabajo presencial y a distancia la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N°1389/7, de 08 de abril de 2020, puntualizó que el trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, estando las partes facultadas para combinar tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, con tiempos de trabajo fuera de ella.

La misma doctrina ha precisado que, en caso de que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido.

Teniendo presente el tenor literal de la normativa en análisis, para que ocurra la combinación de tiempos se requiere que parte de la jornada de trabajo sea desarrollada a distancia y la otra de forma presencial, manteniéndose inalterable la noción de jornada de trabajo propiamente tal, con la particularidad que se computan, para efectos de su cumplimiento, tiempos de trabajo que provienen de modalidades de prestación de servicios distintas, presencial y a distancia o teletrabajo, en atención a la naturaleza de este tipo de relación laboral.

En este orden de ideas, debemos destacar que la posibilidad de combinar tiempos de trabajo de dos regímenes normativos distintos, uno sujeto a los límites semanales y otro con exclusión de estos, no hace posible la combinación de tiempos establecida en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, en un mismo período semanal puesto que en la segunda modalidad indicada no existe un control de tiempos de trabajo.

A estos efectos, es necesario precisar que para los efectos de determinar el alcance de la expresión "combinar" utilizado por el legislador es necesario recurrir a las normas de interpretación legal contenidas en los artículos 19 y 20 del Código Civil, conforme a la primera de las cuales "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu", agregando la segunda que "las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido invariablemente que "el sentido natural y obvio" es aquél que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española según "el uso general de las mismas palabras".

Conforme a la definición que contiene dicho texto, el vocablo combinar significa "*unir cosas diversas, de manera que formen un compuesto o agregado*". Por su parte, la palabra combinación, es definida como 1. *La acción y efecto de combinar o combinarse* y 2. *Unión de dos cosas en un mismo sujeto*". Acorde a lo expresado, combinar días de la semana sujetos a límites de jornada y otros excluidos de tales, no tiene como resultado una combinación que genere un único régimen normativo de jornada sino que, por el contrario, en tal situación nos encontraremos frente a normas que por su finalidad y naturaleza, resultan incompatibles o de difícil fiscalización conforme a lo que se detalla a continuación.

La regulación de esta materia se encuentra establecida, entre otras disposiciones, en el artículo 22 del Código del Trabajo que consagra:

*"Artículo 22. La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco **horas semanales**.*

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

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

La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo”.

De los términos de dicha disposición legal aparece que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no podrá exceder de cuarenta y cinco horas semanales lo que trae aparejada la obligación de mantener un sistema de registro de control de asistencia y determinación de horas de trabajo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 del Código del Trabajo, sistema que resulta obligatorio y necesario, entre otros aspectos, para el control y registro de los límites diarios y semanales de la jornada, la verificación del cumplimiento de los correspondientes descansos y existencia de jornada extraordinaria.

Ahora bien, tal como se advierte en la disposición precedentemente anotada, el límite allí previsto no es aplicable en casos excepcionales como ocurre, en general, con aquellos trabajadores que laboran sin fiscalización superior inmediata, quienes por tal circunstancia se encuentran excluidos de la limitación de jornada de trabajo y, por lo tanto, al no ser controlado el tiempo de trabajo, no pueden generar jornada extraordinaria al no encontrarse sujetos a una jornada semanal determinada que sea susceptible de ser sobrepasada.

A este respecto es necesario destacar que la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen Ord. N°576/8, de 17 de enero de 1991, ha establecido que la fiscalización superior inmediata presupone la concurrencia de los siguientes elementos copulativos:

a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.

b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento.

c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.

En este orden de ideas, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, a propósito de la posibilidad de que en el marco del teletrabajo las partes acuerden la exclusión de los límites de la jornada de trabajo, cabe advertir que se presumirá que el trabajador está afecto a dichos límites cuando el empleador ejerciere una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores.

Para efectos de determinar el alcance de esta supervisión y control es necesario tener presente la normativa contenida en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, conforme a la cual ella no existe como tal cuando el trabajador solo debe entregar resultados de sus gestiones y reportarse esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en regiones diferentes de la del domicilio del empleador. En consecuencia, cuando el trabajador se reporta habitualmente y es controlada la oportunidad del desarrollo de su cometido, más allá de entregar el resultado

de sus gestiones, nos encontraríamos ante una situación propia de supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores.

Considerando todo lo expuesto, la fórmula de combinar algunos días de la semana con sujeción a una determinada jornada laboral con otros exentos del cumplimiento de esta, conforme se expone en la consulta señalada, genera dificultades de aplicación que hacen incompatible la coexistencia de ambos estatutos normativos en un mismo período semanal.

Sin perjuicio de lo señalado y a propósito de la consulta específica formulada, en la especie, resulta pertinente considerar lo establecido en el inciso 5° del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo que, en relación con la combinación de modalidad de prestación de servicios presencial y a distancia o teletrabajo establece:

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

Sobre el particular, resulta pertinente considerar en este caso el criterio establecido por este Servicio contenido en Ord. N°3578 de 15 de julio de 2015 en el que, reconociendo las especiales circunstancias en que desarrollaban sus labores los trabajadores objeto de la consulta y considerando que la aplicación de la modalidad descrita, se encontraba debidamente pactada y no derivaba de una imposición unilateral del empleador, concluyó que resultaba posible que determinadas semanas los dependientes mantuvieran un régimen de jornada sujeto a los límites del artículo 22 del Código del Trabajo, en las dependencias de la empresa, y otras, sin límites de jornada al no existir mayores posibilidades de control al desempeñarse los trabajadores en terreno y sin fiscalización superior inmediata.

En este sentido, y teniendo presente que el inciso 4° del artículo 152 quáter J) del Código del Trabajo permite que, en el caso del teletrabajo, las partes acuerden que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada, resulta posible que, en distintas semanas, se aplique el criterio precedentemente expuesto, permitiendo así la combinación semanal de tiempos de trabajo presencial sujeto a una jornada laboral determinada, con teletrabajo excluido de la limitación de jornada, en tanto exista acuerdo de las partes en tal sentido.

A mayor abundamiento, cabe expresar que en dicho pronunciamiento se advierte que la aplicación de esta modalidad no podrá importar una vulneración de las normas legales pertinentes, ni afectar el principio de certeza que debe inspirar toda relación laboral, todo lo cual podrá ser fiscalizado por este Servicio, quien podrá cursar las sanciones que resulten procedentes en caso de incumplimiento o vulneración de dichas normas.

Así, del análisis normativo y de la jurisprudencia administrativa, es posible arribar a dos conclusiones relevantes al momento de atender la consulta de referencia. La primera, es que la jornada de trabajo, regulada en el Código del Trabajo, se calcula o computa en base semanal, por lo que resulta contrario a la interpretación armónica de la normativa establecer que, dentro de una misma semana, pueden convivir sistemas en que durante ciertos días el trabajador se encuentre sujeto a jornada laboral, y otros días no. La segunda, es que la liberación o sujeción a los límites de jornada semanal de trabajo es una circunstancia inherente al tipo de funciones que desempeña el trabajador o a la forma en que tales servicios se prestan, por lo que no existe motivo para que si tales elementos se mantienen inalterados durante la semana respectiva,

el trabajador esté sujeto a jornada de trabajo durante determinados días de esa semana, y durante otros no lo esté.

En consecuencia, sobre la base de disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumplo con informar a usted que, no existe impedimento para que, en el marco del teletrabajo, las partes acuerden que el trabajador labore determinados períodos sujeto limitación de jornada y otros excluidos de dicho límite en la medida que la combinación de trabajo presencial y teletrabajo se efectúe en distintas semanas al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 152 quáter del Código del Trabajo.

Saluda atentamente a Ud.,



Lilia Jerez Arevalo
LILIA JEREZ AREVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO



SMS/EP/FNR

Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Sr. Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo