

Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/E (901) 2020

DICTAMEN: 1124 / 010

ACTUACIÓN:
Fija doctrina

MATERIA:
Emergencia sanitaria COVID-19.

RESUMEN:

1. No resulta ajustado a derecho que las partes de la relación laboral se eximan del cumplimiento de sus obligaciones que emanan del contrato de trabajo, por no contar el trabajador con el resultado de negativo de un examen PCR para detección del virus COVID-19, salvo que se le otorgue licencia médica, en virtud de las instrucciones de la autoridad sanitaria.
2. No resulta concordante con el principio de no discriminación en el trabajo, pues altera la igualdad de oportunidades y trato, ni menos resulta razonable ni legítimo que el empleador, a priori, niegue a sus trabajadores el ingreso a prestar servicios por no contar con un examen PCR negativo para detección de COVID-19, sin existir, en el caso concreto, alguna sospecha de contacto que requiera la concurrencia de dicho trabajador a un centro asistencial para su categorización, evaluación y diagnóstico, en los términos expuestos por el Ministerio de Salud, en los Ordinarios B51 N°4239 de 05.10.2020 y B1 N°939 de 24.03.2020.
3. Los mecanismos de control establecidos por el empleador, en virtud de la potestad de mando, deben encontrarse contemplados en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa que desee implementarlo, en términos tales que respete los derechos fundamentales de los trabajadores.

ANT.:

- 1) Instrucciones de 22.03.2021 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
- 2) Instrucciones de 29.01.2021 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
- 3) Instrucciones de 22.12.2020, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 4) Pase N°75 de 13.11.2020, de Jefa de Gabinete Subdirectora del Trabajo.
- 5) Pase N°59 de 22.09.2020, de Subdirectora del Trabajo.
- 6) Instrucciones de fecha 01.09.2020, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 7) Instrucciones de fecha 17.08.2020, de Jefa de Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 8) Correo electrónico de fecha 05.05.2020, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 9) Correo electrónico de fecha 05.05.2020, de Jefa Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 10) Correo electrónico de fecha 05.05.2020, de Jefa de Gabinete Directora del Trabajo (S).
- 11) Correo electrónico de fecha 04.05.2020, de Intendente de Seguridad y Salud en el Trabajo.

FUENTES:

Constitución Política de la República, artículo 19 N°16; Código del Trabajo, artículos 2, 5, 7, 154 y 184.

Ordinarios del Ministerio de Salud B51 N°4239 de 05.10.2020 y B1 N°939 de 24.03.2020.

CONCORDANCIA:

Dictamen N°2856/162 de 30.08.2002; Ordinario N°3125 de 09.07.2018.

30 MAR 2021

SANTIAGO,

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

**A : SRA. INTENDENTA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL
MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL**

Mediante el antecedente 11), Ud. ha informado a esta Dirección sobre exigencias efectuadas por una empresa no individualizada

consistentes en la realización de exámenes PCR para detección del virus COVID-19 y su resultado negativo para que los trabajadores puedan retornar a sus faenas.

Al respecto, cúmpleme con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 7 del Código del Trabajo prescribe:

"Contrato individual de trabajo es 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."

De la precitada norma se desprende que el contrato individual de trabajo es un acto jurídico bilateral en cuanto genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes, el cual debe ser cumplido en su integridad en tanto éstas no acuerden dejarlo sin efecto o concurra una causa legal que lo invalide, siendo las principales obligaciones del empleador otorgar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada.

De esta manera, si al trabajador no se le ha otorgado licencia médica en virtud de las instrucciones otorgadas por la autoridad sanitaria, aquel no tiene justificación para no asistir a prestar los servicios para los que ha sido contratado, siendo obligación del empleador otorgarle dicho trabajo y remunerarlo, con excepción de aquellos casos en que no se permite la concurrencia al trabajo, en virtud de un acto de autoridad.

No obstante, lo anterior, el inciso 1º del artículo 184 del Código del Trabajo dispone que *"el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales"*.

Según se infiere de la norma legal precitada, recae en el empleador la responsabilidad principal de proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, informando los riesgos a los organismos competentes y proveyendo de los implementos adecuados de trabajo a sus dependientes para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

De esta manera, ante la existencia en nuestro país de un brote pandémico del virus COVID-19, resulta razonable que un empleador se encuentre interesado en prever y controlar el contagio de éste entre sus trabajadores.

Asimismo, el inciso final del artículo 154 del precitado cuerpo legal dispone que el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad debe contener:

"Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador."

Sin embargo, esta legítima preocupación y las maneras mediante las cuales pueda dar cumplimiento a la obligación contenida en el precitado 184 del Código del Trabajo deben siempre conciliarse con lo prescrito en el inciso primero, del artículo 5º, del Código del Trabajo, el cual dispone:

"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

Por tanto, el poder de dirección del empleador que emana de su derecho de propiedad y de la libertad de empresa, tiene como límite los derechos fundamentales de que son titulares los trabajadores, confirmándose así su condición ciudadana tanto fuera como al interior de la empresa (Dictamen 2856/162 de 30.08.2002).

En dicho escenario, es menester determinar si la medida de exigir a los trabajadores la realización de un test PCR para la detección del SARS-CoV-2 como su resultado negativo para dejarlos ingresar a sus puestos de trabajo y cumplir las funciones para las cuales han sido contratados se encuentra dentro de los límites establecidos por el citado inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo.

Al respecto, la doctrina constitucional y esta Dirección ha señalado reiteradamente que “Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado «*principio de proporcionalidad*», y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad -ponderación- de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleados –constricción del derecho fundamental- y el fin deseado –ejercicio del propio derecho” (Ord. N°2856/162 de 30.08.2002).

Dicho principio general se subdivide a su vez tres subprincipios: “*principio de adecuación*”, en cuya virtud el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto [...]; “*principio de necesidad*”, que exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y el “*principio de proporcionalidad en sentido estricto*”, por el cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción. (Ord. N°2856/162, de 30.08.2002).

A su vez, nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N°16, consagra el principio de no discriminación en el trabajo y prescribe:

“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

En este sentido, el inciso 4° del artículo 2 del Código del Trabajo define como actos de discriminación aquellas “*distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos ... (entre otros), enfermedad..., que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*”

Efectivamente, la realización de un test PCR es un medio apto para la detección del virus COVID-19, constituyéndose en un mecanismo indirecto que permite disminuir la posibilidad de contagio en el trabajo; sin perjuicio de lo cual deben seguirse estrictamente las medidas de prevención recomendadas por la autoridad sanitaria para dichos lugares, publicadas en la página web del Ministerio de Salud (<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/04/Recomendaciones-de-actuacion-en-lugares-de-trabajo.pdf>).

Además, no es concordante con el principio de no discriminación en el trabajo, pues altera la igualdad de oportunidades y trato, ni menos resulta razonable ni legítimo que el empleador, a priori, niegue a sus trabajadores el ingreso a prestar servicios por no contar con un examen PCR negativo para detección de COVID-19, sin existir, en el caso concreto, alguna sospecha de contacto que

requiera la concurrencia de dicho trabajador a un centro asistencial para su categorización, evaluación y diagnóstico, en los términos expuestos por el Ministerio de Salud, en los Ordinarios B51 N°4239 de 05.10.20 y B1 N°939 de 24.03.2020.

Con todo, informo a Ud. que aquellos empleadores que busquen establecer medidas de control en razón de la actual pandemia deberán, en virtud de lo dispuesto en el artículo 154 del Código del Trabajo, cumplir con los siguientes requisitos generales:

"a. Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley;

b. Sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral;

c. Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir, no debe tener un carácter discriminatorio; y

d. Debe respetarse la dignidad del trabajador"

(Ord. N°3125 de 09.07.2018).

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

1. No resulta ajustado a derecho que las partes de la relación laboral se eximan del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, por no contar el trabajador con el resultado negativo de un examen PCR para detección del virus COVID-19, salvo que se le otorgue licencia médica, en virtud de las instrucciones de la autoridad sanitaria.

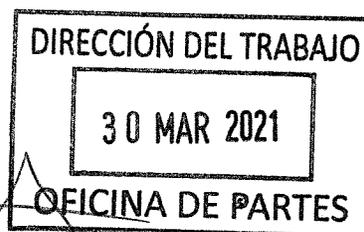
2. No resulta concordante con el principio de no discriminación en el trabajo, pues altera la igualdad de oportunidades y trato, ni menos resulta razonable ni legítimo que el empleador, a priori, niegue a sus trabajadores el ingreso a prestar servicios por no contar con un examen PCR negativo para detección de COVID-19, sin existir, en el caso concreto, alguna sospecha de contacto que requiera la concurrencia de dicho trabajador a un centro asistencial para su categorización, evaluación y diagnóstico, en los términos expuestos por el Ministerio de Salud, en los Ordinarios B51 N°4239 de 05.10.2020 y B1 N°939 de 24.03.2020.

3. Los mecanismos de control establecidos por el empleador, en virtud de la potestad de mando, deben encontrarse contemplados en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa que desee implementarlo, en términos tales que respete los derechos fundamentales de los trabajadores.

Saluda a Ud.,



Lilia Jerez Arévalo
LILIA JEREZ ARÉVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO



JDTP/LBP/NPS

Distribución:

-Jurídico

-Partes

-Boletín Oficial

- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunales
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretaría del Trabajo