



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E29003 (1699) 2019

Jurídico

ORDINARIO N°: 2215 /

ACTUACIÓN:
Precisa doctrina.

MATERIA:
Medios de control. Registro y control de asistencia.

RESUMEN:
Atiende consultas sobre la legalidad del registro de asistencia y los medios utilizados por el empleador para controlar el ingreso de los trabajadores a dependencias de la empresa.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 12.06.2020 de Jefa de Departamento Jurídico y Fiscal (S).
2) Revisión de 26.02.2020 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
3) Presentación de 09.08.2019 de Sr. Edmundo Rebellado Allendes.

SANTIAGO, 28 JUL 2020

**DE : JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A : SR. EDMUNDO REBELLADO ALLENDES
PASAJE LOS PENSAMIENTOS N°404, VILLA NAVIDAD
PEDRO AGUIRRE CERDA**

Mediante presentación del antecedente 3), solicita a este Servicio un pronunciamiento jurídico, acerca de diversas consultas relacionadas con la utilización de un sistema electrónico de registro y control de asistencia, el cual operaría mediante una aplicación que se instala en los equipos celulares personales de trabajadoras que se desempeñan como promotoras en tiendas de la empresa Falabella Retail S.A.

Agrega que la consulta se refiere a trabajadoras externas a la citada empresa Falabella Retail S.A., cuyos empleadores varían dependiendo de los productos sujetos a las respectivas promociones.

En forma previa a emitir el pronunciamiento solicitado, resulta necesario indicar que este Servicio, a través de los dictámenes N°1140/27 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017, ha regulado las condiciones técnicas mínimas de operación de los sistemas de registro y control de asistencia computacionales.

Precisado lo anterior, es dable indicar que usted realiza las siguientes consultas:

1-. Si se ajusta a Derecho que una empleadora solicite a sus trabajadoras la instalación, en sus equipos móviles personales, de una aplicación destinada al registro y control de su asistencia.

A mayor abundamiento, señala que las marcaciones se realizarían ingresando el número de cédula de identidad de cada dependiente más una clave.

2-. Si se ajusta a Derecho que las trabajadoras mantengan activado el GPS de los equipos móviles durante toda la jornada laboral, con el fin de controlar sus desplazamientos.

3-. Si se ajusta a Derecho la obligación que tendrían los dependientes de tomarse una fotografía con sus equipos propios en sus lugares de trabajo, sosteniendo los productos que promocionan, la cual deberían enviar a continuación utilizando la aplicación Whatsapp a sus respectivos jefes.

4-. Si se ajusta a Derecho que las promotoras deban identificarse al ingresar a los recintos donde prestarán servicios, a través de un scanner destinado a leer sus cédulas nacionales de identidad.

En el mismo contexto, agrega que, si el sistema de control no reconoce los datos de las promotoras, ellas se verían impedidas de acceder a prestar servicios hasta que su empleador corrija la situación.

Ahora bien, y en forma previa a resolver sobre el particular, es del caso señalar que, atendido el carácter hipotético de lo planteado, las consultas formuladas serán atendidas en abstracto, vale decir, dando a conocer los criterios generales que este Servicio mantiene sobre la materia.

1. Con relación a su primera consulta, vale decir, si se encontraría ajustado a Derecho que una empleadora solicite a sus trabajadoras la instalación, en sus equipos móviles personales, de una aplicación destinada al registro y control de su asistencia, es dable señalar, en primer lugar, que de acuerdo con lo resuelto por este Servicio a través de los citados dictámenes N°1140/27 y N°5849/133, no existe inconveniente en que dichas plataformas electrónicas incorporen dentro de sus componentes aplicaciones para celulares, en la medida que el sistema completo se ajuste a las condiciones de certificación y autorización que los mismos pronunciamientos establecen.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de que la empleadora requiera la utilización de equipos portátiles propios de los trabajadores, debe indicarse que, en opinión de este Servicio, no existe inconveniente en que los dependientes asuman dicho compromiso en la medida que, evidentemente, se trate de un acto voluntario que se encuentre debidamente incorporado a los contratos o anexos individuales según corresponda. En efecto, en el caso consultado, los teléfonos celulares son artículos de propiedad de los trabajadores, por lo que sólo ellos pueden convenir en obligarse, por ejemplo, a dar determinado uso al equipo.

Con relación a los costos del plan de datos y el desgaste material de los equipos que la utilización de la aplicación en examen pudiera conllevar para los dependientes, cabe precisar que, por tratarse de una herramienta tecnológica destinada a que el empleador dé cumplimiento a la obligación legal establecida en el inciso primero del artículo 33 del Código del Trabajo, su instalación y empleo no pueden significar en modo alguno un gasto para las promotoras por las que se consulta.

De este modo, serán las partes de la relación laboral las que deberán acordar la suma que estiman adecuada para cubrir todo gasto que el uso del sistema pueda generar a cada trabajador la cual, a lo menos, debe compensar el consumo de datos móviles del dependiente. Por tratarse de una nueva asignación en dinero, la suma acordada debe ser incorporada a los contratos individuales de trabajo o a los anexos pertinentes.

Finalmente, debe hacerse presente que la misma libertad contractual debe permitir a las partes concordar en el resarcimiento de cualquier otro concepto derivado del uso de equipos electrónicos propios de los trabajadores, tales como: desgaste anticipado, renovaciones por incompatibilidad con la aplicación, seguros, etc.

Lo anterior guarda armonía con lo resuelto por esta Dirección mediante Ordinarios N°569 de 30.01.2018 y N°4257 de 03.09.2019.

2. Respecto de su segunda consulta, es decir, si se ajusta a Derecho que las trabajadoras mantengan activado el GPS de los equipos móviles durante toda la jornada laboral, con el fin de controlar sus desplazamientos, cabe precisar que esta Dirección ya se ha pronunciado sobre la materia a través de Ord. N°569 de 30.01.2018.

En efecto, de acuerdo con lo resuelto en el citado pronunciamiento, y teniendo en consideración las funciones que realizan las trabajadoras por las que se consulta, este Servicio no estima ajustado a Derecho un control horario permanente a través de la geolocalización, pues ello excede los fines de un sistema de registro de asistencia, transformándolo en un mecanismo de vigilancia.

A mayor abundamiento, debemos recordar que este Servicio, a través de dictamen N°2328/130 de 19.07.2002, ha señalado el *"reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales, así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial, lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control...sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad...debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo"*.

Por el contrario, la utilización de tales medios *"únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad"*.

Como puede apreciarse de los párrafos transcritos, las facultades inherentes al poder empresarial deben entenderse limitadas frente a los señalados derechos fundamentales de los dependientes. De este modo, no resulta ajustado a Derecho que el empleador intente, indirectamente, implementar un mecanismo de vigilancia bajo la excusa de tratarse de un sistema de registro de asistencia.

3. Acerca de su tercera consulta, vale decir, si se ajusta a Derecho la obligación que tendrían los dependientes de tomarse una fotografía con sus equipos propios en sus lugares de trabajo, sosteniendo los productos que promocionan, la cual deberían enviar a continuación utilizando la aplicación Whatsapp a sus respectivos jefes, es del caso indicar que la obligación de capturar una imagen, y posteriormente enviarla a través de una red de comunicación, en principio, no resultaría vulneratoria de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En efecto, la fotografía en sí misma constituye un documento electrónico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2°, letra d) de la Ley N°19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Ahora bien, respecto del contenido de dicho documento —fotografía— es dable deducir que busca reconocer a las promotoras mediante el reconocimiento facial de las mismas, práctica similar a la empleada con credenciales de identificación que cuentan también con una imagen del trabajador.

No obstante, resulta necesario indicar que el proceso de captura y envío posterior de la fotografía, en la especie, podría resultar no sólo redundante, si es que además las trabajadoras marcan en una aplicación móvil el inicio y término de su jornada, sino que,

además, podría crear información contradictoria en cuanto a la hora de registro de cada evento, dado que la jornada se debe iniciar y terminar a través de sólo una marcación.

Sin embargo, la información que se ha tenido a la vista para la confección del presente informe resulta insuficiente para emitir una opinión concreta sobre la materia.

4. Finalmente, consulta si se ajusta a Derecho que las promotoras deban identificarse al ingresar a los recintos donde prestarán servicios, a través de un scanner destinado a leer sus cédulas nacionales de identidad, agregando que, si el sistema de control no reconoce los datos de las promotoras, ellas se verían impedidas de acceder a prestar servicios hasta que su empleador corrija la situación.

Sobre la materia, es necesario indicar lo siguiente:

4.1.- Control de acceso: Los mecanismos destinados a la verificación de identidad de las personas que ingresan a una oficina o establecimiento, por razones de capacidad, seguridad, etc., se enmarcan en las facultades de organización empresarial que detentan los empleadores por lo que ellos, por regla general, no forman parte del ámbito laboral. Sin embargo, el medio de control utilizado sí tendrá relevancia en el contexto de la relación laboral, cuando vulnere o afecte de alguna manera los derechos fundamentales de los trabajadores.

Lo señalado guarda armonía con lo resuelto por esta Dirección a través de Ord. N°1592 de 02.05.2019.

4.2.- Respecto de la utilización de las cédulas nacionales de identidad de las trabajadoras, como mecanismo de reconocimiento para autorizar su ingreso a un recinto, cabe indicar que, precisamente, la función principal de dichos instrumentos públicos es la de acreditar la identidad de una persona por lo que, en consecuencia, no se advierten inconvenientes jurídicos en que los empleadores requieran dichos instrumentos para permitir el acceso de una persona a una oficina o establecimiento.

Sin embargo, cabe precisar que, si un trabajador se viere impedido de prestar servicios por razones ajenas a su voluntad, como sería que su empleador, contratista, no le hubiere proporcionado al mandante los datos de sus trabajadores o estos no hubieran sido enrolados en el sistema de control, los dependientes no debieran sufrir descuentos en sus remuneraciones atendida su falta de responsabilidad en tal proceso administrativo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Ud., lo siguiente:

1-. No existe inconveniente para que los dependientes instalen en medios tecnológicos de su propiedad una aplicación para el desarrollo de sus funciones, en la medida que tal modalidad de trabajo haya sido expresamente acordada por las partes en el respectivo contrato de trabajo o anexo. Asimismo, las partes son libres de pactar las condiciones de uso de los equipos y cualquier costo que deba resarcir la empleadora.

2-. Teniendo en consideración las funciones que realizan las trabajadoras por las que se consulta, este Servicio no estima ajustado a Derecho su control horario permanente a través de la geolocalización, pues ello excede los fines de un sistema de registro de asistencia, transformándolo en un mecanismo de vigilancia.

3. No existe inconveniente en que las trabajadoras, desde su lugar de prestación de servicios, envíen una fotografía a sus empleadores acreditando de tal manera que ya se encuentran en sus puestos de trabajo. Sin embargo, si tales documentos pretenden ser utilizados como parte de un sistema de registro y control de asistencia, el mecanismo completo debe ajustarse a lo dispuesto por esta Dirección en los dictámenes N°1140/27 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017.

4.1-. Control de acceso: Los mecanismos destinados a la verificación de identidad de las personas que ingresan a una oficina o establecimiento, por razones de capacidad, seguridad, etc., se enmarcan en las facultades de organización empresarial que detentan los empleadores por lo que ellos, por regla general, no forman parte del ámbito laboral. Sin embargo, el medio de control utilizado sí tendrá relevancia en el contexto de la relación laboral, cuando vulnere o afecte de alguna manera los derechos fundamentales de los trabajadores.

4.2-. Respecto de la utilización de las cédulas nacionales de identidad de las trabajadoras, como mecanismo de reconocimiento para autorizar su ingreso a un recinto, cabe indicar que, precisamente, la función principal de dichos instrumentos públicos es la de acreditar la identidad de una persona por lo que, en consecuencia, no se advierten inconvenientes jurídicos en que los empleadores requieran dichos instrumentos para permitir el acceso de una persona a una oficina o establecimiento.

Sin embargo, cabe precisar que, si un trabajador se viere impedido de prestar servicios por razones ajenas a su voluntad, como sería que su empleador, contratista, no le hubiere proporcionado al mandante los datos de sus trabajadores o estos no hubieran sido enrolados en el sistema de control, los dependientes no debieran sufrir descuentos en sus remuneraciones atendida su falta de responsabilidad en tal proceso administrativo.

Saluda atentamente a Ud.,


SONIA MENA SOTO
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




JSP/RGG
Distribución:
- Jurídico
- Partes