



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E. 60150 (1892) 2020

DICTAMEN N°: 484 / 11

ACTUACIÓN:

Fija doctrina.

MATERIA:

Trabajo a distancia; Teletrabajo. Sistema excepcional de distribución de jornada y descansos.

RESUMEN:

No resulta ajustado a derecho aplicar un sistema excepcional de distribución de jornada y descanso a trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que resulta incompatible con las condiciones exigidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, entre otras razones, por la imposibilidad del empleador de disponer libremente del lugar de trabajo para adoptar las medidas necesarias que este tipo de regímenes amerita y dificultar la labor fiscalizadora de este Servicio.

ANTECEDENTES.

1. Instrucciones de 22.07.2021, de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
2. Instrucciones de 14.04.2021, de Jefa de Unidad de pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
3. Pase N°14 de 10.03.2021 de Jefe de Departamento de Inspección.
4. Pase N°13 de 08.02.2021 de Jefe del Departamento Jurídico y Fiscal.
5. Presentación de 10.11.2020 de Sr. Andrés Aylwin Chiorrini.

FUENTES:

Artículos 38, 152 quáter G y 152 quáter M del Código del Trabajo.

SANTIAGO, 23 MAR 2022

**DE: JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)**

**A: ANDRÉS AYLWIN CHIORRINI
MALAGA 339, LAS CONDES
SANTIAGO, REGIÓN METROPOLITANA
contacto@amlv.cl**

Mediante presentación de Ant. 5) Ud. ha solicitado a este Servicio un pronunciamiento respecto a la procedencia de aplicar la modalidad de teletrabajo a los sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descanso, considerando las facultades legales que entrega el artículo 38 del Código del Trabajo a esta Dirección.

Expone que la implementación de un sistema excepcional requiere de la autorización del Director del Trabajo, debiendo tratarse de casos calificados, en el que exista acuerdo de los trabajadores involucrados y que las condiciones de higiene y seguridad del lugar de trabajo sean compatibles con el sistema excepcional, aspecto que, a su juicio, se cumpliría al momento de aplicar la modalidad de teletrabajo.

Refiere que el cambio consistiría en que, en lugar de prestar servicios de manera presencial, como ocurre en la actualidad, los trabajadores se desempeñarían en forma remota desde el hogar, mediante el uso de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones, reportando sus servicios a través de dichos medios. Asimismo, el sistema permitiría combinar tiempos de trabajo, desarrollándose un ciclo en forma presencial, en instalaciones de la empresa y el siguiente de forma remota desde el hogar del trabajador.

Se precisa que la jornada desarrollada remotamente debe ser un espejo de aquella realizada en la operación, toda vez se trata de labores que si bien no necesitan ser ejecutadas en las faenas de la empresa, requieren que los trabajadores estén a disposición durante igual tiempo que quienes prestan servicios en forma presencial, bajo el mismo sistema excepcional de distribución de jornada y descanso, tratándose ambos trabajos que se desarrollan en distintas modalidades igualmente indispensables para la correcta operación productiva, teniendo como única diferencia que un caso requerirá la presencia física del trabajador en la empresa.

Finalmente, tratándose de sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descanso, manifiesta que la acreditación del cumplimiento de condiciones de higiene y seguridad compatibles con el sistema excepcional, debe ser realizada a través de los documentos exigidos en los artículos 152 quáter M y siguientes del Código del Trabajo y el Decreto N°18 de 03.07.2021 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba Reglamento del Artículo 152 quáter M del Código del Trabajo y la regulación administrativa aplicable.

Considerando las implicancias operativas de la consulta formulada, se solicitó mediante Ant. 4) la opinión del Departamento de Inspección, el que evacuó respuesta bajo Ant. 3) señalando que el artículo 38 del Código del Trabajo, para

efectos de autorizar un sistema excepcional de distribución de jornada y descansos, requiere una fiscalización que se solicita para una determinada faena.

Para estos efectos, la Orden de Servicio N°5 de 20.11.2009 señala que *“se entenderá cumplida con la revisión que se efectúa en la DRT respectiva del cumplimiento de los criterios y de los antecedentes requeridos en la solicitud de un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos, tanto para las actividades desarrolladas en faenas alejadas o faenas cercanas o dentro de centros urbanos, sin necesidad de constituirse en terreno”*, advirtiendo que, en principio, no existe una dificultad para la labor inspectiva, al no tratarse de fiscalización presencial, sustentándose además en la declaración jurada del respectivo formulario de solicitud.

Sin embargo, señala que la Orden de Servicio contempla que, en caso de denuncia, deberá practicarse la respectiva fiscalización con arreglo a las instrucciones generales, lo que importará constituirse en la faena en que se está ejecutando la labor, la que debe concordar con la referida en la declaración jurada en la que se ha solicitado el sistema excepcional, no siendo procedente que se fiscalice un lugar distinto al cual se ha otorgado la respectiva autorización, no procediendo fiscalizar las labores desarrolladas bajo teletrabajo.

Agrega que existe la posibilidad de revocar sistemas excepcionales autorizados, considerando el marco instruccional del Servicio, el que establece que el Director Regional del Trabajo estará facultado para revocar cualquier resolución cuando, mediante fiscalización, se detectase que alguna de las circunstancias declaradas por el empleador en su solicitud, no sean efectivas o las mismas sufran alteraciones, y con ello se incumplan los criterios y requisitos que permitieron otorgar tal autorización.

En consecuencia, en opinión del Departamento de Inspección dicha circunstancia reafirma que las facultades de fiscalización de este Servicio recaen sobre las condiciones de la faena que se tuvo en consideración para el otorgamiento de la autorización del sistema excepcional y no aquellas que puedan surgir tras la implementación de un sistema de teletrabajo; considerando que en este tipo de modalidad de prestación de servicios la autorización debe vincularse a una faena determinada, tratarse de casos calificados, puestos de trabajos específicos, entre otros aspectos, por lo que su aplicación dificultaría la labor fiscalizadora de este Servicio.

En atención a lo expuesto, importante es considerar lo dispuesto en el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo que consagra:

“Artículo 152 quáter G. Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración.

Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

Los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo”.

De acuerdo a la disposición legal citada, el trabajo a distancia recibe la denominación de teletrabajo cuando se trata de servicios que son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si estos deben reportarse mediante estos medios, tiene por condición esencial que el trabajador preste sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Este último aspecto resulta ser una condición esencial de esta modalidad de trabajo, lo que se ve reafirmado en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 152 quáter H del Código del Trabajo, que consagra que no se considerará trabajo a distancia o teletrabajo cuando el trabajador preste servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando estos se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa.

De esta forma, resulta evidente que la noción de establecimiento, instalaciones o faenas que ha adoptado el legislador, como se desprende de la regulación en materia de trabajo a distancia o teletrabajo, se refiere al lugar donde el empleador posee plena disposición de los medios materiales, formando parte de la estructura empresarial en plenitud, lo que permite, entre otras medidas, que este designe y habilite libremente el lugar de trabajo, a diferencia de lo que ocurrirá en el trabajo a distancia o teletrabajo puesto que, si bien el empleador se encuentra compelido a adoptar medidas tendientes a la protección de la salud y seguridad del trabajador, el espacio de trabajo no le será plenamente disponible.

Esta circunstancia es relevante a propósito de la consulta formulada, especialmente si consideramos lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, que establece que en ningún caso los pactos de trabajo a distancia o teletrabajo podrán implicar un menoscabo de los derechos que el Código reconoce al trabajador. En virtud de tal circunstancia, debe analizarse la factibilidad de aplicar una resolución que autoriza un sistema excepcional destinado a una determinada faena a la situación del trabajo a distancia o teletrabajo, y finalmente, si esta modalidad de trabajo resulta compatible con un sistema excepcional, considerando las condiciones establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo y la naturaleza de esta especial forma de prestación de servicios.

El artículo 38 del Código del Trabajo, en sus incisos penúltimo y final consagra:

“Con todo, en casos calificados, el Director del Trabajo podrá autorizar, previo acuerdo de los trabajadores involucrados, si los hubiere, y mediante resolución fundada, el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos, cuando lo dispuesto en este artículo no pudiere aplicarse, atendidas las especiales características de la prestación de servicios y se hubiere constatado, mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con el referido sistema.

La vigencia de la resolución será por el plazo de hasta tres años. No obstante, el Director del Trabajo podrá renovarla si se verifica que los requisitos que justificaron su otorgamiento se mantienen. Tratándose de las obras o faenas, la vigencia de la resolución no podrá exceder el plazo de ejecución de las mismas, con un máximo de hasta tres años”.

Dicha norma legal contempla, dentro de las condiciones concretas para la autorización de los sistemas excepcionales de distribución de jornada y descansos, que se constate, mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad sean compatibles con el sistema excepcional requerido, que dicen relación con las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador, toda vez que buscan resguardar especialmente su salud.

De esta forma, conforme a la respuesta del Departamento de Inspección, en caso de una eventual denuncia por alguna infracción laboral, la fiscalización en esta materia recae en la faena que se ha otorgado la respectiva autorización, no correspondiendo posteriormente su modificación por parte de la empleador, toda vez que esta circunstancia implicaría alterar las condiciones propias del sistema y los presupuestos analizados que justificaron la autorización de este Servicio.

Por otra parte, cabe destacar que este aspecto es recogido por la doctrina de esta Dirección contenida, entre otros, en Dictamen N°6505/331 de 28.10.1997, que establece que el empleador no se encuentra facultado para hacer aplicable a sus dependientes que laboran en determinada faena un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y de descanso autorizado para otra faena distinta perteneciente a la misma Empresa.

Asimismo, en el marco instruccional de esta Dirección se ha precisado, a través de la Orden de Servicio N°5 de 20.11.2009, que la autorización de un sistema excepcional debe entenderse de forma restrictiva y referida sólo a faenas y puestos de trabajos precisos y determinados, sin poder extenderse a otras faenas u otros puestos no previstos en ella, aun dentro de la misma obra o faena.

De este modo, se puede concluir que los empleadores no se encuentran habilitados para homologar y aplicar unilateralmente un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descanso a trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de teletrabajo, toda vez que dicho sistema fue autorizado bajo específicas circunstancias, entre otras, la constatación que el lugar en que se prestarán servicios cumpliera con determinadas condiciones de higiene y seguridad.

Aclarado este aspecto, corresponde determinar si a las condiciones requeridas para autorizar un sistema excepcional de distribución de jornada y descansos resultan compatibles con aquellas que establece los incisos penúltimo y final del artículo 38 del Código del Trabajo, y la modalidad de prestación de servicios a distancia y teletrabajo.

Debe reiterarse, conforme a lo expuesto, que el trabajo a distancia y el teletrabajo tienen por condición esencial el desarrollarse fuera de los establecimientos, instalaciones y faenas de la empresa, por tal razón, no se enmarca en este tipo de modalidad aquella prestación de servicios que se desarrolla en lugares designados y habilitados por el empleador.

Asimismo, es necesario indicar que en el caso de las labores desarrolladas en dependencias de la empresa en el marco de los sistemas excepcionales de distribución de jornada y descanso, el empleador puede disponer libremente de los lugares de trabajo y adoptar las medidas que estime relevantes y necesarias para un mejor desempeño de la estructura empresarial, lo que justifica que este Servicio se centre en analizar las condiciones de higiene y seguridad generadas por el empleador para efectos de implementar este régimen de jornada. Sin embargo, esta circunstancia se ve afectada por la dinámica y naturaleza propia del trabajo a distancia y el teletrabajo.

Sin perjuicio de las medidas de seguridad que debe implementar el empleador en este tipo de modalidad, se trata de un lugar de trabajo cuya disposición, en principio, recae sobre el trabajador, tratándose muchas veces de su propio hogar y en el que convive generalmente con otras personas, por lo que difícilmente resultan exigibles estándares de seguridad e higiene que permitan el desarrollo de un sistema excepcional de jornada y descanso, que conforme a la Orden de Servicio N°5 de 20.11.2009, sobrepasan los estándares establecidos, a modo de ejemplo, en el Decreto N°18 de 03.07.2021 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba Reglamento del Artículo 152 quáter M del Código del Trabajo

Considerando lo anterior, difícilmente el empleador puede disponer libremente del lugar en que se prestan los servicios, y en caso de que esto ocurriera, podríamos asistir a una contravención a lo establecido en el inciso 2° del artículo 152 quáter H del Código del Trabajo. Por esta razón, es necesario considerar las condiciones de autorización fijadas en el artículo 38 del mismo cuerpo legal y la naturaleza en que se desenvuelve el trabajo a distancia y el teletrabajo.

Por otra parte, resulta relevante destacar el carácter excepcional y restrictivo de los sistemas excepcionales en análisis, lo que se refleja en que los incisos penúltimo y final del artículo 38 del Código del Trabajo se estructuran sobre la base del reconocimiento de una serie de derechos en favor de los trabajadores afectados. Entre otros aspectos, se asegura que exista un acuerdo de los trabajadores involucrados y que se constate por la Dirección del Trabajo las condiciones de higiene y seguridad en que se desarrollará el sistema excepcional, lo que resulta de difícil ejecución en el marco del teletrabajo. Lo anterior, es especialmente relevante en atención a la prohibición de menoscabo de los derechos laborales en el marco

del trabajo a distancia y teletrabajo, consagrada en el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo.

Sobre el primer aspecto, debe advertirse que, conforme a la Orden de Servicio N°5 de 20.11.2009, en caso de que exista sindicato en la empresa se requiere el acuerdo de dicha organización, el que resulta vinculante para los afiliados involucrados en la faena o puesto de trabajo sobre el que recae el sistema excepcional. Sin embargo, en caso de no existir sindicato, el criterio de esta Dirección es que el acuerdo deberá involucrar, al menos, al 75% de los trabajadores involucrados.

Este requisito es de complejo cumplimiento en el marco del trabajo a distancia y teletrabajo, toda vez que cada lugar de trabajo es distinto y en su disposición mantiene control cada trabajador, lo que grafica parte de la especial naturaleza de esta modalidad de prestación de servicios.

En este sentido, difícilmente resulta justificable la imposición de un acuerdo que genere al trabajador la necesidad de modificar o alterar el uso regular de su lugar de trabajo, con el objetivo de cumplir las condiciones de higiene y seguridad para la autorización de un sistema excepcional, cuando la empresa no tiene libre disposición de dichas dependencias, circunstancia que no se altera por el hecho de encontrarnos frente a un acuerdo del sindicato o la mayoría de los trabajadores afectados. Esta situación permite concluir que los sistemas excepcionales descansan en una condición básica, la cual es que el empleador tenga plena libertad para adoptar las medidas necesarias en el marco del sistema excepcional de trabajo, de forma de resguardar eficaz y plenamente la salud y seguridad de los trabajadores.

Asimismo, el artículo 38 del Código del Trabajo reconoce el derecho a los trabajadores y el deber de esta Dirección de constatar que las condiciones de higiene y seguridad serán compatibles con el sistema excepcional. Sin embargo, esta facultad, en el marco del trabajo a distancia y teletrabajo, se encuentra restringida conforme a lo dispuesto en el artículo 152 quáter M del mismo cuerpo normativo, que consagra la posibilidad de fiscalización, previa autorización del trabajador.

Esta circunstancia refuerza la incompatibilidad de aplicar un sistema excepcional en el caso del trabajo a distancia o teletrabajo. En efecto, a la dificultad de la fiscalización de este Servicio, se suma la particularidad que las empresas no pueden disponer libremente de los lugares de trabajo. Esta última dificulta la adopción y vigilancia de criterios específicos de higiene y seguridad que se deben considerar en el marco de los sistemas excepcionales de distribución de jornada y descanso, que por sus especiales implicancias, no responden a las condiciones generales de cualquier prestación de servicios. Lo anteriormente señalado justifica que la labor fiscalizadora y la autorización de estos sistemas recaiga exclusivamente en la Dirección del Trabajo.

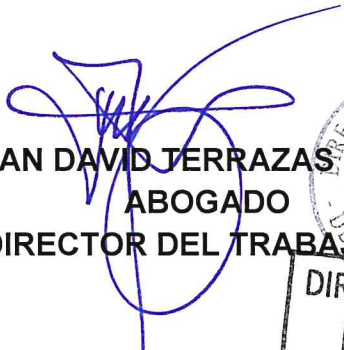
Como fue antes expresado, las condiciones de higiene y seguridad que debe constatar la Dirección del Trabajo respecto de una faena o puesto de trabajo, sometido a la solicitud de autorización de sistema excepcional de distribución de

jornada y descanso, dicen relación con las circunstancias en que prestarán materialmente servicios los trabajadores. Lo anterior no obsta, como Ud. señala, que asistamos a una nueva forma de estructuración del trabajo, en la que se incorporan estos nuevos tipos de prestación de servicios y los distintos lugares en que estos se desarrollarán, pese a que geográficamente la empresa se encuentre en un determinado lugar.

Por último, y a modo ejemplar, cabe indicar que la Orden de Servicio N°5 de 20.11.2009, en relación con las condiciones de higiene y seguridad en que se desarrollará el sistema excepcional, establece como criterio el funcionamiento de Comités Paritarios y de los Departamentos de Prevención de Riesgos en los casos que correspondan. Si bien es posible acreditar mediante documentación, en el caso del teletrabajo o trabajo a distancia genera dificultades prácticas para su efectivo cumplimiento, situación que no es baladí si se consideran las implicancias que puede tener para la salud de los trabajadores un sistema excepcional de distribución de jornada y descanso.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpla con informar a usted que no resulta ajustado a derecho aplicar un sistema excepcional de distribución de jornada y descanso a trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que resulta incompatible con las condiciones exigidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, entre otras razones, por la imposibilidad del empleador de disponer libremente del lugar de trabajo para adoptar las medidas necesarias que este tipo de regímenes amerita y dificultar la labor fiscalizadora de este Servicio.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO (S)



JDTP/LBP/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