

Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E48104 (476) 2024

DICTAMEN N°: 545 / 22

MATERIA:

Causales de exclusión de limitación de jornada de trabajo. Fiscalización superior. Cargos de confianza.

RESUMEN:

1-. Las facultades conferidas a las directoras de jardín infantil, con y sin asistente administrativa, no permiten eximir las del cumplimiento de jornada laboral de acuerdo con lo señalado en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo.

2-. Atendido que los perfiles de los cargos que conforman el equipo territorial de la fundación recurrente sólo enumeran las obligaciones de los trabajadores, pero no la oportunidad o periodicidad con que ellas deben ejecutarse, este Servicio no puede emitir el pronunciamiento solicitado.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 09.08.2024 de Jefa (S) de Departamento Jurídico.
- 2) Pase N°819 de 17.07.2024 de Director del Trabajo.
- 3) Correo electrónico de 30.05.2024 de Sr. [REDACTED] en representación de Fundación Educacional para el Desarrollo Integral de la Niñez (Fundación Integra).
- 4) Presentación de 21.02.2024 de Sr. Carlos González [REDACTED], en representación de Fundación Educacional para el Desarrollo Integral de la Niñez (Fundación Integra).

FUENTES:

Ley N°21.561 que modifica el Código del Trabajo con el objeto de reducir la jornada laboral; artículos 2° inciso 7°; 4° inciso 1°, 7°; 10 N°5; 22 incisos 1° y 2°; 33°; 42 letra a); 161 inciso 2° y; 305 inciso 1° todos del Código del Trabajo.

CONCORDANCIAS:

Dictámenes N°5383/181 de 15.07.1987; N°3140/240 de 28.07.2000; N°1365/0064 de 09.04.2001; N°0215/0013 de 18.01.2002; N°4207/064 de 27.10.2014; N°3317/60 de 28.06.2016; N°81/02 de 01.02.2024 y; N°84/04 de 06.02.2024. Ords. N°6321 de 14.12.2018; N°6441 de 19.12.2018; N°1148 de 28.03.2019; N°3425 de 09.07.2019; N°1389/007 de 08.04.2020; N°2469 de 03.09.2020 y; N°66 de 26.01.2024

SANTIAGO,

12 AGO 2024

DE : DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

A : SR. [REDACTED]
 FUNDACIÓN EDUCACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 SANTIAGO

Mediante su presentación del antecedente 4), complementada a través de correo electrónico de antecedente 3), usted ha solicitado un pronunciamiento de este Servicio respecto de la correcta interpretación del nuevo inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo introducido por la Ley N°21.561, particularmente, en cuanto a la extensión de las causales de excepción de limitación de jornada laboral indicadas en el citado precepto.

A mayor abundamiento, señala en su presentación que la consulta se refiere a trabajadoras que se desempeñan en los equipos territoriales de esa fundación y a las directoras de salas cuna o jardines infantiles, todas las cuales hoy prestan sus servicios sin limitación de jornada de trabajo en virtud de lo dispuesto en el precepto citado.

1) Prevenciones. Antes de responder su consulta se considera indispensable efectuar las siguientes precisiones generales:

1.a) En primer término, y tal como ha indicado esta Dirección a través del Dictamen N°84/04 de 06.02.2024, 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.

Concordante con lo anterior, el artículo 10 N°5 del Código del ramo contempla lo que en doctrina se conoce como principio de certeza de la jornada, es decir, materializa la obligación de establecer en el contrato individual la extensión y distribución del tiempo destinado a la prestación de los servicios lapso que, además, debe sujetarse a los límites diarios y semanales que establece la ley en el artículo 22 inciso 1° del mismo cuerpo normativo.

No obstante, tal derecho no es absoluto pues reconoce ciertas excepciones contempladas en los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 22 del Código del Trabajo.

Sin embargo, en cuanto a este informe importa sólo se analizarán las dos causales señaladas en el inciso 2°.

1.b) La segunda prevención dice relación con las vías o canales con las que cuentan las partes de la relación laboral para obtener un pronunciamiento de esta Dirección respecto de la materia que nos ocupa.

En tal sentido, cabe señalar que las letras b) y c) del inciso 2° del artículo 1° del DFL N°2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que reestructura y fija las funciones de este Servicio, disponen:

Le corresponderá particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden: ...

b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo;

e) La realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.

De este modo, las partes de la relación laboral siempre podrán requerir de este Servicio, como ocurre en la especie, un pronunciamiento jurídico aclaratorio acerca de la correcta interpretación de las leyes del trabajo entre las cuales, por cierto, se encuentran las causales de exclusión de limitación de jornada laboral.

Ahora bien, aplicando el tenor de la misma letra e) antes transcrita, para aquellos casos en los cuales ya no sea posible prevenir el surgimiento de un conflicto entre las partes, la Ley N°21.561 ha introducido un procedimiento de resolución de controversias en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo el cual, en lo pertinente, dispone:

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.

Finalmente, respecto de esta materia, es necesario destacar que a través de la Orden de Servicio N°2000-12/2024 de 26.04.2024, esta Dirección ha establecido el procedimiento de tramitación de las solicitudes derivadas del surgimiento de controversias por aplicación del artículo 22 inciso 2° del Código del Trabajo.

2) Causales de exclusión de limitación de jornada laboral. Al respecto, debemos señalar, en primer término, que tradicionalmente las excepciones a la falta de limitación de jornada laboral han girado en torno a dos grandes categorías; la situación o ubicación física del trabajador; y la naturaleza de las funciones o labores desarrolladas.

En tal contexto, la Ley N°21.561 contempló dentro de su normativa un cambio sustancial a la materia que nos ocupa, eliminando expresamente las excepciones asociadas a la ubicación o locación del trabajador.

Lo anterior, indica el Dictamen N°84/04, debido a que “...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...”.

De este modo, al haberse abandonado expresamente el criterio de ubicación geográfica del dependiente como factor determinante para justificar la falta o indeterminación de la jornada de trabajo, sólo se han mantenido vigentes las categorías asociadas a la naturaleza de la función, es decir; ciertos cargos gerenciales o de jefatura (cuya naturaleza radica en la confianza) y quienes ejecutan sus labores sin fiscalización superior inmediata (aquellos cuya naturaleza implica la atenuación del control laboral).

Atendido que su presentación indica que contaría con trabajadoras que podrían encontrarse en ambas hipótesis, las causales de excepción se analizarán por separado.

2.1) Cargos de confianza. El inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo dispone, en lo pertinente, lo que sigue:

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios como gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración...

Ahora bien, confianza, de acuerdo con la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, es la “Esperanza firme que se tiene de alguien o algo”.

A su vez, “de confianza”, dicho de una persona, alude a alguien “En quien se puede confiar”.

Por su parte, de acuerdo a la misma fuente, el verbo confiar se traduce en “Encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa”.

Así, si bien la confianza forma parte de todos los contratos de trabajo¹, existen ciertos cargos en cada empresa cuyos servicios son asumidos por personas que detentan mayores responsabilidades en la conducción del negocio, vale decir, situaciones en las que:

...la confianza debe ser de tan alto nivel que comprometa los intereses de la empresa. En doctrina se han establecido como parámetros para entender que se está en esta situación, cuando existen facultades de representar judicial o extrajudicialmente, poder y capacidad para disponer o enajenar el patrimonio empresarial, poder de dirección,

¹ En el mismo sentido la Corte Suprema, en sentencia ROL N°32.627-22 de 29.09.2023, respecto del vínculo de confianza ha manifestado: *...supone que su contraparte ha depositado en él una intimidad que no es habitual en un contrato de trabajo ordinario.*

*importar secreto profesional, comprometer la responsabilidad del empleador, dar acceso a los secretos de contabilidad, a los programas económicos y formas de realizarlos, realizar funciones que por su misma naturaleza no pueden encomendarse a cualquier persona, sino sólo en quien se hace fe de su comportamiento y moralidad...*²

En efecto, en la especie nos encontramos frente a un grado superior de confianza, uno que incluso le permite al empleador desahuciar la relación laboral, es decir, ponerle fin sin más expresión de causa.

Por lo tanto, lo relevante para determinar si nos encontramos frente a un cargo de confianza exento del cumplimiento de jornada, no será el lugar en el que se ejecutan los servicios ni la cantidad de tiempo que ello irroque para el dependiente, sino, las facultades con las cuales lo ha dotado el empleador para el ejercicio de las labores, las cuales permiten medir o sopesar justamente el grado de confianza depositado en el trabajador.

Dicho de otro modo, la naturaleza del cargo de confianza exento de limitación de jornada de trabajo tiene directa relación con las atribuciones efectivas que han sido puestas a su disposición, lo cual deriva de la aplicación del principio de primacía de la realidad y del carácter restrictivo con el que deben interpretarse las causales de exclusión.

De esta suerte, dos son las condiciones copulativas que deben concurrir para considerar que un cargo de confianza se ajusta a la excepción de que se trata; contar con facultades propias de su nivel jerárquico dentro de la empresa y; gozar de verdadera autonomía en la prestación de sus servicios.

2.1.a) Facultades que definen un cargo de confianza: Sobre la materia, cabe recordar, en primer término, que el inciso 7° del artículo 2° del Código del Trabajo, prescribe:

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial... Exceptuándose solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración...

A su turno, el inciso 1° del artículo 4° del Código del Trabajo, prescribe:

...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.

De las disposiciones transcritas aparece de manifiesto que, al referirse a los cargos de confianza, el legislador alude a facultades "generales", tanto de representación como de administración. Asimismo, es importante destacar que el artículo 4° inciso 1° exige habitualidad en el ejercicio de las atribuciones, vale decir, demanda periodicidad en su uso. Dicho de otro modo, que las facultades le

² Sentencia RIT O-156-2022 de 28.10.2022 del Juzgado del Trabajo de Arica.

pertenezcan al cargo, es decir, que no sean otorgadas para un negocio u operación particular.

En términos análogos se pronuncia el artículo 161 inciso 2° del Código del ramo:

En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración... Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza³ del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

Luego, es menester tener presente que el inciso 1° 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:

...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.

Respecto de la excepcionalidad de esta norma, el Dictamen N°84/04, señala:

...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.

Arribados a este punto, resulta útil recordar la doctrina de este Servicio sobre la materia que nos ocupa contenida, por ejemplo, en el Dictamen N°5383/181 de 15.07.1987⁴, el cual, en lo pertinente, señala:

...en necesario determinar previamente el alcance de la expresión "apoderados con facultades de administración", utilizada por el legislador, en atención a las múltiples atribuciones que pueden ser delegadas en virtud de un contrato de mandato o poder.

Con tal objeto resulta necesario recurrir al elemento sistemático de interpretación de la ley, contenido en las reglas de los artículos 22, inciso 1° y 24 del Código Civil, que atiende a la interna conexión que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas legales en una gran unidad. En la especie, la aplicación de dichas reglas autoriza para afirmar que por "apoderados con facultades de administración" deben entenderse aquellos dependientes que representan al empleador y que tienen, en general, poder decisonal suficiente para obligar a éste con los trabajadores en los diversos aspectos inherentes a toda relación laboral, entre los cuales puede citarse, a vía de ejemplar, la facultad de decidir sobre la contratación o despido de personal.

³ Acerca de la procedencia de la excepción en examen, la Sentencia RIT O-156-2022 de 28.10.2022 del Juzgado del Trabajo de Arica, señala: ... Como se puede apreciar la exigencia para que se cumpla esta hipótesis es muy alta justamente porque es una norma que rompe la regla general al permitir la desvinculación sólo por voluntad unilateral y sin causal terminando con la estabilidad en el empleo.

⁴ A la misma conclusión arribaría posteriormente esta Dirección mediante Dictamen N°1365/0064 de 09.04.2001 a propósito de la calificación de cargos de jefaturas intermedias en la estructura organizacional de una entidad bancaria.

Por otra parte y aplicando la regla de interpretación contenida en el artículo 21 del Código Civil, es posible sostener que la facultad de administración, en el sentido genérico que para el caso que nos ocupa parece haberle dado el legislador, dado que no ha efectuado distingo alguno al respecto, lleva implícitas facultades decisoriales en aspectos tales como la planificación, organización, dirección, coordinación y control de la marcha de la empresa o de un establecimiento o área de importancia. En el fondo, debe tratarse de trabajadores que, en el ámbito organizacional de la empresa, desempeñen funciones superiores de mando e inspección y ejerzan facultades decisorias sobre políticas y procesos productivos, de comercialización, etc.

Dicho de otro modo, se trata de cargos que permiten el ejercicio habitual de atribuciones excepcionales, es decir, aquellas que exceden la mera gestión o administración diaria o permiten dar continuidad operativa del negocio.

A continuación, el mismo informe concluye:

Ahora bien, en la especie, analizados los antecedentes proporcionados... es preciso concluir que las facultades de los Jefes de Gestión Operativa y Ejecutivos de Cuentas de la citada entidad bancaria son especiales y restringidas a determinados actos de administración por lo que no puede considerárseles "apoderados con facultades de administración" en los términos de la doctrina precedentemente reseñada y, por tanto, no procede estimarlos exceptuados de la limitación de jornada de trabajo.

En total armonía con lo expuesto, es relevante indicar que el mismo criterio ha sido sostenido en sede judicial, por ejemplo, en el fallo RIT O-1139-2023 de 28.11.2023, del 4° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, el cual, en lo pertinente, señala:

...No obstante, en caso alguno puede estimarse que estas funciones se asimilaran a las propias del gerente, ya que la descripción de las funciones que señala la testigo son aquellas que simplemente permiten que el negocio se mantenga operando -recibir camiones, recibir un turno nocturno, activar y desactivar la alarma, coordinar a los operadores de sala, informar al gerente- sin llegar a realizar labores de disposición respecto de la tienda, de sus activos o de sus trabajadores.

A mayor abundamiento, la propia Corte Suprema, en sentencia ROL N°32.627-22 de 29.09.2023, en lo que importa, ha señalado:

...la pregunta a resolver es si el cargo que sirvió puede ser calificado como de exclusiva confianza del empleador, lo que conduce a preguntarse no acerca de si podía comprometer el patrimonio de su empleador, sino si era decisivo en la marcha del negocio, si tenía acceso a decisiones e informaciones relevantes, si se habían puesto a su cuidado bienes materiales o inmateriales de la empresa, entre otros elementos que pudieran resultar indiciarios de esta especial cercanía entre las partes...

A contrario sensu, y para mayor claridad, esta Dirección ha señalado mediante el Dictamen N°4207/064 de 27.10.2014, ciertas atribuciones cuyo ejercicio no es propio de los cargos de confianza, sino que sólo se atribuyen a jefaturas intermedias dentro de la estructura organizacional:

El aludido informe señala, que los "Químicos Farmacéuticos Jefes de Local", cuentan con facultades respecto de los vendedores de la sucursal para verificar e instar el registro de su asistencia, emitir informes de horas extraordinarias laboradas, elaborar

la distribución de los turnos de trabajo, calificar su desempeño y evaluar el otorgamiento de permisos, no contando con atribuciones para contratar o despedir trabajadores.

Así las cosas, a modo de síntesis, podemos indicar que, sin perjuicio del análisis casuístico que debe efectuarse frente a cada consulta, en principio nos encontramos frente a un cargo de confianza de aquellos contemplados en el inciso 2° del artículo 22 del Código del ramo, cuando el trabajador ejerza habitualmente, a lo menos, alguna de las siguientes atribuciones:

- i) Facultades generales de representación del empleador. Al respecto se ha señalado en doctrina que se trata del: *...acto por el cual una persona autoriza a otra para que la obligue directamente respecto de terceros en los actos y contratos que la segunda ejecute o celebre a nombre de la primera*⁵.
- ii) Facultades generales de administración o dirección de la empresa, entendiendo por tales; el ejercicio de un poder decisonal suficiente para contratar o despedir personal; ejecutar actos de disposición patrimonial; o tomar decisiones que afecten las políticas o procesos productivos de la empresa, etc.

Ahora bien, las facultades de administración manifestadas a través del poder decisonal pueden extenderse a toda la empresa o a una parte de ella, siempre y cuando en este último escenario el trabajador pueda, sin requerir autorizaciones superiores, por ejemplo, ejecutar actos de disposición patrimonial o tomar decisiones estructurales, despedir o contratar personal, etc., respecto de esa área en particular.

Es del caso resaltar que el cargo de confianza puede contar con una o ambas facultades -representación o administración- alternativamente, dado que se trata de esferas jurídicas diferentes.

En tal sentido la doctrina⁶ ha señalado:

La representación voluntaria puede existir independientemente de toda otra relación jurídica entre las partes o unida a una relación contractual determinada. Así, puede convenirse que uno de los socios administre y represente a la sociedad, o que la represente solamente, sin administrarla, o puede estipularse en un contrato de trabajo o arrendamiento de servicios, o lo que es más frecuente, va unida al contrato de mandato.

Finalmente, sobre este punto, es importante también destacar que las facultades señaladas previamente no pueden sino asociarse al ejercicio de mayores responsabilidades en la correcta marcha del negocio, por lo cual existen ciertos indicios de existencia de cargos de confianza.

En efecto, parece esperable o normal que tales servicios de mayor responsabilidad irroguen para el cargo de confianza un estipendio superior al del resto de los trabajadores, criterio que ha sido recogido también por nuestros tribunales de

⁵ Stitchkin Branover David, El Mandato Civil, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Ed. Jurídica de Chile, 1950, página 36.

⁶ Stitchkin Branover David, El Mandato Civil, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Ed. Jurídica de Chile, 1950, página 64.

justicia, por ejemplo, en la sentencia RIT I-66-2024 de 02.05.2024, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago⁷ la cual, en cuanto a este informe importa, expresa:

...cabe llamar la atención acerca del hecho que el contrato de gerente de turno y el contrato de crew tienen el mismo sueldo base, cuestión que también advierte la reclamada, circunstancia indiciaria -junto con los demás antecedentes ya referidos- de que los trabajadores respecto de los cuales se constató la infracción efectivamente no son gerentes a efectos prácticos. Dicha situación implica que en la especie no se configuran los elementos que hagan procedente la exclusión de la limitación de la jornada ordinaria, siendo contraria al espíritu del artículo 22 del Código del Trabajo. Una aplicación contraria de esta disposición conllevaría eludir la normativa laboral relativa al pago del sueldo base y de horas extraordinarias, dejando a los trabajadores en indefensión ante un eventual incumplimiento por parte de su empleador.

A su turno, la Corte Suprema, en sentencia ROL N°32.627-22 de 29.09.2023, ha destacado respecto de los elementos indiciarios, que:

...si bien se comparte que la existencia de cláusulas de confidencialidad o de no competencia, entre otras, no constituyen un presupuesto de la aplicación de la causal de despido en examen, no puede desconocerse que son indiciarias de que el sujeto de tales pactos se encuentra en poder de información técnica y comercial vital para la marcha del negocio, siendo, por ende, depositarios de una cercanía innegable con su empleador...

En otros términos, existen algunos elementos como la remuneración del cargo de confianza o ciertas cláusulas contractuales que, si bien por sí solos o de manera aislada no resultan determinantes, deben ser tomados en consideración como factores relevantes al momento de analizar si realmente nos encontramos frente a funciones concordantes con la jerarquía organizacional que exige la normativa vigente.

2.1.b) Autonomía en la prestación de los servicios. Como se indicara en el cuerpo del presente informe, para encontrarnos frente a un cargo de confianza liberado del cumplimiento de la jornada de trabajo deben concurrir copulativamente dos elementos; contar con facultades generales de representación o administración y; real autonomía en el ejercicio de dichas atribuciones.

En efecto, como hemos señalado previamente, la denominación de un cargo o incluso la atribución de ciertas facultades no importan per se la exclusión de limitación de jornada si en los hechos el dependiente carece de real autonomía en la prestación de sus servicios.

Así lo ha señalado esta Dirección, por ejemplo, en el Dictamen N°3140/240 de 28.07.2000 el cual, en cuanto a este informe importa, indica:

...cabe señalar que dependientes tales como subgerentes, jefes de área y de Departamento y supervisores que laboran sujetos a fiscalización superior inmediata no quedan comprendidos dentro de los trabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo...

⁷ En el mismo sentido se expresa la sentencia ROL N°32.627-22 de 29.09.2023, a través de la cual la Corte Suprema manifiesta: *...el demandante ejercía un cargo relevante en una empresa de importancia, lo que se refleja, por ejemplo, en la remuneración que percibía...*

A mayor abundamiento, esta Dirección mediante el Dictamen N°3317/60 de 28.06.2016, respecto de ciertos cargos de jefaturas, ha sostenido:

Los dependientes que se desempeñan como jefes de área, ocupando los cargos de: jefe de ventas, jefe de centro financiero, jefe de seguridad; jefe control de procesos y existencias; jefe visual merchandising y jefe de operaciones en la empresa La Polar S.A, laboran sujetos a fiscalización superior inmediata, razón por la cual, no se encuentran excluidos de la limitación de la jornada de trabajo prevista en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo...

...Pues bien, lo expuesto en los acápites precedentes permite sostener, que en la especie, no obstante que los contratos individuales de trabajo de los trabajadores que ocupan los cargos indicados establecen que laboran excluidos de la limitación de jornada, al tenor de lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, existen mecanismos utilizados por la empleadora para supervisar a los dependientes señalados en el presente oficio, dentro de los cuales, el más representativo es la instrucción y rendición de gestión permanente respecto de personas cuyos cargos ostentan mayor jerarquía en la empresa, lo cual permite concluir que los mismos se encuentran sujetos a fiscalización superior inmediata, no estando afectos, por tanto a la señalada disposición.

En armonía con la misma doctrina expuesta, el Dictamen N°84/04 de 06.02.2024 ha reiterado la importancia de la primacía de la realidad en cuanto principio informador del Derecho Laboral, al destacar que la mera nominación de un cargo no implica necesariamente que tal calificación se ajuste al estándar exigido por el legislador para liberar al dependiente del cumplimiento de jornada de trabajo. A tal efecto, el pronunciamiento, dispone:

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.

La importancia de la verdadera autonomía en la prestación de los servicios personales -primacía de la realidad- también ha sido recogida por la jurisprudencia judicial, así se lee, por ejemplo, en la sentencia RIT O-1139-2023 de 28.11.2023, del 4° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción cuyo texto, en lo pertinente, reza:

...que un trabajador se encuentre exento de la jornada implica, como contrapartida, la obligación del empleador de abstenerse de ciertas conductas, tales como efectuar controles para verificar el ingreso y la salida del trabajador, imponer la obligación de concurrir al lugar de trabajo, realizar descuentos por atrasos, o, en su caso, ejercer un control funcional y directo sobre la forma en que se prestan los servicios o se desarrollan las labores. En tal sentido, la exención de jornada implica que el trabajador determine libremente dónde y cómo desarrolla sus tareas a fin de cumplir con la contraprestación a que se obliga por el contrato.

Luego, retoma el mismo fallo:

Por cierto, dicho incumplimiento reviste el carácter de grave toda vez que la conducta de la empleadora, descrita precedentemente, no se verificó excepcionalmente

o por caso fortuito o fuerza mayor, sino que fluye de la testimonial reseñada que el modo de operar de la demandada es permanente en el tiempo, y que más bien se denomina el cargo como una jefatura, con una promesa de autodeterminación de la jornada que no existe en la práctica al imponerse un sistema de turnos con horarios de ingreso y/o á salida fijos y obligatorios.

Particular relevancia cobra el cumplimiento de una jornada tácita de trabajo como se ha analizado, por ejemplo, en el Ord. N°6441 de 19.12.2018 que aborda la labor de supervisión de pacientes con hospitalización domiciliaria efectuada por auxiliares de enfermería, servicios que no importan sólo realizar visitas a las residencias sino, por el contrario, requieren acompañar permanentemente a una persona hasta ser reemplazada por otra auxiliar lo cual importa, evidentemente, que más allá de los servicios prestados existirá siempre un horario o turno a ejecutar.

En tal sentido se ha pronunciado este Servicio, por ejemplo, a través del Ord. N°66 de 26.01.2024 el cual, acerca de jefaturas intermedias de una cadena de Retail, indica:

...al referirse a las funciones que realizan los jefes de área y su horario, señalan que según el turno deben estar disponibles para las funciones que se requieren, entre ellas la apertura o cierre de tienda, y que se adecúan al horario de los trabajadores que deben programar y supervisar, ya que responden por el cumplimiento de las tareas asignadas, entre otros.

La misma línea argumentativa ha sido sostenida también por los tribunales de justicia, en el siguiente tenor:

...Las máximas de la experiencia, nos inclinan precisamente a comprender y entender que, una empresa como la reclamante, debe y tiene que funcionar en horarios perfectamente definidos y orientados hacia la atención de un público cautivo, por los bienes y servicios que ofrece⁸, donde sus Jefaturas respectivas, no podrían menos que cumplir sus labores presencialmente en la sucursal de que se trate y, debiendo necesariamente cumplir las directrices que se les impartan para el diario funcionamiento de aquella, y donde el cumplimiento de una determinada jornada de trabajo resulta plenamente compatible con dicha rutina operativa...⁹

De este modo, podemos apreciar de los textos transcritos que no procede la exención de limitación de jornada en aquellos casos de trabajadores que, aún denominándose; jefes, gerentes, supervisores, etc., cumplen funciones asociadas indefectiblemente al horario rígido de una tienda, faena o local cuando, por ejemplo, deban supervisar su apertura o cierre, pues ello resulta contradictorio con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 22 del Código del ramo.

No obstante, lo señalado no impide que un dependiente pueda ser asignado a un recinto o establecimiento específico y estar exento de limitación de jornada, pues lo relevante será precisamente que pueda concurrir libremente a dicha faena o local sin cumplir un horario, es decir, tener capacidad de organizar su tiempo.

Aclarado lo anterior, cabe referirnos al cargo denominado “Directora de Jardín Infantil”, con y sin asistente administrativa.

⁸ Se refiere al rubro del Retail.

⁹ Sentencia RIT I-71-2023 de 04.05.2024, del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

Al respecto, analizados los perfiles de cargo acompañados, es dable apreciar que todas las atribuciones conferidas a las trabajadoras por las que se consulta se encuentran acotadas al establecimiento que dirigen y al personal asociado al mismo.

A mayor abundamiento, indica la documentación tenida a la vista para la confección del presente informe que las decisiones de las trabajadoras de que se trata se encuentran supeditadas a las respectivas direcciones regionales, no dando cuenta de un poder de representación o administración en los términos reseñado en el cuerpo del presente informe.

En suma, atendida la ausencia de facultades propias de los cargos de confianza requeridas en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, es posible establecer que las funciones de "Directora de Jardín Infantil" de esa fundación, con y sin asistente administrativa, no califican dentro de las excepciones contempladas por la misma disposición, por lo que deben sujetarse a la regla general del inciso 1° del mismo precepto.

2.2.- Trabajadores exentos de limitación de jornada por prestar servicios sin fiscalización superior inmediata en razón de la naturaleza de sus labores. Al respecto, dispone el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, en lo pertinente, lo que sigue:

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo ...todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata en razón de la naturaleza de las labores desempeñadas

Para analizar la materia, debemos referirnos a:

2.2.a) Subordinación: El artículo 7° del Código del ramo define el contrato de trabajo como *...una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.*

A su vez, el Diccionario de la Lengua española, define la subordinación como *Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien.*

Armonizando ambos conceptos, resulta evidente que la relación laboral, a diferencia de otros vínculos contractuales, no se crea ni subsiste en un plano de igualdad, sino que, por el contrario, en su esencia contempla la existencia de una parte dotada de la facultad o poder de dar órdenes relativas a la manera y oportunidad en que se deben prestar los servicios personales, frente a la otra obligada al cumplimiento de tales instrucciones.

Análogamente se ha pronunciado la reiterada jurisprudencia administrativa de este Servicio, por ejemplo, mediante los Ords. N°3425 de 09.07.2019 y N°2469 de 03.09.2020¹⁰ los cuales, en lo sustantivo, señalan:

...la circunstancia de trabajar sin fiscalización superior inmediata no priva al empleador de su facultad de organizar y planificar las labores convenidas, para cuyos efectos podría permitirse fijar un horario para asignar la carga de trabajo, citar a reuniones de trabajo y coordinar las tareas encomendadas, sin que ello conduzca necesariamente a concluir la obligatoriedad de pactar una jornada...

Ahora bien, aunque la subordinación siempre se encuentre presente, sin importar la jerarquía del cargo o el tipo de servicio prestado, respecto de los trabajadores exentos de limitación de jornada por ausencia de fiscalización superior inmediata, el empleador debe inhibirse de utilizar ciertos medios de supervisión (Registro y control de asistencia, por ejemplo) o atenuar su intensidad (distanciar la entrega de reportes o estados de avances, por ejemplo).

Esta limitación al ejercicio de ciertos controles¹¹ aparece entonces como un costo necesario por parte del empleador para conseguir la esencial libertad productiva del trabajador quien, por su parte, deberá asumir el costo de verse privado de una jornada clara y determinada y del resarcimiento por laborar en exceso de ella.

2.2.b) Fiscalización superior: Armonizando las modificaciones legales introducidas por la Ley N°21.561, las innovaciones tecnológicas en materia de control laboral y, los elementos señalados por la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, el citado Dictamen N°84/04 ha actualizado la doctrina de esta Dirección respecto de los elementos copulativos que deben concurrir para considerar que un servicio o labor se encuentra sujeto a fiscalización superior, estableciendo que ellos son:

a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que traduce en una supervisión acerca de la forma y puntualidad en que se prestan los servicios, criterio que deriva de los términos “funcional” y “oportunidad”, que emplea la letra a) del artículo 42 del Código del ramo.

b) Que la supervisión o control sea ejercida por:

¹⁰ En este contexto, el fallo RIT I-43-2023 de 05.10.2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, en lo que importa, señala: *La pregunta aquí, es si todos los trabajadores que el legislador ha excluido del límite de jornada carecen de fiscalización superior y la respuesta es negativa, los excluidos son los que no tienen fiscalización inmediata; el contrato de trabajo supone per se el vínculo de subordinación y dependencia que se manifiesta en la posibilidad del empleador para fiscalizar y controlar a sus trabajadores; por lo que, el legislador no puede haberse referido simplemente a la ausencia de fiscalización superior porque se estaría eliminando una de las características principales del contrato de trabajo.*

¹¹ Arribando a la misma conclusión, la sentencia RIT O-1139-2023 de 28.11.2023, del 4° Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, señala: *“...el hecho de que un trabajador se encuentre exento de la jornada implica, como contrapartida, la obligación del empleador de abstenerse de ciertas conductas, tales como efectuar controles para verificar el ingreso y la salida del trabajador, imponer la obligación de concurrir al lugar de trabajo, realizar descuentos por atrasos, o, en su caso, ejercer un control funcional y directo sobre la forma en que se prestan los servicios o se desarrollan las labores. En tal sentido, la exención de jornada implica que el trabajador determine libremente dónde y cómo desarrolla sus tareas a fin de cumplir con la contraprestación a que se obliga por el contrato.”*

b.1) personas de mayor rango o autoridad dentro de la empresa o establecimiento, vale decir, por parte de un "superior jerárquico", o;

b.2) medios automatizados sin intervención humana. Entendiéndose por tales los sistemas informáticos destinados a evaluar autónomamente el desempeño del trabajador de acuerdo a ciertos parámetros preprogramados que pueden, por ejemplo; realizar modificaciones a una ruta de ventas; alterar la asignación de clientes, llamados telefónicos, pedidos, etc., de acuerdo al comportamiento o resultados obtenidos por el dependiente¹².

En efecto, es cada vez más común que los empleadores ejerzan el control laboral mediante la utilización de algoritmos¹³ creados y parametrizados para evaluar el desempeño de los trabajadores, por ejemplo, evaluando la cantidad de llamadas telefónicas atendidas o realizadas, su duración y resultado; la cantidad de productos entregados o de pedidos aceptados y rechazados, etc.

El seguimiento del desempeño del trabajador, cuya finalidad es hacer coincidir sus acciones con los parámetros fijados por el empleador, les permite a algunos algoritmos, incluso, asignar premios o aplicar sanciones¹⁴.

Ahora bien, resulta importante destacar que el uso de medios tecnológicos per se no implica que un trabajador no pueda encontrarse exento del cumplimiento de jornada laboral, así, por ejemplo, ha manifestado esta Dirección a través del Ord. N°6321 de 14.12.2018, el cual, abordando la situación de los carteros de la empresa de Correos de Chile S.A., manifestó:

...informan que los dependientes aludidos deben concurrir diariamente al respectivo centro de distribución postal a retirar la correspondencia que les corresponde repartir y el aparato electrónico denominado PDA, que es un instrumento que registra la correspondencia recibida y entregada y que una vez concluidas las labores de reparto regresan a los centros referidos a devolver la correspondencia que no pudieron entregar, junto con la PDA.

En otras palabras, podemos apreciar que la utilización de una herramienta tecnológica destinada, por ejemplo, a controlar la entrega efectiva de la correspondencia y a verificar la identidad de los receptores, responde al cumplimiento de normas legales asociadas a las garantías o indemnizaciones que pudieren

¹² En el mismo sentido se pronunciaba ya el Dictamen N°1389/007 de 08.04.2020 cuando, a propósito del teletrabajo, señalaba: *Teniendo presente la normativa de que se trata, la existencia de fiscalización superior inmediata deberá considerar el avance de la tecnología, toda vez que el uso de aplicaciones informáticas diseñadas para el monitoreo del trabajo permitiría al empleador efectuar un control funcional y directo respecto de la forma y oportunidad en que el trabajador desarrolla sus labores.*

¹³ Definidos como "una secuencia finita de instrucciones bien definidas, normalmente utilizados para resolver una clase de problemas específicos o para realizar un cálculo", "El Marco de Competencias Digitales para los Ciudadanos", publicado por el Joint Research Centre de la Comisión Europea, disponible en: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC128415>.

¹⁴ El Joint Research Centre de la Comisión Europea, en el artículo "Algorithmic management and digital monitoring of work", define la gestión algorítmica como: "...el uso de procedimientos programados por ordenador para coordinar la mano de obra en una organización. A mayor abundamiento, señala el mismo artículo que: "Esta actividad, que puede estar impulsada o no por la Inteligencia Artificial (IA), puede implicar la definición y asignación de turnos de trabajo, la elaboración y entrega de instrucciones relacionadas con el trabajo, la evaluación del rendimiento de los trabajadores y la asignación de recompensas o sanciones." Disponible en: https://joint-research-centre.ec.europa.eu/scientific-activities-z/employment/algorithmic-management-and-digital-monitoring-work_en.

corresponder por las pérdidas o destrucción de mercaderías y, asimismo, a la protección de los derechos de los destinatarios de dichas comunicaciones, lo cual en nada altera la autonomía con la que el trabajador puede organizar su carga laboral.

c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito éste que debe entenderse en el sentido de proximidad organizacional, entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor. Vínculo que, tal como señala el Dictamen N°84/04, ya no debe agotarse sólo en cercanía física o espacial, sino que debe considerar todas las posibilidades de supervisión y control que permite el desarrollo tecnológico.

En tal sentido, el mismo informe citado establece, respecto del uso de medios tecnológicos de control, lo siguiente:

...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 1° del Código del Trabajo.

Fórmula amplia que, por requerir necesariamente un análisis casuístico, debe ser interpretada armónicamente con los demás elementos copulativos que deben concurrir para encontrarnos frente al ejercicio de la fiscalización superior.

2.2.b.1) Medios de control: Habiendo reseñado los elementos copulativos que deben concurrir para entender que nos encontramos frente al ejercicio de la potestad de mando del empleador (fiscalización superior), corresponde a continuación referirnos a los medios de control a través de los cuales se materializa precisamente la referida facultad.

En tal sentido, tal como ha señalado el citado Dictamen N°84/04 de 06.02.2024, en toda relación laboral existirán siempre diferentes tipos de control (En cuanto a su finalidad) y diversos niveles de control (En cuanto a su intensidad), a cuyo efecto el mismo informe reseña, a modo ejemplar:

...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.

Ahora, en cuánto a ¿qué circunstancias denotan la existencia de controles incompatibles con la ausencia de limitación de jornada?, resulta pertinente destacar lo indicado, a modo ejemplar, en el Ord. N°1148 de 28.03.2019, referido al personal de ventas, el cual señaló:

...se verificó que los vendedores de preventiva, autoventa y despachadores, realizan sus labores de lunes a viernes y sábado en algunos casos, iniciándolas a las 07.00 hrs., para participar de una reunión en la cual se les entrega información de las coberturas del día, se hace un recuento de las ventas, se señala el grado de avance en el cumplimiento de metas y se analizan los reportes de telemetría.

Respecto de los vendedores autoventa, el empleador lleva un registro diario en una planilla Excel en la que consigna la cantidad de clientes a visitar, la hora de la primera visita, la hora de la última visita y la hora donde se efectúa la rendición de las facturas en administración.

Por otra parte, los trabajadores señalaron que son controlados en el ejercicio de sus labores por los supervisores de venta, mediante grupos de mensajería instantánea, (whatsapp grupal), a través del cual les imparten instrucciones.

Así, es posible apreciar que, en la especie, a pesar de encontrarse los vendedores contractualmente exentos de fiscalización superior inmediata, se constató la realización de una reunión diaria de asistencia obligatoria en la cual, además, se efectuaba un recuento de las ventas de cada trabajador, se analizaba la ruta de clientes a visitar, la hora de inicio y término de las gestiones, se efectuaba una rendición diaria de las facturas y, asimismo, se verificó la existencia de un control mediante una aplicación de mensajería instantánea por parte de los supervisores de cada grupo.

A mayor abundamiento, podemos destacar en el mismo sentido otros elementos contradictorios con la ausencia de fiscalización superior inmediata, mencionados por la sentencia RIT I-4-2023 de 03.05.2024, pronunciada por el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, la cual estableció:

...de sus declaraciones se desprenden una serie de antecedentes que hacen caer los argumentos de la propia parte que las ha presentado:..., tales como;... que en el local tienen reuniones lunes o martes y se les entrega planificación para la semana, manteniendo además reuniones, y a la consulta si tiene otro control diario indica que mediante una aplicación que tienen en el celular, así también controlar el retorno diario de los vendedores, en vehículos que cuentan con sistema GPS, y de acompañarlos una vez a la semana...

El texto citado expone nuevamente la divergencia existente entre una mera calificación contractual y los controles reales ejercidos en los hechos por algunos empleadores los cuales, a su vez, hacen improcedente por incompatible la figura de excepción del inciso 2° del artículo 22, con la regla general contemplada en el inciso 1° de la misma disposición.

Así, es dable apreciar que el modelo de control reseñado en el fallo antes citado, consistente en; la asistencia a reuniones varias veces por semana; la prestación de los servicios de acuerdo a una planificación semanal entregada por el empleador; el uso de aplicaciones de mensajería instantánea para uso diario; y la imposición de uso de un dispositivo de geolocalización para el vehículo, importa una fórmula directa de fiscalización superior, intensa y permanente, reñida con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 22, pues se está determinando la forma y oportunidad en que el trabajador cumple sus obligaciones.

Finalmente, una situación diversa, pero importante de mencionar, es la eventual falta de determinación de los medios de control, según ha manifestado esta Dirección mediante el Ord. N°66 de 26.01.2024, el cual indica:

Respecto de los contratos de trabajo revisados, en la cláusula referida a la jornada ...indica que "la Empresa se reserva expresamente el derecho de ejercer los controles directos, destinados a velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones del trabajador sobre el particular."

Ciertamente, la cláusula transcrita traspasa al contrato de trabajo una incertidumbre que impide bajo todo respecto considerar procedente la excepción invocada pues, de lo contrario, se estaría permitiendo que el empleador pudiera ejercer permanentemente medios de fiscalización reñidos con la autonomía exigida con el inciso 2° del artículo 22.

2.2.b.2) Autonomía en la prestación de los servicios: Como ya se ha señalado en el cuerpo del presente informe, y ha sido latamente abordado en el ya citado Dictamen N°84/04, el actual estadio de desarrollo tecnológico permite que los empleadores ejerzan diversos tipos de controles laborales aún respecto de trabajadores que se encuentren en zonas geográficas distantes de las oficinas o establecimientos de la empresa.

De esta manera, para establecer cuándo nos encontramos frente a la existencia de funciones exentas de limitación de jornada laboral, el elemento fundamental a considerar será la real autonomía con la que se presten los servicios.

En tal orden de ideas, resulta pertinente recordar que la 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...

Ahora, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española, el adjetivo "esporádico" alude a algo "*Ocasional, sin ostensible enlace con antecedentes ni consiguientes.*". Es, por tanto, sinónimo de; ocasional, eventual, fortuito, aislado, suelto. A su vez, es antónimo de; regular, constante, habitual. Es este, entonces, el contexto en el que se debe analizar la autonomía y utilización de controles laborales.

De esta suerte, los servicios exentos del cumplimiento de jornada laboral por ausencia de fiscalización superior inmediata deben corresponder a funciones que puedan ser ejecutadas de manera independiente, es decir, cuyo desarrollo no dependa, por ejemplo, del horario de los demás trabajadores de la compañía o del lapso de apertura o cierre de un local, establecimiento, faena u oficina, pues en todos estos casos existirá una jornada tácita¹⁵ determinada por factores externos al

¹⁵ La misma sentencia RIT I-43-2023 de 05.10.2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, al constatar una jornada tácita determinada por la forma y oportunidad de la prestación de los servicios la cual, en lo relevante, señala: *Se verificó además que los ayudantes de ventas deben prestar servicios dentro de los horarios de funcionamiento de los locales a los cuales efectúan los repartos*

dependiente lo cual, evidentemente, extingue la necesaria autonomía que requiere la figura jurídica en examen.

Todo lo señalado no es más que una reiteración de la importancia del principio de primacía de la realidad, latamente abordado en el cuerpo del presente informe, así como en el Dictamen N°84/04.

Por otra parte, es necesario hacer presente que existen ciertas labores respecto de las cuales puede otorgarse la necesaria autonomía requerida por el legislador para la procedencia de la excepción de que se trata y otras que, por su naturaleza, no lo permiten.

Respecto de esta última situación, es pertinente recordar el ya citado Ord. N°6441 de 19.12.2018 el cual, a propósito de la hospitalización domiciliaria desarrollada por personal contractualmente liberado de fiscalización superior inmediata, señaló:

Del análisis de los antecedentes recopilados en torno a este asunto es posible inferir que el desarrollo de las funciones que desempeña el personal de que se trata está sujeto a normas y procedimientos específicos de los que se debe dejar constancia en una ficha clínica formal y reglamentariamente regulada, todo lo cual se encuentra bajo la observancia de una dependiente de mayor jerarquía que ejerce el cargo de enfermera coordinadora, quien tiene una proximidad funcional a su respecto que le permite una visión y acción inmediata a través del empleo de recursos informáticos y de telecomunicaciones.

Se añade a lo anterior, que la propia naturaleza de las funciones convenidas y ejecutadas por el referido personal exige que los respectivos servicios se presten de manera continua durante el día y la noche, circunstancia que hace imprescindible el establecimiento de una jornada precisa y determinada para su normal desarrollo.

Si a lo señalado se agrega que, además, la labor del personal debe ser siempre supervisada por un médico, se colige que las trabajadoras de que se trata no podrían bajo ninguna circunstancia prestar sus servicios sin un control directo e inmediato, pues no cabe hablar a su respecto de informes esporádicos acerca de la salud de las personas a su cuidado ni menos de una jornada autónoma, dado que no pueden abandonar al paciente mientras no llegue su reemplazo, quien, evidentemente, también se encontrará sujeta a jornada laboral.

Finalmente, respecto de este punto, es necesario precisar que el otorgamiento de la necesaria autonomía en la prestación de los servicios no obsta a que el empleador, en el legítimo ejercicio de su potestad de mando, pueda impartir instrucciones acerca de la forma en que se deben ejecutar las labores (por ejemplo; cumpliendo ciertos protocolos de seguridad; procesos comerciales de la empresa; reglas de ventas, etc.), siempre y cuando se respeten las condiciones exigidas en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, vale decir, que el dependiente entregue resultados de sus gestiones y se reporte esporádicamente.

(supermercados o negocios de barrio), por tal motivo, la exclusión de la limitación de jornada determinada unilateralmente por el empleador carece de un motivo técnico que la justifique y configura una actuación tendiente a evitar el pago de horas extras y otros derechos.

De igual forma, es dable estimar que el empleador podría establecer instrucciones respecto de la oportunidad de la prestación de los servicios (Cumplimiento de hitos, etapas de entrega, rendiciones quincenales, etc.) pero, nuevamente, siempre y cuando tales entregas mantengan su carácter de esporádicas, lo cual no se concedería, por ejemplo, con la obligación de asistir, física o virtualmente, a reuniones diarias.

Ahora bien, habiéndose ya analizado latamente los elementos que deben tenerse en consideración para determinar si una función o cargo se encuentra exento de limitación de jornada de trabajo en virtud de la causal de que se trata, cabe referirnos a los cargos consultados, los cuales componen los equipos territoriales de esa fundación.

Sobre la materia, es del caso señalar que se ha consultado si los cargos de profesional de desarrollo de personas y equipos; profesional de protección de derechos; profesional de inclusión; profesional de familia y cobertura y; las asesoras técnicas, desarrollarían funciones que se encontrarían dentro de aquellas que permiten eximirse del cumplimiento de jornada laboral en los términos expuestos en el cuerpo del presente informe.

Con el objetivo descrito, se han analizado los documentos acompañados, denominados "Descripción de cargo", los cuales reseñan con detalle una serie de acciones que deben ser desarrolladas por cada perfil consultado entre las cuales, a modo ejemplar, se utilizan las siguientes fórmulas genéricas; recopilar y analizar información; mantener comunicación permanente con otros cargos dentro de la institución; asistir a reuniones; diseñar e implementar actividades; registrar las actividades realizadas y reportarlas a través de los canales establecidos de manera periódica o según requerimientos eventuales; mantener contacto periódico con redes de apoyo para derivación vincular y seguimiento de acciones o acuerdos; coordinar actividades conjuntas con las redes; realizar seguimiento y apoyo del trabajo; realizar derivaciones y/o apoyar gestiones asociadas a atenciones; implementar las actividades planificadas; hacer seguimiento y evaluación de procesos e impactos de las estrategias implementadas; presentar al equipo territorial las estrategias diseñadas para articularlas en un solo plan de asesoría para cada establecimiento, etc.

Así las cosas, es dable advertir que los documentos analizados sólo listan las obligaciones asociadas a cada perfil, pero no señalan con claridad la oportunidad o periodicidad en que tales acciones deben ser ejecutadas lo cual, evidentemente, impide determinar si las labores desarrolladas por los miembros de los equipos territoriales gozan de la autonomía exigida para la procedencia de la causal de excepción de que se trata.

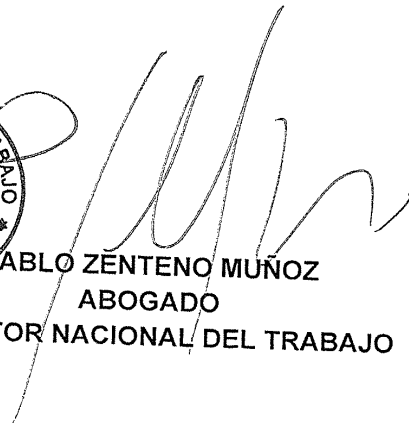
En conclusión, sobre la base de las normas legales citadas, jurisprudencia administrativa invocadas y consideraciones formuladas, cumplo con informar a usted, respecto del inciso 2° del artículo 22 y el artículo 33, ambos del Código del Trabajo, introducidos por la Ley N°21.561, lo siguiente:

1-. Las facultades conferidas a las directoras de jardín infantil, con y sin asistente administrativa, no permiten eximir las del cumplimiento de jornada laboral de acuerdo con lo señalado en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo.

2-. Atendido que los perfiles de los cargos que conforman el equipo territorial de la fundación recurrente sólo enumeran las obligaciones de los trabajadores, pero no la oportunidad o periodicidad con que ellas deben ejecutarse, este Servicio no puede emitir el pronunciamiento solicitado.

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
- Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo