



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E17722 (1095) 2019

Jurídico

ORDINARIO N°: 1408 /

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Registro y control de asistencia. Aplicación móvil. GPS.
Medios de control. Costo de datos móviles.

RESUMEN:

- 1-. En virtud del poder de dirección de que goza el empleador, es éste quien tiene derecho a determinar el tipo de sistema de registro y control de asistencia a utilizar en la empresa. Sin embargo, si se tratara de un sistema informático, el mecanismo elegido debe cumplir con lo dispuesto por este Servicio en los dictámenes N°1140/027 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017.
- 2-. Por tratarse de una herramienta tecnológica destinada a que el empleador de cumplimiento a la obligación legal establecida en el inciso 1° del artículo 33 del Código del Trabajo, la utilización de un sistema de registro y control de asistencia no puede generar ningún costo para los trabajadores.
3. La obligación de portar los equipos telefónicos durante todo el día y enviar fotografías a través de las aplicaciones móviles "Portia Net" y "Talana", se encontraría ajustada a Derecho en la medida que las partes formalmente así lo hayan convenido en el contrato de trabajo o en un anexo de este.
- 4-. Si bien no existe inconveniente en que, por distintas razones, los trabajadores se encuentren sometidos a diferentes controles físicos y electrónicos durante su jornada laboral, sólo uno de ellos puede entregar información válida para el registro y control de asistencia y las horas de trabajo.
- 5-. Atendido que los trabajadores por los que se consulta realizan labores de reposición de mercaderías en supermercados, es dable estimar que mantener encendido el GPS de los teléfonos celulares durante toda la jornada laboral excede los fines de un sistema de registro de asistencia, transformándolo en un mecanismo de vigilancia.
- 6-. Es obligación del empleador realizar todas las acciones de capacitación que resulten necesarias para que los trabajadores puedan utilizar correctamente el sistema de registro y control de asistencia.
- 7-. Los trabajadores sólo se encuentran obligados a realizar las labores a las cuales se han comprometido, sea en su contrato de trabajo o en anexos de este.

ANTECEDENTES:

- 1) Revisión de 03.02.2020 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal de la Dirección del Trabajo.
- 2) Presentación de 28.05.2019 de Sr. Gilberto Gómez Fuentes, Presidente Sindicato Interempresa Portia Ltda.

SANTIAGO, 08 ABR 2020

**DE : JEFA (S) DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A : SR. GILBERTO GÓMEZ FUENTES
PRESIDENTE SINDICATO INTEREMPRESA PORTIA LTDA.
s.portialtda@gmail.com**

Mediante presentación del antecedente 2), solicita a este Servicio un pronunciamiento jurídico acerca de la implementación, por parte de su empleadora, de un sistema electrónico de registro y control de asistencia, el cual operaría mediante una aplicación con GPS que se instala en equipos celulares de trabajadores que se desempeñarían como reponedores en supermercados.

A mayor abundamiento, indica que su empleadora entregaría a los trabajadores un teléfono celular con una cantidad de minutos y datos para la utilización del sistema de registro y control de asistencia.

Agrega que en caso de exceder la cantidad de minutos o datos prepagados por la empleadora, los trabajadores serían responsables de asumir el costo de la diferencia. Asimismo, se les entregaría a los dependientes la responsabilidad por la pérdida o deterioro de los equipos.

Además, indica que los trabajadores deberían portar los equipos telefónicos durante todo el día y enviar fotografías a través de las aplicaciones móviles "Portia Net" y "Talana".

En el mismo contexto, plantea que los trabajadores que representa se encontrarían sometidos a diversos mecanismos de control físicos y electrónicos.

En efecto, señala en su presentación que al ingresar a los recintos existe un mecanismo de control de acceso. Una vez adentro, se encontrarían sometidos a la vigilancia de supervisores y, además, ahora tendrían que utilizar la nueva aplicación móvil con GPS.

Manifiesta, asimismo, su preocupación por la complejidad del uso de la aplicación móvil, lo que podría importar que algunos trabajadores cometan errores en su utilización.

Finalmente, indica que la implementación del nuevo sistema de registro de asistencia, sumado a las aplicaciones móviles "Portia Net" y "Talana", importaría la ejecución de nuevas obligaciones que no se encuentran consignadas en sus contratos individuales de trabajo, tales como; enviar fotografías de las salas de venta, medir espacios de productos en góndolas, tratado de productos mermados, etc.

Aclarado lo anterior, cúpleme informar a usted lo siguiente:

1-. En cuanto al primer tema, cabe considerar que de acuerdo al artículo 33 del Código del Trabajo, llevar un sistema de control de asistencia es una obligación a que está sujeto el empleador y, en consecuencia, es éste quien debe ocuparse de que el registro que haya elegido para los efectos de la norma, funcione en condiciones propicias y sea llevado por su personal en forma correcta, pudiendo tomar las medidas que sean pertinentes, dentro de su facultad de dirigir, organizar y administrar la empresa, para que se cumpla con tal objetivo, doctrina reiterada de esta Dirección contenida, entre otros en dictamen N°5254/355 de 13.12.2000.

A su turno, en virtud de esa misma facultad de mando, el empleador puede establecer en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad aquellas normas relativas a la forma como debe utilizarse el registro de asistencia por parte del personal y cuya inobservancia cabe sancionar de conformidad con los N°s 10 y 11 del artículo 154 del Código del Trabajo.

Finalmente, respecto de este punto, resulta necesario indicar que este Servicio, a través de los dictámenes N°1140/027 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017, ha regulado las condiciones técnicas mínimas de operación de los sistemas de registro y control de asistencia computacionales.

2-. Acerca del costo que debieran asumir los trabajadores por exceder el plan de minutos y datos contratado, o la pérdida o daño de los equipos celulares propiedad de la empleadora, cabe precisar que, por tratarse de una herramienta tecnológica destinada a que el empleador dé cumplimiento a la obligación legal establecida en el inciso primero del artículo 33 del Código del Trabajo, su utilización no puede significar en modo alguno un gasto para los dependientes por los que se consulta.

En efecto, el criterio doctrinario sostenido por este Servicio en el ámbito que nos interesa se desprende de pronunciamientos como el contenido en el dictamen N°3716/190 de 11.11.2002, que, en resumen, concluyó lo siguiente:

“Los trabajadores que se desempeñan para (...) no están obligados a asumir el costo de reposición de la tarjeta magnética que la empresa nombrada utiliza para los efectos de controlar su asistencia, con ocasión de su extravío, cambio o deterioro, razón por la cual no resulta jurídicamente procedente efectuar un descuento remuneracional al respectivo dependiente por tal concepto.”

Como se puede apreciar, la citada jurisprudencia discurre sobre la base de la necesaria certeza que debe revestir la determinación y pago de las remuneraciones en el marco del contrato de trabajo, pues el dependiente, atendida la sola naturaleza de la contraprestación, ha de tener cabal conocimiento respecto de cuál es el monto de la remuneración que tiene derecho por la ejecución de las funciones a que se obliga mediante el contrato, propósito que se vulneraría si una de las partes contratantes tiene la facultad de efectuar descuentos de la remuneración ante circunstancias calificadas por ella misma y por los montos que ella también determine, como sucedería en caso que el empleador pudiese efectuar tales descuentos por concepto de costo de reposición por extravío, cambio o deterioro del utensilio destinado al control de la asistencia de los trabajadores.

Asimismo, en el referido pronunciamiento, esta Dirección objeta no sólo la circunstancia de ser el empleador quien determine los valores a pagar sino principalmente que él mismo se asegure de arbitrar las medidas tendientes a la recuperación de éste, a través del descuento remuneracional correspondiente, procedimiento que contraviene la normativa laboral vigente al afectar el principio de certeza de la remuneración, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

A mayor abundamiento, reiteradamente este Servicio ha señalado que no resulta jurídicamente procedente que el empleador, en virtud de una suerte de autorización genérica y anticipada, sea quien pueda calificar el grado de responsabilidad del trabajador, así como el nivel de deterioro o el valor de reposición de los bienes de la empresa; materias cuya resolución correspondería, en caso de no mediar el acuerdo de las partes contratantes, a los Tribunales de Justicia de acuerdo a lo dispuesto en dictamen N°2520/137 de 13.05.1999.

En el mismo orden de ideas, se ha declarado de modo invariable que la ponderación del deterioro de herramientas o elementos de trabajo en poder del trabajador se vincula a una situación de hecho que, como tal, requiere de prueba ante los Tribunales de Justicia, que serán los encargados de su conocimiento y resolución.

En efecto, a través de dictamen N°2863/26 de 25.06.2012, esta Dirección, en lo que interesa, ha sostenido lo siguiente:

"De este modo, el derecho constitucional a la defensa y a ser juzgado sólo por el tribunal que la ley indique y que haya sido establecido con anterioridad por ésta, se vería gravemente afectado si el empleador determina por sí y ante sí, las responsabilidades por deterioros o pérdidas en los equipos entregados a su personal para la ejecución de sus funciones..."

...De las normas constitucionales y legales antes transcritas se desprende inequívocamente que resulta jurídicamente improcedente, aun con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3º del citado artículo 58, que sea el empleador quien pueda, en caso de pérdida o deterioro de alguno de los equipos de radio entregados a los trabajadores por los que se consulta, fijar el grado y monto de la pérdida o los daños respectivos ni determinar la responsabilidad del dependiente en tales hechos para el correspondiente descuento de sus remuneraciones, materia ésta que debe ser resuelta por los Tribunales de Justicia."

Finalmente, debemos indicar que se ha tenido a la vista un documento denominado "ENTREGA DE EQUIPO CELULAR", el cual emanaría de la empleadora, en cuyo texto efectivamente se describe con total claridad el proceso de descuento de remuneraciones por excederse en el plan de minutos y datos, pérdida o daño de los equipos.

Considerando lo señalado en los párrafos que anteceden, es dable concluir que el instrumento señalado no se ajusta a Derecho por lo que debe ser modificado por la empleadora.

3-. Respecto de la obligación de portar los equipos telefónicos durante todo el día y enviar fotografías a través de las aplicaciones móviles "Portia Net" y "Talana", debemos señalar que ella se encontraría ajustada a Derecho en la medida que las partes formalmente así lo hayan convenido en el contrato de trabajo o en un anexo de este.

Ahora bien, particularmente acerca de la obligación de tomar una fotografía y, posteriormente, enviarla a través de una red de comunicación, en principio, no resultaría vulneratoria de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En efecto, la fotografía en sí misma constituye un documento electrónico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º, letra d) de la Ley N°19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, mediante la cual los trabajadores podrían identificarse en un sistema, tal como lo harían con una clave o su huella digital.

Precisado lo anterior, es dable señalar que la información tenida a la vista para la confección del presente informe no permite determinar la finalidad de dicha fotografía, por lo que sólo cabe indicar que si ella busca ser el medio de identificación para la realización de marcaciones en el sistema de asistencia se encontraría ajustada a Derecho.

Por el contrario, si su finalidad fuera otra, por ejemplo, determinar parámetros de rendimiento laboral, la fotografía de que se trata no podría formar parte de un sistema autorizado específicamente para el control de la asistencia y horas de trabajo.

Sin embargo, debemos reiterar que la información que se ha tenido a la vista para la confección del presente informe resulta insuficiente para emitir una opinión concreta sobre la materia.

4-. En cuanto al hecho de que los trabajadores que representa se encontrarían sometidos a diversos mecanismos de control físicos y electrónicos, cabe precisar que, en principio, ello podría encontrarse ajustado a Derecho.

En efecto, cada empleador podría disponer diferentes mecanismos para controlar situaciones diversas, por ejemplo, el sistema consultado busca registrar la asistencia y las horas de trabajo y descanso.

No obstante, ello no implica que el establecimiento o faena no pueda contar con un control de acceso, el cual se justifica por razones de seguridad.

Finalmente, también podríamos encontrar, a modo ejemplar, supervisores encargados de velar por el cumplimiento de normas de higiene y seguridad.

Como es dable apreciar, efectivamente los trabajadores pueden encontrarse sometidos a diferentes sistemas de control en el contexto de la prestación de sus servicios.

Ahora bien, respecto exclusivamente del sistema de registro y control de asistencia, resulta necesario hacer presente que cada empleador sólo puede utilizar un mecanismo, a menos que tenga más de un establecimiento, en cuyo caso podría implementar una alternativa en cada faena o local.

La segunda excepción a la regla antedicha, se configura si los trabajadores de que se trata tuvieran autorizado un sistema especial de control de asistencia, de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 33 del Código del Ramo, como ocurre en la especie, dado que la Resolución Exenta N°300 de 1990, de la Dirección del Trabajo, fija requisitos y regula un procedimiento para establecer un sistema opcional de control de asistencia y determinación de horas de trabajo para los trabajadores que laboran en empresas de servicios de promoción, demostración y reposición de productos o mercaderías.

Sin embargo, tal como indica la norma citada sus preceptos son opcionales, por lo que los empleadores del rubro pueden elegir entre dicho sistema o uno de aplicación general, como ocurre con las plataformas electrónicas reguladas por los dictámenes N°1140/027 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017.

Finalmente, respecto de esta materia, resulta pertinente indicar que la información que se utilice para determinar la asistencia y las horas de trabajo de un trabajador sólo puede provenir de una fuente, vale decir, que sin perjuicio de que existan en la empresa diferentes sistemas de control para objetivos diversos, sólo uno de ellos puede recoger las marcaciones de los dependientes.

5-. En cuanto a si se ajusta a Derecho que los trabajadores mantengan activado el GPS de los equipos móviles durante toda la jornada laboral, cabe precisar que esta Dirección ya se ha pronunciado sobre la materia a través de Ord. N°569 de 30.01.2018.

Ahora bien, la procedencia de mantener activada una herramienta de geolocalización durante todo el periodo de prestación de servicios, debe ser resuelta caso a caso, dado que su pertinencia dependerá de las funciones ejecutadas por los trabajadores.

Así, por ejemplo, resulta indiscutible que la seguridad de los pasajeros prima por sobre otras consideraciones individuales, lo que permite legitimar no sólo la geolocalización, sino incluso la grabación de las conversaciones de cabina en el caso de los pilotos de aeronaves. Igual justificación encontramos en la posibilidad de un naufragio, lo que sustenta la necesidad de mantener activo el GPS de las naves.

Precisado lo anterior, es del caso señalar respecto de la situación que nos ocupa que, en opinión del suscrito, la intensidad del control planteado no se ajusta a las labores realizadas por los socios de la organización sindical recurrente bastando, para el correcto desempeño de la herramienta, que los reponedores activen el GPS cada vez que deban realizar una marcación de inicio o término de jornada o, incluso, marcar su arribo a un nuevo supermercado en el caso de que deban desplazarse por diferentes establecimientos, pero no se ve justificación alguna para monitorear su ubicación física dentro de un supermercado.

Lo anterior, por cuanto para este Servicio la intensidad del control planteado excede los fines de un sistema de registro de asistencia, transformándolo en un mecanismo de vigilancia.

A mayor abundamiento, debemos recordar que este Servicio, a través de dictamen N°2328/130 de 19.07.2002, ha señalado: "(...)el reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales, así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial, lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control(...)sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad(...)debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo".

Por el contrario, la utilización de tales medios "únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que supone un control ilimitado, que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad, lo que implica no sólo un control extremada e infinitamente más intenso que el ejercido directamente por la persona del empleador o su representante, sino que en buenas cuentas significa el poder total y completo sobre la persona del trabajador, constituyendo una intromisión no idónea y desproporcionada en su esfera íntima, haciendo inexistente todo espacio de libertad y dignidad".

Como puede apreciarse de los párrafos transcritos, las facultades inherentes al poder empresarial deben entenderse limitadas frente a los señalados derechos fundamentales de los dependientes. De este modo, no resulta ajustado a Derecho que el empleador intente, indirectamente, implementar un mecanismo de vigilancia bajo la excusa de tratarse de un sistema de registro de asistencia.

6-. Sobre la complejidad que conllevaría la utilización de la aplicación móvil en examen, es del caso indicar que es responsabilidad del empleador realizar las capacitaciones necesarias para el correcto uso del sistema.

7-. Finalmente, en cuanto a las nuevas obligaciones que deberían ejecutar los trabajadores por los que se consulta, a consecuencia de la implementación de la aplicación denominada "Portia Net", debemos señalar que se ha acompañado un documento titulado "ANEXO DE APLICACIÓN PORTIA NET" el cual, en lo pertinente, dispone:

"Las partes acuerdan, que con el objeto de optimizar los procesos productivos y de desarrollo en las funciones, Comercial Portia pondrá a partir del día 1 de abril de 2019, a disposición de sus colaboradores una aplicación en los teléfonos celulares previamente asignados, que permita como mínimo el desarrollo de las funciones más adelante detalladas, y que desde ya el trabajador se compromete a ejecutar como parte de sus tareas diarias. Esta aplicación no es un control de asistencia".

En tal orden de consideraciones, respecto del anexo citado es dable señalar las siguientes observaciones:

7.1-. En virtud del principio de certeza de la prestación de los servicios, los trabajadores tienen el derecho de conocer con anticipación y claridad cuáles son las tareas que deben ejecutar, como contraprestación de la obligación del empleador de pagar las remuneraciones.

En la especie, si bien el anexo en examen señala algunas nuevas funciones, no se estima ajustada a Derecho la frase "como mínimo", la cual inequívocamente implica que el empleador espera del trabajador la ejecución de otros servicios no indicados en el mismo documento, por lo que se estima necesario precisar dichas tareas.

7.2-. El mismo anexo en análisis expresa que la aplicación "...no es un control de asistencia", por lo que la información generada por dicho software no puede ser utilizada para determinar ni asistencia, horas de trabajo o descansos.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y administrativas citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud., lo siguiente:

- 1-. En virtud del poder de dirección de que goza el empleador, es éste quien tiene derecho a determinar el tipo de sistema de registro y control de asistencia a utilizar en la empresa. Sin embargo, si se tratara de un sistema informático, el mecanismo elegido debe cumplir con lo dispuesto por este Servicio en los dictámenes N°1140/027 de 24.02.2016 y N°5849/133 de 04.12.2017.
- 2-. Por tratarse de una herramienta tecnológica destinada a que el empleador dé cumplimiento a la obligación legal establecida en el inciso primero del artículo 33 del Código del Trabajo, la utilización de un sistema de registro y control de asistencia no puede generar ningún costo para los trabajadores.
3. La obligación de portar los equipos telefónicos durante todo el día y enviar fotografías a través de las aplicaciones móviles "Portia Net" y "Talana", se encontraría ajustada a Derecho en la medida que las partes formalmente así lo hayan convenido en el contrato de trabajo o en un anexo de este.
- 4-. Si bien no existe inconveniente en que, por distintas razones, los trabajadores se encuentren sometidos a diferentes controles físicos y electrónicos durante su jornada laboral, sólo uno de ellos puede entregar información válida para el registro y control de asistencia y las horas de trabajo.
- 5-. Atendido que los trabajadores por los que se consulta realizan labores de reposición de mercaderías en supermercados, es dable estimar que mantener encendido el GPS de los teléfonos celulares durante toda la jornada laboral excede la finalidad que persigue el establecimiento de un sistema de registro de asistencia, transformándolo en un mecanismo de vigilancia.
- 6-. Es obligación del empleador realizar todas las acciones de capacitación que resulten necesarias para que los trabajadores puedan utilizar correctamente el sistema de registro y control de asistencia.
- 7-. Los trabajadores sólo se encuentran obligados a realizar las labores a las cuales se han comprometido, sea en su contrato de trabajo o en anexos de este.

Saluda atentamente a Ud.,

Sonia Mena Soto

SONIA MENA SOTO
ABOGADA

JEFA (S) DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



[Signature]
 XBP/RCC
 Distribución:
 - Jurídico
 - Partes