

INFORME N.º10 /2024

DE : ASESORÍAS PIMENTEL LTDA.

FECHA : 7 de febrero de 2024

REF: Dictamen N° 84/4 de 6 de febrero de 2024, Dirección del Trabajo.

“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 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 la realidad.”

La Dirección del Trabajo del Trabajo, en el marco de las modificaciones introducidas por la ley N° 21.561 al Código del Trabajo para, entre otros objetivos, reducir la duración de la

jornada laboral a 40 horas semanales, emitió el dictamen N° 84/4 de 6 de febrero de 2024, cuyas conclusiones se transcribieron en la referencia, texto que se adjunta.

El dictamen aborda, entre otras materias, los sistemas de registros de asistencia y horas de trabajo y la situación de los dependientes que no están afectados a limitación de jornada de trabajo, cuyos principales aspectos son los siguientes :

1) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

Se establece en este punto que la duración y distribución de la jornada de trabajo debe pactarse expresamente por las partes en el respectivo contrato de trabajo, y para su control y determinación se requiere que se utilicen los sistemas de control asistencia y de las horas de trabajo implementados en la respectiva empresa.

Luego se agrega que el empleador, solo puede **tener solo un** sistema de control de asistencia y determinación de horas de trabajo para sus dependientes, que puede ser en soporte papel o **bien electrónico**, caso este último, que de acuerdo al nuevo inciso 2° del artículo 33, junto con reconocer su existencia, entrega atribuciones a la Dirección del Trabajo para determinar a través de **una Resolución** los requisitos que las respectivas plataformas electrónicas deben cumplir.

Sin perjuicio de lo antes indicado. el pronunciamiento jurídico recurriendo al inciso 2° del artículo 4° transitorio de la ley 21561, señala que *"...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.*

2) ANALISIS DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

A) Personal excluido de limitación de jornada

Junto con reiterar que la regla general en materia laboral es que los trabajadores están afectados a una jornada ordinaria de trabajo, el dictamen señala que la existencia de una jornada laboral constituye un derecho social reconocido en la letra d) del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Chile en 1972.

Es por ello que el dictamen enfatiza que la exclusión de la limitación de jornada de trabajo es excepcionalísima y que las situaciones que contempla el actual artículo 22 inciso 2° que dicen relación con el trabajo a domicilio teletrabajo y respecto trabajadores que ejercen funciones como comisionistas y demás similares que laboran fuera del establecimiento de la empresa, no permanecerán vigentes a partir del 26 de abril de 2024, ya que 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.”

Se agrega que ese criterio.... “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 otorga diversos mecanismos para que el empleador pueda controlar el desempeño e incluso la productividad de las y los trabajadores.”

A continuación el dictamen recurre al texto del nuevo inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, que entrará en vigencia el 26 de abril del año en curso, en concordancia con las normas de los artículos 4° inciso 1° y 305 inciso 1°, del Código del Trabajo estableciendo que quedan comprendidos en la excepción de limitación de *jornada ...* “*los dependientes que usualmente desempeñan cargos de confianza de alta responsabilidad y que, por lo mismo, normalmente representan al empleador y, por la otra, a todos aquellos trabajadores que presten servicios personales sin fiscalización superior inmediata en razón de la naturaleza de las labores desempeñadas.*”

De consiguiente, se concluye en el pronunciamiento jurídico, que quedan comprendidos en el nuevo texto del artículo 22 inciso 2°:

- Los trabajadores que disponen de facultades de representación del empleador y se encuentran dotados de facultades generales de administración y
- Los trabajadores que desarrollen algún servicio o función que, por **su naturaleza**, presente un impedimento de tal entidad que inhiba la utilización de cualquier medio de supervisión o control lícito.

Se hace presente respecto del segundo grupo de trabajadores, 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.

En el mismo orden de ideas para dilucidar cuando existe fiscalización inmediata, se debe recurrir a la uniforme y reiterada jurisprudencia de la Dirección del Trabajo, la que se actualiza,“*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 tecnológicos a través de los cuales se ejerce la supervisión o control de los servicios prestados personas de rango superior dentro de la compañía, sino por medios tecnológicos a través de los cuales se ejerce la supervisión o control de los servicios prestados.”

Al tenor de lo expuesto, se agrega en el dictamen que, existirá, para los efectos de que se trata, “fiscalización superior inmediata”, cuando concurren, 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 permite el desarrollo tecnológico.”*

B) Procedimiento para la resolución de controversias surgidas de la aplicación de la exclusión de limitación de jornada.

En relación a esta materia el dictamen establece que, 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.

Se agrega que 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.**

De lo resuelto por el Inspector del Trabajo podrá recurrirse ante el juez competente dentro de quinto día de notificada la resolución del primero.

Comentarios:

El dictamen en análisis en forma reiterada establece que la mayoría de los trabajadores de la empresa deben tener convenida la duración y distribución de la jornada de trabajo y solo en forma excepcional y restrictiva, algunos de ellos, podrán estar excluidos de limitación de jornada ordinaria en la medida que detenten cargos que representen del empleador y se encuentren dotados de facultades generales de administración, no bastando para estos efectos la respectiva clausula del contrato de trabajo o documentación pertinente, siendo necesario que los hechos o, en la práctica, ejerzan tales facultades.

De igual manera y aplicando el principio rector del Derecho del Trabajo “ Primacía de la Realidad.” que implica que la discordancia entre lo que dan cuenta los documentos y la realidad, deben prevalecer los hechos, se debe interpretar la norma de exclusión de la limitación de la jornada laboral respecto de los trabajadores que no tienen fiscalización superior inmediata por la naturaleza de las funciones, en el sentido que la supervisión y control, en los términos señalados en el cuerpo del informe, no pueda ejercerse no solo en forma física o espacial, sino también por medios automatizados.

Se hace presente que las normas a que se refiere el presente informe, empiezan a regir el 26 de abril de 2024.

Lo anterior para su conocimiento y cabal cumplimiento .

A nombre de Asesorías Pimentel Ltda., saluda atentamente a Ud.,



M. Cecilia Sánchez Toro
Abogado
Asesorías Pimentel Ltda.

ASESORIAS PIMENTEL ABOGADOS

Valentín Pimentel Alvarado
Christian Alviz Riffo
M. Cecilia Sánchez Toro
Pamela Reyes Ramos

Email: contacto@asesoriaspimentel.cl
Teléfono: +562 2203 03 44
Avenida Andrés Bello 2777, oficina 601, Las Condes, Santiago
www.asesoriaspimentel.cl

ASESORIAS PIMENTEL ABOGADOS

Valentín Pimentel Alvarado
Christian Alviz Riffo
M. Cecilia Sánchez Toro
Pamela Reyes Ramos

Email: contacto@asesoriaspimentel.cl
Teléfono: +562 2203 03 44
Avenida Andrés Bello 2777, oficina 601, Las Condes, Santiago
www.asesoriaspimentel.cl

ASESORIAS PIMENTEL ABOGADOS

Valentín Pimentel Alvarado
Christian Alviz Riffo
M. Cecilia Sánchez Toro
Pamela Reyes Ramos

Email: contacto@asesoriaspimentel.cl
Teléfono: +562 2203 03 44
Avenida Andrés Bello 2777, oficina 601, Las Condes, Santiago
www.asesoriaspimentel.cl