

C.A. de Santiago

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que recurre de Protección el **Sindicato Nacional de Trabajadoras y Trabajadores de la Empresa Fundación PRODEMU**, representada por su directiva y en representación de sus socias y socios, en contra de la **Fundación para la Promoción y Desarrollo de la Mujer PRODEMU**, por la adopción, por parte de la recurrida, de un sistema remoto por vía de una aplicación celular, presentado como un nuevo **sistema** de control de asistencia, el que oculta un **sistema** de revisión y control sobre los trabajadores y trabajadoras, que implica una vulneración actual, permanente y continua del derecho a ser tratados dignamente, las garantías constitucionales a la privacidad y honra, así como a la protección sobre datos personales sensibles y la propiedad individual respecto de los mismos, de conformidad con los artículos 1°, inciso primero y 19 N° 4 y N° 24 de la Constitución Política de la República, las disposiciones de la Ley N°19.628 que cita y el artículo 33° del Código del Trabajo, según desarrolla.

En cuanto a los hechos que fundamentan su recurso, señala que, en el curso del año 2020, PRODEMU, en el contexto de la crisis sanitaria, estableció la modalidad de teletrabajo para todos los funcionarios y funcionarias, de manera gradual, siguiendo la evaluación del "Plan Paso a Paso". Agregan que desde la primera semana del mes de abril del 2021, la recurrida comenzó a aplicar de manera permanente y general, un nuevo sistema de control de asistencia remota, denominado BNOVUS, consistente en un sistema de marcación de asistencia, la que se realiza a través de geolocalización en los celulares institucionales mediante una aplicación llamada BNOVUS, la cual debe ser cargada en un celular y, por ello, PRODEMU entregó aparatos celulares a los funcionarios y funcionarias que así lo requirieron, en tanto que otros bajaron directamente la aplicación en sus equipos móviles personales. Explican que el sistema exige, al momento de iniciar conexión, la captura instantánea y envío de una foto facial cada vez que se conectan (entrada) y se desconectan (salida). Considerando que el número de trabajadores a nivel nacional asciende a 450 funcionarios aproximadamente



y se deben enviar diariamente 2 fotografías, mensualmente se puede llegar a crear un banco de 90.000 imágenes y un total anual de 1.080.000.

Refieren que, desde la primera semana de abril del presente año, el Sindicato comenzó a recibir reclamos de sus asociados por sentirse molestos e invadidos en su privacidad con un sistema altamente controlador, ajeno a la cultura institucional, que hasta esa fecha a nivel nacional mantenía uno de control vía firma manual de un libro de asistencia, salvo en la casa central de PRODEMU, que tenía implementado uno de huella dactilar como verificador de identidad.

Agregan que la recurrida no pidió autorización alguna para aplicar un sistema que incluye, vía captura, la recopilación y almacenamiento de las imágenes personales y desconocen el destino y uso de las mismas, argumentándose, únicamente, facultades propias como empleador para su implementación, excluyendo a todo el equipo Directivo y los funcionarios de confianza de la administración, lo que, aun tratándose de personal eximido del control de jornada, deviene en un trato discriminatorio atendida la naturaleza del sistema implementado.

Argumentan que no resulta idóneo, necesario ni proporcionado, implementar un sistema de absoluto control geolocalizable de asistencia que, además, exige captura y envío de fotos diarias, pues si el objetivo es el control de asistencia, debía adoptarse un sistema digitalizado remotamente que no incluyera medidas tan invasivas como un georreferenciación y envío de fotos instantáneas, las que exceden el artículo 33 del Código del Trabajo que establece que los objetivos del registro de asistencia, son el control de asistencia y de las horas trabajadas.

En mérito de lo expuesto, solicitan que ordene suspender la aplicación de este sistema o, en su defecto, se disponga la modificación del mismo, eliminando los componentes de geolocalización, captura y envío de imágenes, disponiendo asimismo que se eliminen del sistema la base de datos con todo registro de imágenes personales de los funcionarios, con expresa condenación en costas.

SEGUNDO: Que, en representación de la recurrida, don Alfredo Valdés Rodríguez evacuó el informe requerido, solicitando el rechazo del recurso, con costas.



Sostiene, en primer término, que la recurrente carece de legitimación activa, al no individualizar a los asociados titulares de los derechos garantizados constitucionalmente para los cuales se pide la protección.

Afirma, además, que la acción habría sido impetrada en forma extemporánea al haber sido interpuesta el 1 de mayo del presente año, en circunstancias que el sistema que la motiva fue adquirido por la Fundación PRODEMU en octubre de 2020, comenzándose a capacitar al equipo del Departamento de Personas desde ese mismo mes, remitiéndose con fecha 18 de febrero de 2021 un correo electrónico a todos los trabajadores informando acerca de su implementación a contar del 1 de marzo de 2021, adjuntándoseles, con fecha 23 de febrero del año en curso, el respectivo manual, siendo esta última la fecha en que la recurrente tomó formal conocimiento del nuevo sistema de registro de asistencia y de sus características técnicas.

En cuanto al fondo, se argumenta que no se menciona con precisión, cuál sería el “acto arbitrario o ilegal” que conculcaría las garantías constitucionales que se mencionan, no resultando claro si lo que se cuestiona en sí mismo es la implementación de un nuevo sistema de control de asistencia o, por el contrario, si lo es el sistema en sí mismo.

Afirma que, si lo cuestionado es “la implementación del sistema de control de asistencia”, las disposiciones de los artículos 10 N°3 y N°5, 33, 152 quáter H, 152 quáter J, todos del Código del Trabajo, obligan al empleador a implementar un sistema de control de asistencia, por lo cual en ningún caso dicha conducta puede ser calificada como arbitraria o ilegal.

Por el contrario, si lo reprochado es el “sistema BNOVUS en sí mismo”, y en especial la obligación de tomar una fotografía que es transmitida por el sistema para efectos de la identificación del trabajador, se afirma por la recurrida que la Dirección de Trabajo ha comunicado, mediante Ordinario de fecha 2 de mayo de 2018, que el sistema denominado BNOVUS se ajusta a las exigencias que sobre la materia estableció en su dictamen N°1140/027, de 24 de febrero de 2016, por lo que resulta válida su utilización en el contexto de las relaciones laborales, agregando que la citada autoridad, mediante Ordinario 1408, de 8 de abril de 2020, se pronunció



específicamente acerca de la obligación de portar los equipos telefónicos durante todo el día y enviar fotografías a través de las aplicaciones móviles, concluyendo que esto se encuentra ajustado a Derecho en la medida que las partes lo hayan convenido en el contrato de trabajo o en un anexo, y que la fotografía se utilice para efectos de la identificación del trabajador.

De este modo, en cualquiera de las dos hipótesis antes resumidas, sostiene que no ha incurrido en ningún acto arbitrario o ilegal, sino que, por el contrario, se ha dado cumplimiento a la legislación vigente respecto a la materia.

En lo que toca a las garantías que se denuncian conculcadas, se afirma que el juicio de ponderación formulado por la recurrente excede el marco de la acción de protección, resultando propio de la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales contenida en el Párrafo 6°, del Título I, del Libro V, del Código del Trabajo, “Del procedimiento de Tutela Laboral”, que debe ser realizada por el Juez del Trabajo en un juicio de lato conocimiento, reiterando que registrar la asistencia en un sistema de registro autorizado por la Dirección del Trabajo, y en cumplimiento de las normas legales que rigen la materia, en ningún caso constituye una privación, perturbación o amenaza de garantías constitucionales.

Afirma que el anexo de contrato por el cual se adoptó la modalidad de teletrabajo en PRODEMU, cumple con la exigencia de determinar el lugar donde el trabajador prestará sus servicios, siendo éste su domicilio particular, y a la vez, con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el Ord. 1408 de la Dirección del Trabajo de 8 de abril de 2020, la recurrida solicitó a todos los trabajadores sujetos a jornada laboral firmar un anexo que entró en vigencia el 1 de junio de 2021, en el que se pactó que *“el/la trabajador/a se obliga a portar el equipo telefónico institucional previamente entregado por la Fundación o su teléfono personal, previo consentimiento para tal efecto, durante todo el día y, enviar fotografías a través de la aplicación móvil BNOVUS al inicio y término de la jornada laboral”*. Por otra parte, se señala expresamente que *“... la fotografía enviada por el/la trabajador/a a través de BNOVUS tiene por objeto exclusivo y único, ser un medio de identificación para la realización de marcaciones en el sistema de asistencia.”*

TERCERO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, la acción de protección requiere para su acogida la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos: a) Una conducta por acción u omisión ilegal o arbitraria; b) La afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en el mencionado precepto; c) Relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional; y d) Posibilidad del órgano jurisdiccional ante el cual se plantea de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado.

CUARTO: Que, primeramente y en cuanto a la alegación de falta de legitimación activa opuesta por la recurrida, la misma debe ser desestimada toda vez que la recurrente, acorde a su naturaleza y función legal, representa a los trabajadores en ejercicio de sus derechos, estando facultada para deducir la acción intentada a nombre de sus asociados sin necesidad de individualizarlos, de conformidad con el artículo 220 del Código del Trabajo, en concordancia con el artículo 20 de la Constitución Política de la República y las normas del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

QUINTO: Que a su turno, en lo que toca al reproche de extemporaneidad de la acción intentada, debe puntualizarse que habiéndose ésta deducido el día 1 de mayo del año en curso e invocándose por la recurrente la afectación actual, permanente y continua de garantías constitucionales por la implementación del sistema denominado BNOVUS, esta alegación tampoco puede prosperar con apego a las propias aseveraciones de la recurrida, pues al informar da cuenta que la entrada en vigencia obligatoria del sistema en cuestión se pospuso para el mes de junio de 2021, rigiendo vigencia del anexo de contrato que suscribió con sus trabajadores para dichos efectos a contar del día 1 de aquel mes.

SEXTO: Que, en cuanto al fondo, el pronunciamiento pedido de esta Corte exige analizar si la adopción por parte de la recurrida, como sistema de control horario en modalidad de teletrabajo del sistema denominado BNOVUS, acorde a sus



características de operación, constituye una conducta ilegal o arbitraria, de la cual derive afectación de garantías constitucionalmente protegidas.

SÉPTIMO: Que, para la acertada decisión del asunto, debe tenerse presente que en contexto de la pandemia a consecuencia del virus Covid-19, que ha obligado la adopción de medidas restrictivas de desplazamiento y de confinamiento con fines de protección sanitaria, en marzo de 2020 se publicó la Ley N° 21.220 que modificó el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia, que se define, en el nuevo artículo 152 quáter G, incisos segundo y tercero, como aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, denominándose teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios. Esta modalidad exige pacto expreso, celebrado al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, sin que pueda significar menoscabo de los derechos del trabajador.

OCTAVO: Que, la regulación legal del trabajo a distancia y del teletrabajo establece, en lo pertinente y en el artículo 152 quáter J del Código del Trabajo, que es de cargo del empleador, cuando corresponda, implementar a su costo un mecanismo fidedigno de registro de cumplimiento de jornada de trabajo a distancia, de conformidad con el artículo 33 del mismo cuerpo legal.

NOVENO: Que, siendo una obligación del empleador adoptar a su cargo una modalidad de control horario fidedigno para sus dependientes sujetos a teletrabajo corresponde analizar si las características técnicas de operación de la aplicación móvil denominada BNOVUS, contratada e implementada por la recurrente respecto de sus trabajadores sujetos a cumplimiento de jornada que hubieren suscrito el respectivo anexo de contrato adoptando dicha modalidad laboral, cumple con las exigencias legales, sin devenir en arbitrario, dadas específicamente las características de geolocalización y de captura de imágenes móviles en que se estructura, y que fundamentan medularmente el reproche de la recurrente, al calificarlas de invasivas y desproporcionadas a la finalidad pretendida.



DÉCIMO: Que el análisis a que se refiere el motivo que precede ya fue efectuado por la autoridad administrativa competente, esto es la Dirección del Trabajo, quien, en ejercicio de sus potestades y según así dan cuenta los antecedentes allegados al proceso, ha emitido pronunciamiento, mediante Ordinario N°1408, de 8 de abril de 2020 respecto del uso de aplicaciones móviles para control horario y envío de fotografías para marcación de la jornada diaria, en la medida que las partes lo hayan convenido en el contrato de trabajo o en su anexo y que la fotografía se emplee únicamente para la identificación del trabajador, especificando que *“...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 2°, 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. Precitado 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”*.

Que a lo anterior debe adicionarse, en lo que particularmente respecta al sistema denominado BNOVUS, que la recurrida acompañó a los autos el Ordinario N°2034, de 16 de agosto del presente año, de la Dirección del Trabajo, autorizando dicho sistema de registro y control de asistencia en el contexto de la relación laboral, por ajustarse a los dictámenes N° 1140/027 de 2016 y N° 5849/133 de 2017, del mismo origen.

UNDÉCIMO: Que, por las razones antedichas y habiendo ponderado debidamente los antecedentes del caso, no se advierte en la especie una conducta ilegal o arbitraria en la adopción del sistema de registro y control de asistencia



adoptado por la fundación PRODEMU para sus trabajadores sujetos a la modalidad de trabajo a distancia o de teletrabajo, en tanto así se haya pactado en el respectivo contrato de trabajo o anexo del mismo y se observen por parte del empleador las limitaciones impuestas por la ley e instrucciones de la Dirección del Trabajo.

Por lo recién concluido, el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar, lo que permite obviar el examen respecto de las garantías constitucionales que se dicen afectadas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso deducido por el **Sindicato Nacional de Trabajadoras y Trabajadores de la Empresa Fundación PRODEMU** en contra de la **Fundación para la Promoción y Desarrollo de la Mujer PRODEMU**.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante Roberto von Bennewitz Álvarez.

La Ministra señora Gloria María Solís Romero no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por encontrarse ausente.

Protección Rol N°6.459-2021.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Inelie Duran M. y Abogado Integrante Roberto Von Bennewitz A. Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.