

PARGA
MONTES
VASSEUR
LABORALES

ENFOQUE LABORAL PMV

COMENTARIOS Y ALCANCES AL DICTAMEN DE LA DIRECCIÓN DEL
TRABAJO EN RELACIÓN AL NUEVO INCISO SEGUNDO DEL
ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

MARZO 2024

Recientemente la Dirección del Trabajo se pronunció respecto a los efectos del nuevo inciso segundo del artículo 22 del Código del Trabajo, introducido por la Ley N°21.561 (denominada Ley de “40 horas”), dando luces de cuál será la posición que adoptará dicho servicio en esta materia.

A continuación, expondremos brevemente, con una visión crítica y práctica, algunos efectos e implicancias que esta interpretación traerá para empleadores y trabajadores, anticipando la discusión que existirá una vez que entre en vigor la Ley N°21.561.

Modificaciones introducidas al artículo 22 inciso segundo por “Ley 40 horas”.

En términos simples, el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo aborda la situación de aquellos trabajadores que, por ciertas condiciones, se encuentran excluidos de la limitación de jornada y, por ende, no registran asistencia, ni generan horas extraordinarias.

En general, antes de la Ley N°21.561 se trataba de una situación de excepción que estaba reservada para ciertos cargos de relevancia (gerentes, administradores, etc.). Con todo, la norma recogía una hipótesis amplia relativa a “todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata”, lo que fue generando que, en la práctica, la excepción pasara prácticamente a ser la regla general.

En el proyecto de la Ley de 40 horas, se incluyó una modificación al artículo 22 inciso segundo, que en lo pertinente y después de varias discusiones quedó en el texto final de la siguiente forma:

Artículo 22 inc. 2° (hasta el 26 de abril de 2024)

Nuevo artículo 22 inc. 2° (desde el 26 de abril de 2024).

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su domicilio o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

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.

Si se compara el texto del antiguo y el nuevo inciso segundo del artículo 22, las hipótesis de exclusión de limitación de jornada no varían sustancialmente, eliminando algunas categorías que se encontraban en desuso. Sin perjuicio de ello, se mantiene la hipótesis de **“aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata”**, **siendo la única novedad que se agrega “en razón de la naturaleza de las labores desempeñadas”**.

Ahora bien, se agrega un procedimiento en caso de controversia y a petición de cualquiera de las partes, que será resuelto por el Inspector del Trabajo, pudiendo recurrirse ante el juez competente. Si bien el procedimiento es novedoso, la posibilidad de los trabajadores de reclamar ante la Inspección del Trabajo por una incorrecta aplicación del artículo 22 inciso segundo, siempre ha existido.

Interpretaciones de la Dirección del Trabajo a los cambios introducidos al artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo.

En lo pertinente, la Dirección del Trabajo desarrolla en el dictamen N°84/4 algunas ideas que son muy relevantes respecto del artículo 22 inciso segundo.

a) ¿Qué debemos entender por gerentes, administradores o apoderados con facultades de administración?

Al respecto, la Dirección del Trabajo se remite al inciso primero del artículo 4 del Código del Trabajo, conforme al cual *“se presume de derecho que representa al empleador (...) el gerente, 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 esta manera, concluye que al utilizar expresiones en singular no podría tratarse de generalidad o grupos amplios de trabajadores, sino que son *“muy pocas personas en la compañía acceden a tal nivel jerárquico”*. **Con ello se intentan extender estos mismos requisitos a aquellos gerentes, administradores o apoderados que podrían estar válidamente excluidos de la limitación de jornada.**

b) ¿Qué debemos entender por “fiscalización inmediata”?

Se trata de un concepto que no está definido por el legislador y, por lo tanto, requiere necesariamente una labor interpretativa que es compleja y que suele moverse en zonas grises. Además, se trata de un punto sumamente relevante, ya que es a partir de lo que se concluya un trabajador podrá encontrarse correcta o incorrectamente excluido de la limitación de jornada.

Anteriormente la Dirección del Trabajo había reiterado uniformemente que existía fiscalización superior inmediata cuando se cumplían una serie de requisitos copulativos. Mediante el dictamen 84/4 de febrero de 2024, la autoridad efectúa una relectura de estos requisitos quedando de la siguiente forma:

Requisitos copulativos para que exista fiscalización superior inmediata (doctrina anterior)

- Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.
- Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento.

Requisitos copulativos para que exista fiscalización superior inmediata (doctrina del dictamen 84/4 de febrero 2024)

- Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados.
- 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.

Requisitos copulativos para que exista fiscalización superior inmediata (doctrina anterior)

- Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.

Requisitos copulativos para que exista fiscalización superior inmediata (doctrina del dictamen 84/4 de febrero 2024)

- 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.

c) ¿Qué circunstancias o hechos configuran el ejercicio de una vigilancia o supervisión, más allá de la asistencia y horas trabajadas?

A propósito, la Dirección del Trabajo aclara que la utilización del registro y control de asistencia no es la única manera de acreditar la existencia de jornada laboral, sino que hay muchas formas, dentro de las que se encontrarían:

- Los controles asociados al cumplimiento de normativas relacionadas con la salud ocupacional (exámenes de trabajo en altura, uso de elementos de protección personal, etc.)
- Controles sanitarios.
- Controles de productividad (entrega de informes, estado 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.)

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

La Dirección del Trabajo manifiesta que, en la labor de fiscalización, se atenderá a la realidad más que a los documentos, lo que estima relevante, sobre todo, a propósito de los gerentes, administradores y apoderados. Junto con ello, se agrega que, en caso de verificarse un incumplimiento del artículo 22 inciso segundo, ello implicará la respectiva sanción por parte de la Inspección del Trabajo. Por último, se aclara que no existe impedimento para que el trabajador 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.

Comentarios y desafíos: problemáticas relevantes de los criterios sustentados por la Dirección del Trabajo.

El dictamen contiene una mirada del artículo 22 inciso segundo que, sin perjuicio de compartirse o no, genera una serie de interrogantes, muchas de las cuales probablemente se irán resolviendo a medida que se judicialicen. Algunas de estas preguntas son las siguientes:

a) ¿Qué significa que un trabajador esté exento de jornada?

Una cuestión previa y relevante, es que el dictamen descansa sobre la idea que una jornada laboral es un derecho social, que permitiría asegurar el descanso, etc. Esto si bien puede ser correcto, recoge a nuestro juicio una idea errónea que se ha mantenido en el tiempo, relativa a que los trabajadores excluidos de la limitación de jornada no tienen jornada, ni descanso, ni días festivos, etc.

La existencia o no de limitación de jornada no supone en caso alguno que el trabajador deba prestar servicios 24/7, o que no tenga posibilidad de descanso. Verlo de esa manera desnaturaliza absolutamente el ánimo del artículo 22 inciso segundo, que finalmente apunta a la idea de autonomía y distribución de tiempos de trabajo.

Más allá de esta discusión, la interpretación de la Dirección del Trabajo implica para las empresas que quieran mantener a algunos de sus trabajadores excluidos de la limitación de jornada, revisar las cargas de trabajo y asegurar efectivamente un tiempo de descanso y/o desconexión para aquellos en teletrabajo.

b) ¿Quiénes podrán estar exentos de jornada?

El dictamen menciona que *“muy pocas personas en cada compañía acceden a tal nivel jerárquico”*. Al respecto, **lo relevante como reconoce la Dirección del Trabajo es lo que ocurre en la realidad y si efectivamente el trabajador tiene o no algún nivel de injerencia en la administración y capacidad de representación en materia laboral.**

c) ¿Qué dificultades existen para determinar el concepto de “fiscalización superior inmediata”?

El dictamen recoge algunas cosas discutibles y que probablemente podrán generar problemas durante los procesos de fiscalización. Entre ellas, podemos destacar:

- Hechos y circunstancias que presuntamente configurarían el ejercicio de una vigilancia o supervisión, más allá de la asistencia y horas trabajadas: ¿serán estos algunos de los criterios utilizados para determinar si existe fiscalización superior inmediata?

Como mencionamos, la Dirección del Trabajo respondiendo a esta consulta incluye algunos tipos de control a los que pueden estar sujetos los trabajadores, señalando los controles asociados al cumplimiento de normativas relacionadas con la salud ocupacional, controles de productividad, de seguridad, de asistencia, y otros.

- Los nuevos requisitos de la fiscalización superior inmediata: ¿qué significa que la supervisión o control pueda ser ejercida por medios automatizados sin intervención humana?

Nuevamente no es algo muy claro y finalmente dependerá de qué entendamos por supervisión o control. Así, por ejemplo, el hecho que una empresa tenga un sistema interno donde el trabajador excluido de la limitación de jornada tenga que cargar documentos o registrar avances durante el desarrollo de sus funciones: ¿supondría que existe una supervisión o control ejercido por medios automatizados sin intervención humana? La duda queda abierta y una interpretación tan restrictiva, haría que en los hechos prácticamente nadie cumpla con ese estándar.

- La fiscalización superior inmediata supone una labor interpretativa compleja que, de seguirse la posición sostenida por la Dirección del Trabajo, es muy probable que aumente la conflictividad.

La posición de la Dirección del Trabajo es restrictiva, lo que indudablemente generará un incentivo para tener un menor número de trabajadores excluidos de limitación de jornada y una alta tasa de conflictividad y judicialización. Básicamente, se parte de la base que el artículo 22 inciso segundo es algo indeseado y, hasta cierto punto, una forma de evadir derechos irrenunciables de los trabajadores.

Sin embargo, la mantención de la norma con ocasión de la Ley de 40 horas permite desprender que la intención del legislador no es esa. De esta manera, lejos de lo que se ha planteado, la exclusión de limitación de jornada aplicada respecto de trabajadores con autonomía real, puede ser una excelente herramienta que otorga mayor flexibilidad horaria y, en muchos casos, es preferida por los propios trabajadores.

Los problemas de una alta conflictividad y judicialización derivados de una interpretación excesivamente restrictiva de la autoridad laboral son variados. Uno de los principales es la dispersión jurisprudencial que puede llegar a existir, al ser una materia que debe analizarse caso a caso, donde ninguno suele ser idéntico a otro, pudiendo variar las conclusiones dependiendo del tribunal, lo que naturalmente generará un estado de incertidumbre constante que no es deseable en un sistema de relaciones laborales.

d) Algunos problemas derivados del procedimiento de resolución de controversias: imposición de sanciones administrativas, actuaciones de oficio y otros aspectos prácticos.

- Facultad de la Inspección del Trabajo de cursar multas por incumplimiento de los requisitos del artículo 22 inciso segundo.

El dictamen al respecto indica que la Inspección del Trabajo podrá cursar multas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo, situación que no se encuentra contemplada expresamente en la Ley 21.561. Esto plantea cuestiones importantes para los empleadores:

- Si no hay controversia y el empleador se allana, ¿se cursará igualmente la multa?
- Si es el empleador quien solicita que la Inspección se pronuncie respecto si la labor del trabajador se encuentra dentro de las hipótesis legales y se concluye que no, ¿se cursará una multa?

-¿Qué ocurre si el empleador ofrece al trabajador excluido de la limitación de jornada un anexo donde esté sujeto al límite legal y éste no lo quiere suscribir? ¿Hay infracción?

-Si se determina que un cargo está fuera de las hipótesis legales de exclusión de limitación de jornada, ¿se estaría en infracción respecto de todos quienes desempeñan la misma función en la empresa?

- ¿Puede la Inspección del Trabajo actuar de oficio o requiere necesariamente que exista una petición de alguna de las partes?

Se trata de una de las grandes dudas de la Ley 21.561, ya que por su redacción muchos han sostenido que requiere necesariamente una solicitud de parte y no permite que la Inspección actúe de oficio. Esto no fue aclarado en el dictamen y será algo que se aclarará con las fiscalizaciones.

- ¿Lo que concluya la Inspección del Trabajo o eventualmente un Tribunal Laboral en caso de controversia, tiene efectos solo para el trabajador involucrado o para todos aquellos que desempeñen el mismo cargo?

Sin perjuicio que somos de la opinión que sólo tiene efectos respecto del trabajador que realizó la consulta o petición a la Inspección del Trabajo correspondiente, es una pregunta recurrente que por el momento no tiene una respuesta de parte de la autoridad administrativa.

- ¿Lo que se concluya en el procedimiento de resolución de controversias tiene un efecto declarativo o constitutivo?

Lo anterior no tiene vinculación directa con el dictamen, sino con lo que eventualmente puedan resolver los Tribunales. La pregunta es: en caso de que se declare administrativa o judicialmente que la labor no era de aquellas previstas en el artículo 22 inciso segundo ¿se entenderá que el trabajador para todos efectos siempre estuvo sujeto a un horario determinado? O, por el contrario, ¿solo desde el momento de que ello de dictamine? Esta pregunta tiene efectos prácticos relevantes, ya que de ser el caso y sostenerse que siempre estuvo sujeto a horario, el trabajador podría demandar el pago de horas extraordinarias y el cobro de las cotizaciones previsionales de esos tiempos extras, entre otras cuestiones.

Recomendaciones

A pesar de que el dictamen no aborda muchas cuestiones que eran importantes para dar certeza a empleadores y trabajadores, sí da luces de lo que será la interpretación que seguirá la Inspección del Trabajo en los procesos de fiscalización por el artículo 22 inciso segundo. De esta manera, sugerimos el siguiente enfoque:

- Levantamiento de información y definiciones del cargo: Muchas empresas llevan meses analizando detalladamente los cargos. De este proceso, se ha concluido que hay cargos que perfectamente podrían registrar asistencia. Ahora bien, con una interpretación muy restrictiva durante los procesos de fiscalización, se vuelve crítico definir los casos en que es esencial para el negocio que se mantengan excluidos de la limitación de jornada.

Recomendaciones

- Proyecciones y estrategia: Las fiscalizaciones relacionadas esta materia serán complejas y lo más probable es que la Dirección del Trabajo estime casi invariablemente que no se reúnen los requisitos, lo que obligará a judicializar los casos. En este contexto, es necesario estudiar una estrategia y efectuar un relato, aminorando todos los aspectos o puntos que podrían ser conflictivos en un proceso de fiscalización, lo que requiere una interiorización de las funciones reales del trabajador, en la documentación laboral y las formas de relacionamiento dentro de la estructura de la organización, todo lo cual debe ser evaluado caso a caso, estrategia en la que podemos apoyarlos activamente.

PARGA
MONTES
VASSEUR

Para más información, contactar

Sebastián Parga M. | Socio | sparga@pmvabogados.cl

Jorge Montes A. | Socio | jmontes@pmvabogados.cl

Pablo Vasseur G. | Socio | pvasseur@pmvabogados.cl