



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E187881 (1944) 2023

84 04

DICTAMEN N°: 171

MATERIA:

Jornada de Trabajo. Exclusión de limitación de jornada.
Medios de supervisión. Sistemas de registro y control
de asistencia.

RESUMEN:

1-. 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.

2-. 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.

3-. 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.

4-. 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.

5-. Cuando se requiera la opinión de las y los Inspectores del Trabajo, respecto de la aplicación de alguna de las situaciones descritas en el inciso 2º 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.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 22.01.2024 de Jefa (S) de Departamento Jurídico.
- 2) Instrucciones de 13.09.2023 de Jefa (S) de Departamento Jurídico.
- 3) Presentación de 27.07.2023 de Sra. Ignacia Kollar Cárdenas.

FUENTES:

Ley N°21.561 que modifica el Código del Trabajo con el objeto de reducir la jornada laboral; artículos 4º inciso 1º, 22 inciso 2º, 33º y 152 quáter J inciso 2º, todos del Código del Trabajo.

CONCORDANCIAS:

Dictámenes 2091/125 de 18.04.1986; N°576/8 de 17.01.91; N°7313/246 de 11.11.91, N°2195/071 de 14.04.92; N°2328/130 de 19.07.2002; N°4341/164 de 20.10.2003; N°3441/72 de 20.08.2008; N°4936/92 de 16.11.2010; N°2927/58 de 28.12.2021 y N°81/02 de 01.02.2024.

SANTIAGO, 06 FEB 2024

DE : DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

A : [REDACTED]
ignacia.kollar@mintrabajo.cl

Mediante su presentación del antecedente 3), usted ha solicitado un pronunciamiento de este Servicio respecto de la extensión de los efectos del nuevo inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo introducido por la Ley N°21.561.

A mayor abundamiento, señala en su presentación que la consulta se refiere a trabajadores que se desempeñarían bajo la modalidad de teletrabajo, con autogestión y sin utilizar un sistema de registro y control de asistencia.

Precisado lo anterior, es necesario indicar que la consulta efectuada requiere el análisis no sólo de los efectos del nuevo inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo, sino también del texto del nuevo artículo 33 del mismo cuerpo legal, también incorporado por la Ley N°21.561, referidos, respectivamente, a las causales de exclusión de limitación de jornada laboral y los medios de control horario de los trabajadores, materias estrechamente relacionadas.

En el mismo sentido, cabe señalar que, con el objetivo de facilitar su comprensión, nos referiremos primero al nuevo texto del artículo 33 del Código del Trabajo, por constituir el control de la jornada la regla general en materia laboral.

A continuación, se analizará el inciso 2º del artículo 22 por cuanto este precepto viene a plasmar, precisamente, las excepciones que ha contemplado el legislador para el citado artículo 33, es decir, se efectuará el examen de las disposiciones desde lo general a lo particular.

Precisado lo anterior, cúmpleme informar a usted lo siguiente:

1-. Artículo 33 del Código del Trabajo.

El nuevo precepto se estructura en torno a los siguientes tres incisos:

El empleador tiene el deber de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias. Estará obligado a llevar un libro de asistencia del personal, un reloj control con tarjetas de registro o un sistema electrónico de registro.

Una resolución del Director del Trabajo, que se publicará en el Diario Oficial, establecerá y regulará las condiciones y requisitos que deberán cumplir los sistemas electrónicos de registro y control de asistencia y horas de trabajo correspondientes al servicio prestado, el que será uniforme para una misma actividad.

La Dirección del Trabajo, a petición de parte, se pronunciará respecto de si un determinado sistema electrónico se ajusta a las condiciones establecidas en la referida resolución, lo que habilitará su utilización.

Sobre el citado precepto, es posible señalar:

1.1-. Análisis del texto del inciso 1º del artículo 33:

1.1.a) Formalización de la jornada laboral: Tal como se indica en el Dictamen N°81/02 de 01.02.2024, dado que la regla general en la relación laboral es que las partes establezcan contractualmente un lapso determinado durante el cual los dependientes se obligan a prestar sus servicios personales, es del todo coherente que el legislador, al modificar el artículo 33, haya mantenido vigente la obligación de los empleadores de llevar un sistema de registro y control de asistencia y las horas de trabajo.

En efecto, no puede sino estimarse que el adecuado control del cumplimiento de la jornada de trabajo conduce, inexorablemente, a relaciones laborales más simétricas y transparentes, toda vez que en este escenario el dependiente siempre sabrá qué lapso debe dedicar a sus labores para devengar su remuneración y, a su vez, el empleador, tendrá certeza de pagar esta última por el cumplimiento íntegro de la jornada pactada en el contrato individual.

A mayor abundamiento, debemos recordar que el legislador ha consagrado el principio de certeza de la jornada en el artículo 10 N°5 del Código del ramo, erigiendo la determinación del tiempo que debe dedicar el dependiente a la prestación de sus servicios personales, como una de las cláusulas mínimas del contrato de trabajo.

Tal es la importancia de la determinación de la jornada de trabajo que el legislador, mediante la Ley N°21.561, ha limitado las excepciones de exclusión de ella contempladas en el actual inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo. Lo que es coherente con la amplitud de nuevos mecanismos más adaptables de distribución de jornada, como los establecidos en el nuevo artículo 22 bis.

En el mismo sentido, podemos indicar que el derecho a la banda horaria¹ establecida en el nuevo artículo 27 del Código del ramo requiere, evidentemente, de la fijación previa de una jornada laboral y la utilización de un sistema de registro y control de asistencia. Lo mismo, opera respecto de la nueva distribución semanal mínima de cuatro días del artículo 28.

La importancia de la determinación de jornada es considerada por el legislador además expresamente en el artículo 42 letra a) del Código del ramo el cual, en lo pertinente, prescribe que:

...se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador...

Dicho de otro modo, la utilización de sistemas de registro y control de asistencia y horas de trabajo, lejos de representar simplemente el cumplimiento de una obligación legal de los empleadores, se erige como un elemento esencial en la búsqueda de la disminución de la informalidad laboral, caracterizada por la precariedad y falta de certeza en el ejercicio de los legítimos derechos de los trabajadores.

Por las mismas razones, esta Dirección ha ido paulatinamente modificando la normativa administrativa respecto de los sistemas de registro y control de asistencia electrónicos (desde el Dictamen N°696/27 de 24.01.1996, luego con el Dictamen N°1140/027 de 24.02.2016, complementado posteriormente por el Dictamen N°5849/133 de 04.12.2017, hasta el estatuto actual contenido en el Dictamen N°2927/58 de 28.12.2021), los cuales hoy, por ejemplo, exigen que los trabajadores siempre cuenten con un comprobante de cada actividad y acceso en línea a la información, elementos que buscan materializar el ejercicio de sus derechos asociados al cumplimiento de la jornada, pago de horas extraordinarias, etc.

Además, el uso de herramientas tecnológicas en el ámbito del control de jornada ha posibilitado su expansión hacia actividades que permanecían excluidas de dicha forma de fiscalización superior, exclusivamente, debido a la data de la normativa legal.

¹ La disposición consagra el derecho de los trabajadores padres y madres de niños de hasta doce años y las personas que tengan el cuidado personal de aquellos, para que puedan anticipar o retrasar, hasta en una hora, el inicio de sus labores.

Así, por ejemplo, el Ord. N°1515 de 28.04.2020, en lo pertinente, ya señalaba que la sola circunstancia de prestar servicios fuera del local o establecimiento no constituye un obstáculo para controlar la asistencia y horas de trabajo de un dependiente, siempre que el trabajador esté sujeto a cumplimiento de jornada de trabajo.

Refuerza la conclusión señalada la modificación introducida por la ley N°21.561 al artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, al limitar la exención de jornada sólo a aquellos casos que coincidan con las situaciones previstas en el artículo 22 inciso 2º del mismo cuerpo normativo, según se verá más adelante.

1.1.b) Cada empleador debe mantener sólo un sistema de registro y control de asistencia y horas de trabajo: Se trata de una obligación de larga data que busca materializar y evidenciar el cumplimiento de la jornada a través de un medio verificable, como un libro o una plataforma electrónica.

En el mismo sentido se ha pronunciado invariablemente la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, cuya doctrina vigente se encuentra contenida en el Dictamen N°2927/58 de 28.12.2021, cuyo N°3.20, dispone:

Compatibilidad con otros sistemas de control de asistencia: Cada empleador debe llevar un solo tipo de sistema de registro y control de asistencia, es decir, un mecanismo único para todos los dependientes, el cual puede ser digital o en soporte de papel.

Todo lo señalado resulta esencial para el correcto ejercicio de las facultades fiscalizadoras de este Servicio, pues la aceptación de diferentes fuentes de información para la acreditación del cumplimiento de una misma obligación conduce invariablemente a confusiones e incertezas de los derechos de las partes.

1.1.c) Sistemas de registro y control de asistencia en soporte de papel: Los empleadores podrán dar cumplimiento a la obligación de llevar el registro y control de la asistencia y horas de trabajo a través de un libro en soporte de papel, el cual como mínimo deberá estar foliado, es decir, formar un solo ejemplar con una tapa y contratapa, que sus hojas sean numeradas correlativamente, además de estar cocidas o pegadas, de manera que no puedan ser reemplazadas sin dañar el volumen (aplica Dictamen 2091/125 de 18.04.1986), en el cual se deberá registrar la información requerida por el Decreto Supremo N°969, de 1933, del Ministerio del Trabajo.

1.2-. Sistemas de registro y control de asistencia electrónicos: Análisis del inciso 2º del artículo 33:

El inciso 2º de la disposición en examen pone de manifiesto el especial énfasis que el legislador ha puesto en la utilización de los sistemas de registro y control de asistencia electrónicos reconociendo su existencia y, además, confiriendo atribuciones expresas a este Servicio para determinar a través de una resolución los requisitos que las plataformas deben cumplir en el ámbito laboral.

Ahora bien, respecto del mismo mandato del inciso 2º, es necesario indicar que, en los últimos años, la tendencia jurisprudencial de este Servicio ha apuntado a la estandarización y homologación de los sistemas electrónicos a través del desarrollo de una regulación administrativa única para todas las plataformas.

Lo anterior, con el objetivo de simplificar su utilización; mejorar la calidad y cantidad de los datos proporcionados por los sistemas; y, asimismo, aumentar la cobertura de los procesos de fiscalización de la Dirección del Trabajo al poder requerir y examinar información de manera remota.

En tal sentido, es dable señalar que, sin perjuicio de mantener y potenciar el trabajo conducente hacia un estándar tecnológico y jurídico único, simple y conocido para las plataformas de que se trata, se efectuarán los ajustes pertinentes cuando una actividad económica, por sus particularidades, requiriera de la dictación de normas especiales, como ocurre, por ejemplo, con la Resolución Exenta N°686 de 01.07.2022, que establece el sistema obligatorio de registro y control de asistencia, horas de trabajo, descansos, y determinación de remuneraciones del personal embarcado.

En efecto, si bien el citado acto administrativo comparte la mayor parte de la regulación general de estos sistemas, contiene algunas adaptaciones particulares en consideración a la especial forma en que se prestan los servicios personales en dicha actividad económica.

Finalmente, respecto de este punto, es necesario señalar que el inciso 2º del artículo cuarto transitorio de la Ley N°21.561, dispone:

Asimismo, las autorizaciones otorgadas relativas a sistemas especiales de control de asistencia y determinación de las horas de trabajo se mantendrán vigentes mientras cumplan los requisitos fijados por el Director del Trabajo en la resolución a la que se refiere el artículo 33 del Código del Trabajo.

En virtud de lo señalado en el texto transrito, se mantendrán vigentes las autorizaciones de sistemas especiales de registro y control de asistencia, jornada y descansos, por ejemplo, las relacionadas con la precitada Resolución Exenta N°686 de 01.07.2022, que hayan sido emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo artículo 33 del Código del Trabajo.

1.3.- Pronunciamiento Administrativo respecto de los sistemas de registro y control de asistencia electrónicos: Análisis del inciso 3º del artículo 33:

Guardando la coherencia normativa dentro del mismo precepto, en el inciso 3º de la disposición, el legislador ha complementado el mandato del inciso 2º, dotando a la Dirección del Trabajo de la facultad de establecer, a petición de parte, que sistemas se ajustan a la normativa técnica correspondiente.

Las formalidades de la respectiva solicitud de pronunciamiento, las evidencias que se deben incorporar para acreditar el acatamiento de los requisitos, documentos que se deben acompañar, etc., se detallarán en la resolución a que se refiere el inciso 2º del artículo 33.

2-. Artículo 22 inciso 2º del Código del Trabajo.

Respecto de esta norma, y a modo de preámbulo, se estima relevante destacar, en primer término, que la existencia de una jornada laboral constituye un derecho social reconocido en la letra d) del artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Chile en 1972, en los siguientes términos:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" de 1988, firmado por Chile en 2001, establece en su artículo 7, letra g):

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;

Precisado lo anterior, y con la finalidad de comprender el real alcance de la modificación legal de que se trata, resulta necesario comparar la norma vigente con el nuevo texto, identificando los cambios introducidos.

En dicho orden de cosas, el inciso 2º del artículo 22, actualmente vigente y previo a las modificaciones incorporadas por la Ley N°21.561, contempla las siguientes causales de exclusión de limitación de jornada de trabajo:

- a) Los trabajadores que prestan servicios a distintos empleadores;
- b) Los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata;
- c) Los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos;

d) Los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

Respecto de la causal de la letra a) es dable inferir que, atendida la data de la disposición, el legislador estimó que la prestación de servicios a diferentes empleadores dificultaría el cálculo de la jornada de cada uno, pues cada fiscalización tendría información incompleta o parcial.

A su vez, de la simple lectura de las excepciones citadas, podemos apreciar que las hipótesis contempladas en las letras c) y d), responden a un criterio meramente geográfico, el cual ampara o justifica la imposibilidad de ejercer un control sobre la asistencia o permanencia de los trabajadores exclusivamente por la ubicación del lugar en el cual deben prestar sus servicios personales.

Este criterio, totalmente comprensible si se considera la antigüedad de la disposición, hoy carece de asidero jurídico como fuente material pues, como ya hemos señalado, en la actualidad existen medios tecnológicos adecuados para controlar la asistencia y permanencia en casi todas las actividades laborales, debiendo advertir que el actual desarrollo de estas herramientas incluso otorgan diversos mecanismos para que el empleador pueda controlar el desempeño e incluso la productividad de las y los trabajadores.

En efecto, el actual nivel de desarrollo y masificación de los medios tecnológicos resulta contradictorio con una eventual tendencia injustificada de calificar, a priori, a un trabajador como exento de limitación de jornada por el solo hecho de prestar servicios en un lugar físico diferente al de su jefe o superior inmediato. Conclusión congruente, como veremos más adelante, con el nuevo texto del inciso 2º del artículo 22.

En este sentido, el rol de las herramientas tecnológicas para alcanzar el debido cumplimiento del derecho a la jornada laboral es de tal importancia que ha motivado al legislador a derogar el inciso 4º del artículo 22 del Código del Trabajo, que establecía que “(...) 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.”

A mayor abundamiento, esta Dirección, atendiendo al estándar de desarrollo tecnológico actual, ya había previsto y regulado una serie de situaciones en las cuales, un trabajador que presta servicios fuera del establecimiento, incluso sin comunicación con el empleador, puede estar sujeto a un sistema de control o vigilancia, por ejemplo:

I) Resolución Exenta N°1081 de 23.09.2005, que establece un sistema único de control de asistencia, horas de trabajo y determinación de las remuneraciones para los trabajadores que laboran a bordo de los vehículos destinados al transporte interurbano de pasajeros y de servicios interurbanos de transporte de pasajeros.

II) Resolución Exenta N°1213 de 16.10.2009 que establece sistema obligatorio de control de asistencia, de las horas de trabajo y de descanso y de la determinación de las remuneraciones para los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana.

III) Dictamen N°2927/58 de 28.12.2021, el cual formaliza y regula la utilización del GPS como parte integrante de un sistema de control de asistencia y horas de trabajo. Además, contempla la posibilidad de uso de aplicaciones para teléfonos móviles.

Más recientemente, la ley N°21.220 que modificó el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, ha señalado en el inciso 2º del artículo 152 quáter J, lo siguiente:

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 corresponda², 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.

La norma citada vino a confirmar que el distanciamiento físico entre las partes de la relación laboral ya no era un obstáculo para ejercer algún tipo de vigilancia o control sobre los dependientes.

En el mismo orden de ideas, es del caso indicar que la excepción a que hace referencia el inciso cuarto del artículo 152 quater J, referida a la exclusión de jornada en el teletrabajo, debe entenderse circunscrita, a partir de la entrada en vigencia del nuevo artículo 22, exclusivamente a quienes se encuentren en alguna de las causales de exclusión de limitación de jornada de trabajo que el mismo precepto establece.

A su vez, es necesario hacer presente que el texto de la citada letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, en lo sustancial, indica:

...se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador

No obstante, interpretando sistemáticamente el precepto transcritto con las demás normas de la Ley N°21.561, no puede sino concluirse que la alusión de la disposición en análisis al distanciamiento geográfico entre las partes como causal de exclusión de limitación de jornada sólo podrá referirse, a partir de la entrada en vigencia del nuevo artículo 22, exclusivamente a aquellos trabajadores que “**por la naturaleza de sus funciones**” no puedan encontrarse sujetos a fiscalización superior del empleador.

² El destacado es nuestro.

Por último, la causal de exclusión individualizada en la letra b) precedente puede, a su vez, dividirse en dos partes; una referida a quienes detenten ciertos cargos de confianza o alta responsabilidad; y, la segunda, asociada genéricamente a "...*todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata*";. El análisis de ambas se realizará con más detalle en los párrafos que siguen a propósito de la nueva disposición.

Precisado lo anterior, a continuación, corresponde abordar el nuevo inciso 2º del artículo 22 introducido por la Ley N°21.561, cuyo texto es el siguiente:

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios como gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata en razón de la naturaleza de las labores desempeñadas. En caso de controversia y a petición de cualquiera de las partes, el Inspector del Trabajo respectivo resolverá si esa determinada labor se encuentra en alguna de las situaciones descritas. De su resolución podrá recurrirse ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

De la lectura del precepto, es posible advertir que su análisis exegético requiere dividirlo en dos partes:

2.1-. Causales de exclusión de limitación de jornada laboral: En esta materia, el legislador ha restringido la presunción de falta de control o fiscalización, por una parte, para aquellos dependientes que usualmente desempeñan cargos de confianza o alta responsabilidad y que, por lo mismo, normalmente representan al empleador y, por la otra, a todos aquellos trabajadores que prestan servicios personales sin fiscalización superior inmediata en razón de la naturaleza de las labores desempeñadas. Así las cosas, resulta esencial responder las siguientes interrogantes:

2.1.1-. ¿Qué debemos entender por gerentes, administradores o apoderados con facultades de administración?: Sobre el punto, debemos tener en consideración, en primer término, lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 4º del Código del Trabajo, cuyo texto, prescribe:

Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.

Del texto transscrito, es posible advertir que al hablar en singular la norma resalta que no puede tratarse de la generalidad o grupos amplios de trabajadores, sino que, por el contrario, muy pocas personas en cada compañía acceden a tal nivel jerárquico.

Además, y reforzando la particular naturaleza del vínculo de estos trabajadores con sus empleadores, el precepto indica que su capacidad de representación en materia laboral se presume de derecho, vale decir, no admite prueba en contrario.

A su vez, el inciso 1º del artículo 305 del Código del Trabajo establece los criterios que permiten excluir a un dependiente de un proceso de negociación colectiva, en los siguientes términos:

Trabajadores impedidos de ejercer el derecho a negociar colectivamente, forma y reclamo de esta condición. No podrán negociar colectivamente los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. En la micro y pequeña empresa esta prohibición se aplicará también al personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando.

La norma transcrita asocia expresamente la función gerencial a la concurrencia de dos factores; i) disponer de facultades de representación del empleador y; ii) encontrarse dotados de facultades generales de administración.

En concordancia con lo indicado en los párrafos anteriores, el precepto en examen presume que, tanto la representación del empleador como las facultades de administración, son inherentes a los cargos gerenciales y subgerenciales lo cual, a su vez, resulta consistente con el uso de tales puestos de trabajo como ejemplos de personal excluido de la posibilidad de negociar colectivamente.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, tratándose el derecho a negociar colectivamente de una prerrogativa esencial de los trabajadores, cuya pérdida irroga perjuicios directos a su posibilidad de pactar futuras mejoras en las condiciones laborales, no puede sino concluirse que, interpretando el mismo precepto de acuerdo al principio pro-operario, sólo muy excepcionalmente puede proceder la privación de dicha facultad.

Asimismo, la parte final del mismo inciso señala que; "En la micro y pequeña empresa esta prohibición se aplicará también al personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando", con lo cual el legislador se hace cargo de la realidad estructural de este tipo de compañías las cuales, por su tamaño, usualmente, no mantienen cargos de gerencias generales o subgerencias, sino sólo jefaturas o administradores, etc.

Del análisis expuesto, el cual resulta armónico con lo señalado en el cuerpo del presente informe, es posible inferir que la aplicación de las causales de exclusión de limitación de jornada laboral debe entenderse como una situación anómala y de excepción, no pudiendo en ningún caso transformarse en la regla general de una empresa.

2.1.2.- ¿Qué servicios o funciones, por su naturaleza, excluirían per se la posibilidad de que el empleador ejerza algún tipo de fiscalización, control o vigilancia respecto de los trabajadores?:

Habiendo clarificado que el criterio de ubicación o situación geográfica de la prestación de los servicios como causal de exclusión de limitación de jornada, ha sido abandonado expresamente por el legislador al suprimir justamente las hipótesis que hacían referencia a dicho respecto, sólo quedaría como alternativa la posibilidad de que algún servicio o función, por su naturaleza, presente un impedimento de tal entidad que inhiba la utilización de cualquier medio de supervisión o control lícito.

Sobre el punto, es dable precisar que la determinación de este supuesto se trata de una cuestión eminentemente casuística, de modo que se deberá sustentar con información verificable la existencia de la citada imposibilidad, no bastando, evidentemente, una simple declaración o solicitud al respecto, considerando la aplicación del principio de primacía de la realidad.

2.1.3-. ¿Qué circunstancias o hechos configuran el ejercicio de una vigilancia o supervisión, más allá de la asistencia y horas trabajadas?: respecto a los tipos de control a que pueda estar sujeto el dependiente, cabe precisar que estos son variables y dependerán de múltiples factores; como los medios utilizados o la finalidad de la supervisión.

Así, a modo ejemplar, podemos mencionar; los controles asociados al cumplimiento de normativas relacionadas con la salud ocupacional (Prevención de riesgos, exámenes de trabajo en altura, uso de elementos de protección personal, etc.); controles sanitarios (por ejemplo, toma de temperatura relacionada con el Covid19), controles de productividad (entrega de informes, estados de avance, asistencia a reuniones de evaluación, etc.), controles de seguridad (acceso a recintos o áreas peligrosas, descartar el consumo de alcohol o drogas y la utilización de maquinarias o conducción de vehículos, etc.), control de asistencia y horas de trabajo, etc.

Lo señalado, es particularmente relevante en su relación con lo dispuesto, en lo pertinente, por el citado artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, cuyo texto, señala que: "...se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente..."

Dicho de otro modo, la utilización de un sistema de registro y control de asistencia no es la única manera de acreditar la existencia de una jornada laboral.

Ahora bien, en el mismo orden de ideas, la jurisprudencia de esta Dirección contenida, entre otros, en los Dictámenes N°2328/130 de 19.07.2002, N°4936/92 de 16.11.2010 y N°3441/72 de 20.08.2008, ha señalado invariablemente que, tanto el mecanismo de control implementado por razones técnico - productivas o de seguridad como el accidental de la actividad del trabajador, sólo pueden resultar lícitos en la medida que se cumplan los requisitos generales de ese tipo de medidas y, además, con algunas condiciones singulares relacionadas con el medio empleado.

En cuanto a los aludidos requisitos generales de toda medida de control el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, dispone que ellos:

- 2.1.3.1) Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa;
- 2.1.3.2) Sólo pueden ejecutarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral;
- 2.1.3.3) Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir, no debe tener un carácter discriminatorio; y
- 2.1.3.4) Debe respetarse la dignidad del trabajador.

Por lo tanto, es posible considerar como manifestaciones del ejercicio de las facultades de dirección y/o administración u organización del empleador, según lo dispuesto en el citado artículo 4 del Código del ramo, la implementación y/o ejecución de cualquier medida de control o supervigilancia realizada directa o indirectamente, sea por medios físicos, electrónicos o mecánicos, dirigida a verificar o determinar el cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales del trabajador, las cuales deberán respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 5 inciso 1º del Código del Trabajo.

Por otra parte, la uniforme y reiterada doctrina del Servicio, contenida, entre otros, en los Dictámenes; Nº576/8 de 17.01.91; Nº7313/246 de 11.11.91, Nº2195/071 de 14.04.92, Nº4341/164 de 20.10.2003, ha precisado que existe fiscalización superior inmediata cuando concurren los siguientes requisitos copulativos:

- 2.1.3.5) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados;
- 2.1.3.6) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento, y;
- 2.1.3.7) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito éste que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.

Sin embargo, en la actualidad, atendida la irrupción de nuevas tecnologías aplicadas al ámbito laboral, la conceptualización de la fiscalización superior inmediata debe ampliarse para recoger nuevos elementos, pues hoy es posible encontrar algunas formas de vigilancia, en los términos tradicionales de crítica o enjuiciamiento al trabajo desempeñado, no realizadas ya por personas de rango superior dentro de la compañía, sino, por medios de tecnológicos a través de los cuales se ejerce la supervisión o control de los servicios prestados.

2.1.3.8) Advirtiéndose, como se indicó, la necesidad de actualizar la doctrina institucional de este Servicio respecto de la concepción de fiscalización superior inmediata se estima indispensable precisar que se entenderá que nos encontramos frente a ella cuando concurran, copulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.
- b) Que la supervisión o control sea ejercida por; i) personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento o; ii) medios automatizados sin intervención humana.
- c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito éste que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor. Proximidad que ya no debe agotarse sólo en cercanía física o espacial, sino que ampliarse a todas las posibilidades de supervisión y control que permiten el desarrollo tecnológico.

2.2-. Procedimiento para la resolución de controversias surgidas de la aplicación de la exclusión de limitación de jornada. En este punto, es necesario recordar que el inciso 2º del artículo 22, introducido por la Ley N°21.561, en lo pertinente, prescribe:

...En caso de controversia y a petición de cualquiera de las partes, el Inspector del Trabajo respectivo resolverá si esa determinada labor se encuentra en alguna de las situaciones descritas. De su resolución podrá recurrirse ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

De este modo, si se produjera una diferencia respecto de la aplicación o procedencia de una causal de exclusión de limitación de jornada para un determinado cargo o función, cualquiera de las partes podrá dirigirse a la oficina comunal o provincial que corresponda de acuerdo con el lugar de prestación de los servicios, a fin de que el respectivo Inspector del Trabajo resuelva el conflicto.

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, frente a esta Dirección no bastará con invocar la denominación convencional que un contrato haga de las funciones de un dependiente, sino que la calidad de gerente, administrador o apoderado con facultades de administración y/o dirección, según lo dispuesto en el citado artículo 4 del Código del ramo, deberá responder al principio de primacía de la realidad, vale decir que, en caso de discrepancia, los Inspectores del Trabajo deberán resolver de acuerdo con los hechos más allá de lo que señalen los documentos.

Finalmente, señala la disposición que lo resuelto por el Inspector del Trabajo podrá ser recurrido ante el juez competente dentro de quinto día de notificada la resolución del primero. En este caso, para mayor celeridad, el tribunal resolverá en única instancia, sin forma de juicio, y oyendo a las partes.

En este mismo sentido, se debe prevenir que como ocurre con otras disposiciones del Código del Trabajo, a modo de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 12 del referido cuerpo normativo, atendido el carácter irrenunciable de los derechos laborales, el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 22 inciso 2º implicará la respectiva sanción por parte de la Inspección del Trabajo.

Asimismo, dado el carácter indisponible de los derechos, se advierte de la disposición que no existe impedimento para que el trabajador o trabajadora denuncie directamente una vulneración a los presupuestos establecidos en el precepto en comento, circunstancia en que se entenderá que existe controversia, salvo que el empleador se allane a dicha reclamación.

3-. Vigencia. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1º del artículo primero transitorio de la Ley N°21.561, tanto el inciso 2º del artículo 22 como el artículo 33 del Código del Trabajo, comenzarán a regir en el plazo de un año contado desde su publicación en el Diario Oficial.

Ahora bien, atendido que el cuerpo normativo de que se trata fue publicado en el Diario Oficial el día 26.04.2023, las aludidas disposiciones comenzarán a regir a partir del día 26.04.2024.

En conclusión, sobre la base de las normas legales citadas, jurisprudencia administrativa invocadas y consideraciones formuladas, cumple con informar a usted, respecto del inciso 2º del artículo 22 y el artículo 33, ambos del Código del Trabajo, introducidos por la Ley N°21.561, lo siguiente:

1-. 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.

2-. 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.

3-. 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.

4-. 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.

5-. Cuando se requiera la opinión de los Inspectores del Trabajo, respecto de la aplicación de alguna de las situaciones descritas en el inciso 2º 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.

Saluda a Ud.,



PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO
DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO



NPS/GMS/RCG

Distribución:

- Jurídico – Partes - Control;
- Boletín
- Dptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Ministro del Trabajo y Previsión Social (S)
- Sr. Subsecretario del Trabajo