



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K.7359(1432)2015

1147

*Jurídico*

ORD.: \_\_\_\_\_

MAT.: Atiende presentación sobre modificación de cláusula del contrato de trabajo que excluyó del límite de jornada del art.22 inc.1 del C. del Trabajo sin cumplir los requisitos que exige la ley.

ANT.: 1) Instrucciones de 09.02.2016 de Jefa del Departamento Jurídico (S).  
2) Instrucciones de 29.01.2016 de Jefe de Unidad de Dictámenes (S).  
3) Pase 1014 de 19.06.2015 de Jefe de Gabinete del Sr. Director.  
4) Presentación de 12.06.2015 de Gonzalo Escobar Miranda.

SANTIAGO,

24 FEB 2016

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO  
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A : SR. GONZALO ESCOBAR MIRANDA  
TRANSPORTES LO ERRAZURIZ LTDA  
AV. RICARDO LYON 988, PROVIDENCIA.

Mediante presentación del Ant.4), se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento que, primero, confirme que los trabajadores conductores y peonetas de la empresa se rigen por la jornada ordinaria de trabajo y no por el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo y, segundo, en caso afirmativo, cómo hacer que los trabajadores señalados firmen los anexos y de esta forma la empresa cumplir con la normativa legal.

Al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

1. Los incisos 1° y 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, disponen:

*Art. 22. La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.*

*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 propio hogar 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.<sup>2</sup>

De la norma legal transcrita se infiere que la jornada ordinaria máxima de trabajo tiene una duración de 45 horas semanales y que los dependientes que laboran sin fiscalización superior inmediata, entre otros trabajadores contemplados en el precepto en comento, se encuentran excluidos de la referida limitación de jornada de trabajo. (Ord.474/028 de 25.1.1999)

Sobre el particular, cabe tener presente que, respecto de la norma en estudio, se ha sostenido en los dictámenes 576/08 de 17.01.1991; 7313/246 de 11.11.1991; y 2195/071 de 14.04.1992, que existe fiscalización superior inmediata cuando concurren los siguientes requisitos copulativos:

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

A su turno, esta Dirección, en lo que interesa, ha señalado que los referidos dependientes no se encuentran obligados a registrar la hora de llegada y salida diaria en el registro de control de asistencia que lleve la empresa por cuanto no tienen jornada laboral que cumplir, no obstante lo cual, si las partes convienen una jornada de trabajo sujeta a un horario, entonces el dependiente deberá registrar las horas de inicio y término de su jornada diaria en el referido registro, pues, en tal caso, las partes habrían renunciado a la aplicación del señalado inciso 2° del artículo 22.

Cabe también considerar que, por incidencia de la Ley 20.281 del año 2008, el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo se ha encargado de disponer que se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando deba registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurra el trabajador. Asimismo, 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.

Así las cosas, aun cuando se haya establecido nominalmente la exclusión de jornada en el texto contractual, si en la práctica el trabajador registra por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o el empleador efectúa descuentos por los atrasos o inasistencias o ejerce supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, ello significa que la parte laboral debe necesariamente someterse a una jornada de trabajo con los límites y demás regulaciones que impone la ley.

En el referido sentido se ha pronunciado desde antaño esta Dirección, arribando a conclusiones como las que, a modo ejemplar, se resumen a continuación:

*"Los trabajadores por quienes se consulta laboran sujetos a fiscalización superior inmediata, toda vez que deben cumplir con todos los registros de distintas índoles que tiene la empresa para verificar el cumplimiento diario de la labor encomendada.*

*El personal de que se trata, registra su asistencia una vez que ingresa a la empresa, para proceder posteriormente a retirar el vehículo asignado con anticipación y verificar la carga y despachos, recibiendo las órdenes de entrega y facturas por cobrar. Al retirarse de la empresa con el vehículo cargado, registran en portería la hora de salida, la cantidad de bandejas y de bultos, el kilometraje que registra el vehículo y el destino" (Ordinario N° 0474/028 de 25.01.1999; con igual criterio el Ordinario N° 3784/0281 de 12.08.1998).*

*"Cabe tener presente que la sola circunstancia de que los operarios trabajen fuera del local de la empresa no es suficiente para tener por configurada la excepción a la limitación de jornada de trabajo contemplada en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo, porque bien puede ser que esa actividad laboral que se realiza fuera del local empresarial sea fiscalizada y, por ende, quede fuera de la excepción del inciso segundo del artículo 22" (Ordinario N° 4070/0228 del 14.07.1997).*

*"El personal que presta servicios para la empresa como manipuladores de alimentos en faenas forestales, laboran sin fiscalización superior inmediata y, por ende, se encuentra excluido de la limitación de jornada en conformidad a lo previsto en el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, debiendo, por tanto, entenderse liberado de registrar su asistencia y horas de trabajo" (Ordinario N° 1650/085, de 01.04.1997).*

En el caso de la especie, se han revisado los antecedentes de la empresa que obran en este Servicio, constando tres fiscalizaciones ejecutadas por la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú en los últimos tres años, con sendas multas a la interesada por hechos infraccionales que, en suma, consisten en mantener excluidos de la limitación de jornada ordinaria a los trabajadores conductores y peonetas sin cumplir con los requisitos que establece el inciso 2° del artículo 22 del Código del Trabajo, al mantener horario, descontarse los días en que falta el respectivo dependiente y ejercerse supervisión o control funcional sobre las labores.

En dicho contexto y conforme a las consideraciones expuestas, forzoso es concluir que no resulta ajustada a los hechos ni al Derecho la cláusula que sujeta a los aludidos trabajadores a la norma excepcional consagrada en el referido inciso del artículo 22 ya citado, al no observarse los requisitos y condiciones que ésta prescribe al efecto.


2. En cuanto a la forma de hacer efectiva la modificación del contrato individual para corregir la situación comentada en el numeral anterior, cabe señalar que, tratándose de un instrumento convencional, corresponde que los cambios se realicen según lo preceptuado por el artículo 11 inciso 1° del estatuto laboral, a saber, por escrito, de mutuo acuerdo y firmado por las partes al dorso del propio contrato de origen o en documento anexo.

Ahora bien, en el evento de negarse el trabajador a la modificación de la cláusula ilegal para subsanar la infraccionalidad sancionada por la autoridad y ajustarla a la normativa del caso, resulta necesario aplicar el criterio sostenido por esta Dirección en el dictamen Ord. 4593/042 de 18.10.2012, que, en lo que interesa, concluye *"que no existiendo acuerdo entre las partes para modificar la distribución de una jornada semanal de trabajo que contraviene la normativa vigente, compete al empleador modificar unilateralmente el contrato de trabajo con el solo objeto de adecuar a la ley la respectiva estipulación."*

Con todo, deviene inconcuso que la modificación que puede disponer el empleador en esta excepcional situación, debe dar lugar a una cláusula contractual que se ajuste plenamente al ordenamiento jurídico vigente y, a la vez, que respete los derechos legales y convencionales que han configurado la relación laboral de marras, quedando siempre a resguardo la potestad de este Servicio de practicar toda fiscalización que merezca el caso en estudio o cualquiera de las demás materias propias de su competencia.

Saluda atte.

  
  
**JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**  
**DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

  
JF/CLCH

Distribución:

- Dest
- Gabinete Director
- Jurídico.
- Partes.
- Control.