

INFORME
DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN MATERIA DE APLICACIÓN DE LA LEY 21.561 SOBRE
REBAJA DE LA JORNADA ORDINARIA SEMANAL A 40 HORAS.

La Dirección del Trabajo ha emitido durante el mes de febrero, un conjunto de tres dictámenes de aplicación de los términos de la ley 21.561, sobre rebaja de jornada semanal, que debe entrar en vigencia a partir del 26 de abril del presente año. Dichos dictámenes, son los números 81/02; 82/03; y 84/04.

El presente informe aborda los aspectos que son relevantes para la gestión de la empresa contenidos en dichos dictámenes, y junto a ello, se analizan los posibles alcances e impactos que esta interpretación administrativa puede tener en la administración de recursos humanos y gestión de relaciones laborales. Se destacan en **negrita** aquellos puntos observables del Dictamen que requieren mayor atención.

1. DICTAMEN N°: 81/02 DE 1 DE FEBRERO DE 2024.

Este cuerpo legal contiene los siguientes elementos referidos a la ley 21.561:

- Enumeración meramente descriptiva de los artículos que son modificadas por los diferentes numerales de la ley. Esta descripción parece estar justificada para una adecuada comprensión de la ley, puesto que la ley modifica una multiplicidad de normas referidas a muy diversos sectores de la economía, como el turismo, trabajadoras de casa particular, transporte o trabajo agrícola, entre otros, y que a su respecto la rebaja de jornada semanal adquiere diversa fisonomía jurídica.
- Enumeración meramente descriptiva de las diferentes etapas de entrada en vigencia de la ley, según los diferentes sectores de que se trate, así como también la gradualidad general de la rebaja de jornada que debe culminar en abril de 2028.
- Consideraciones generales referidas a la incorporación automática de las sucesivas etapas de reducción de jornada a los instrumentos individuales o colectivos (norma similar a la incorporación automática del alza del IMM).
- **Asimismo, se alude como consideración general la prohibición de que, producto de la rebaja de jornada, la remuneración del trabajador sufra mermas. Ello no quiere decir, empero, que si producto de la reducción de jornada, un trabajador cuenta con menos horas o tiempos de trabajo para lograr metas, objetivos o premios que impliquen remuneraciones variables, éstas no se vean disminuidas, como probablemente ocurrirá. Lo que realmente se prohíbe es la rebaja proporcional de las remuneraciones fijas o de las bases de cálculo de las remuneraciones variables en base a las horas de rebaja de la jornada ordinaria semanal. El hecho de que las remuneraciones tanto fijas como variables se mantengan a pesar de la rebaja de jornada, es una apuesta conceptual de los fundamentos del ejecutivo en la tramitación de la ley, que consiste en argüir que al rebajar las horas de trabajo, la productividad debería aumentar; ello fue largamente debatido y rebatido en la tramitación legislativa.**
- Una tercera consideración general, se refiere a la posibilidad de que las empresas puedan ajustar la rebaja de jornada a 40 horas en forma anticipada a los plazos legales. Dicha posibilidad es importante tanto para optar también a la distribución de la jornada semanal en 4 días, como para acceder a una distribución basada en promedios por períodos de hasta 4 semanas. **Sin embargo, esta última posibilidad, que adquiere toda lógica en un marco de 40 horas, no es señalada expresamente por la DT en su dictamen, por lo que habrá de ser defendida judicialmente en caso de que una empresa opte por adelantar la rebaja completa y distribuir dichas 40 horas**

sobre la base de promedios en períodos de hasta 4 semanas y la Dirección del Trabajo objete dicha distribución.

- En seguida, el dictamen se ocupa-nuevamente en forma meramente descriptiva del tenor literal de la ley- de diferentes normas como las referidas a los requisitos para que operen los pactos de promediación de jornada, la situación por la que se debe revisar y volver a acordar la imputación de la hora de colación a la jornada laboral (art.6 transitorio), pactos de compensación de horas extraordinarias por días de descanso, derecho a optar por franjas horarias para el ingreso del trabajador a sus labores en caso de tener a su cuidado un menor de edad, y sistemas de registro electrónico de ingreso y salida del trabajador.
- Un último acápite que escapa a la mera descripción de la norma, es el referido a las modificaciones de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 22, sobre trabajadores excluidos de la limitación de jornada.

En este punto, y luego de describir someramente la norma, el órgano administrativo señala: *“Ahora bien, atendido el carácter restrictivo con el que deben interpretarse las causales de exclusión de limitación de jornada laboral, precisamente por su condición de excepciones, los Inspectores del Trabajo se pronunciarán tomando en especial consideración el principio de primacía de la realidad, vale decir que, en caso de discrepancia, se resolverá de acuerdo con los hechos más allá de lo que señalen los documentos.”*

En este punto cabe hacer la prevención de que la DT no ha calibrado adecuadamente que el cambio legal consiste en introducir la exención de límite de jornada en el ámbito del acuerdo de las partes, ya que cuando se alude a que los inspectores se pronunciarán sobre la base de la primacía de la realidad, omite o ignora que la naturaleza de los servicios es acordada por las partes en el contrato de trabajo (artículo 10 numeral 3 del Código del Trabajo), es decir se sustrae del juicio de valor que efectúa un inspector; ello queda refrendado, más aún, con la norma que determina que la impugnación de esta figura es enteramente a petición de una de las partes y no producto de la observación del inspector del caso.

2. DICTAMEN N° 82/03 DE 1 DE FEBRERO DE 2024.

Este segundo cuerpo legal se refiere a respecta a la participación que corresponde a los sindicatos en relación con los pactos sobre distribución de la jornada de trabajo sobre la base de un promedio semanal de cuarenta horas en un ciclo de hasta cuatro semanas y acerca de los acuerdos que pueden suscribirse por dichas organizaciones sindicales respecto de sus afiliados con el objeto de ampliar el tope semanal.

En este particular aspecto, nuevamente el Dictamen en comento asume un análisis meramente descriptivo del tenor literal de la norma, destacándose los siguientes puntos:

- Se reconoce que el pacto de promediación puede ser tanto de origen individual como colectivo. En caso de que el acuerdo sea con el sindicato, se pueden pactar aumentos de los topes semanales en el ciclo. En paralelo, también se pueden suscribir estos pactos con trabajadores no sindicalizados.
- Se reconocen los topes semanales de 45 horas en hasta dos semanas dentro del ciclo, o bien de hasta 52 horas ordinarias dentro del ciclo por dos semanas, en caso de acuerdo colectivo. **Es importante mencionar que la mejor posibilidad de organización de la jornada a través de acuerdo colectivo, radica en la celebración de un acuerdo marco de promediación de jornada, en el que se**

puedan ir organizando áreas o faenas en diversos turnos adecuados a la mantención de la productividad de la empresa.

- Se reconocen la posibilidad de pactar diversos tipos de alternativas de distribución semanal, en tanto el empleador comunique al trabajador con una semana de anticipación, los turnos o jornada en que se desempeñará el siguiente ciclo; no se requiere, por tanto, la celebración mes a mes, de acuerdos en tal sentido; y, dado que también se reconocen las alternativas de acordar excesos sobre 40 horas durante el ciclo con un tope de hasta 45 horas semanales (o 52 en caso de acuerdo colectivo), se permite, en consecuencia, que, por ejemplo, se puedan pactar un ciclo que termine en dos semanas de 45 horas y se reinicie a continuación otro ciclo también de 45 horas iniciales, dando continuidad a una jornada de 45 horas por 4 semanas consecutivas, resguardando los respectivos promedios.
- Es importante señalar también que en las semanas de menos horas ordinarias se pueden igualmente pactar jornadas extraordinarias conforme las reglas generales. Esto permitiría por ejemplo, establecer válidamente un ciclo de la forma siguiente:

S1	S2	S3	S4
45 HO.	45 HO	45 H (35 HO + 10HE)	45 H (35 HO + 10HE)

PROMEDIO EFECTIVO: 45 HORAS SEMANALES

3. DICTAMEN 84/04. EXCLUSIÓN DE LIMITACIÓN DE JORNADA. MEDIOS DE SUPERVISIÓN. SISTEMAS DE REGISTRO Y CONTROL DE ASISTENCIA.

Finalmente, la Dirección del Trabajo emitió con fecha 06 de febrero del presente año, un dictamen ante una consulta privada referida a trabajadores que se desempeñarían bajo la modalidad de teletrabajo, con autogestión y sin utilizar un sistema de registro y control de asistencia, particularmente en lo tocante a la nueva definición de trabajadores excluidos de la limitación de jornada señalados en el inciso segundo del artículo 22.

Aún cuando el cuerpo legal obedece a una consulta específica, podemos observar algunas líneas argumentales que son de interés al momento de aplicar la disposición del inciso segundo del artículo 22 del Código del Trabajo.

En una primera aproximación al tema, constatamos en que la Dirección del Trabajo se atrinchera en la doctrina de la primacía de la realidad para determinar si una labor se encuentra o no excluida del límite de jornada, omitiendo e ignorando que la nueva definición incorpora solo dos categorías de exención de límite de jornada: el trabajador que ejerce labores de administración o representación, y el trabajador que ha acordado que la naturaleza de las funciones a desarrollar no permiten eficientemente un control de las horas en entrada y salida.

Constata la aseveración anterior el hecho de que toda la línea argumental expuesta en este dictamen, se encuentra amparada por la jurisprudencia administrativa anterior a la ley, en circunstancias que dicha jurisprudencia no podía haber considerado la naturaleza de las funciones, simplemente porque dicho elemento no estaba consagrado en el texto legal y ahora sí lo está. En otras palabras, era plausible argumentar que la exención de límite de jornada se verificara por el principio de primacía de la realidad, porque: 1) No existía el elemento de acuerdo de las partes en torno a la naturaleza de las funciones y, 2) Porque la circunstancia de exención de límite de jornada era verificable de oficio, en circunstancias de que ahora, al depender del acuerdo las partes, obviamente se verifica solo por reclamo de una de ellas.

La estructura del razonamiento administrativo que consideramos totalmente errado, es la siguiente:

- *La regla general en materia de jornada laboral debe ser su formalización por la cantidad de horas pactadas contractualmente y, en consecuencia, la utilización de sistemas de registro y control de asistencia y horas de trabajo.*
- *A partir de la entrada en vigor del artículo 33 del Código del ramo, esto es, a partir del día 26.04.2024, los sistemas electrónicos de registro y control de asistencia y horas de trabajo deberán ajustar sus características y procesos a las condiciones que fije este Servicio mediante una resolución.*
- *La sola circunstancia de prestar servicios fuera del local, establecimiento o faena de la empresa, inclusive en otra región del país, no constituye un obstáculo para controlar la asistencia y horas de trabajo de un dependiente y, en general, para ejercer una fiscalización superior inmediata a través de medios electrónicos.*
- *Las causales de exclusión de limitación de jornada, atendida su naturaleza excepcional, deben ser interpretadas restrictivamente y de acuerdo con el principio de la primacía de la realidad.*
- *Cuando se requiera la opinión de los Inspectores del Trabajo, respecto de la aplicación de alguna de las situaciones descritas en el inciso 2° del artículo 22 del Código del ramo, la o las partes que soliciten dicha intervención deberán respaldar sus aseveraciones con antecedentes que den fe de sus argumentos, no bastando las meras solicitudes, declaraciones o acuerdos estampados documentalmente considerando la aplicación del principio de primacía de la realidad.*

A fin de derribar estas conclusiones, es preciso hacer un trabajo detallado para la determinación de la naturaleza de los servicios, especialmente en el caso de contrato nuevos a celebrarse por la empresa. Adquiere especial importancia la descripción detallada de uno o dos inconvenientes manifiestos que impliquen el control de jornada en ese puesto preciso; entre estos inconvenientes pueden describirse condiciones de conectividad, geográficas, funcionales, etc., arribando siempre a la conclusión de que *"... atendidas la naturaleza de las funciones y las condiciones en que éstas se desarrollarán descritas en la presente cláusula, las partes convienen y concluyen que no es adecuado al éxito de dichas funciones que éstas se encuentre sujetas al límite de una jornada regular, por lo que dichas funciones se ejecutarán en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del Código del Trabajo".*

FDR

&&&&&&&&&&