



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/E (856) 2021

1216

Jurídico

ORD N°: _____/

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Aplicación de la Ley N°21.342 que "Establece Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de Covid-19 en el país y otras materias que indica".

RESUMEN:

En relación con la interpretación de ciertos aspectos de la Ley N°21.342 deberán ser consideradas las conclusiones contenidas en el cuerpo del presente informe.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de Jefa de Departamento Jurídico (S) de 23.06.2021.
- 2) Instrucciones de Jefa de U. de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales de 03.06.2022.
- 3) Pase N°70 del Departamento de Inspección de 11.08.2021.
- 4) Pase N°54 del Departamento de Inspección de 18.06.2021.

SANTIAGO,

15 JUL 2022

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)

A: JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Mediante solicitud de ANT. 3), debido a la publicación de la Ley N°21.342 que "Establece Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de Covid-19 en el país y otras materias que indica", el Departamento de Inspección plantea varias consultas que se irán abordando según la misma categorización presentada en la solicitud de pronunciamiento.

1.- Naturaleza de las funciones del trabajador y su compatibilidad con la modalidad de teletrabajo.

Señala el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342 lo siguiente: *“Del mismo modo, mientras persista la citada alerta sanitaria, el empleador deberá implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, de conformidad con el Capítulo IX, Título II del Libro I del Código del Trabajo, sin reducción de remuneraciones, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitieren y el o la trabajadora consintiere en ello, si se tratare de un trabajador o trabajadora que acredite padecer alguna condición que genere un alto riesgo de presentar cuadro grave de infección, como ser una persona mayor de 60 años, tener hipertensión, enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedad pulmonar crónica u otras afecciones pulmonares graves, enfermedad renal con requerimiento de diálisis o similar; tratarse de una persona trasplantada y que continúe con medicamentos de inmunosupresión; padecer de cáncer y estar actualmente bajo tratamiento; tratarse de una persona con un sistema inmunitario disminuido como resultado de afecciones o medicamentos como inmunosupresores o corticoides, o bien al trabajador o trabajadora que tenga bajo su cuidado a un menor de edad o adulto mayor o haya sido beneficiaria o beneficiario de la ley N° 21.247 o que tenga bajo su cuidado a personas con discapacidad; el empleador deberá cumplir la obligación antedicha dentro de los diez días de notificada la condición del trabajador, pudiéndose reclamar del incumplimiento de esta obligación ante el respectivo Inspector del Trabajo. El trabajador no podrá ser obligado a concurrir a su trabajo en tanto dicha obligación no sea cumplida por el empleador. Si la naturaleza de las funciones del trabajador o de la trabajadora no fueren compatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con acuerdo de éstos y sin reducir sus remuneraciones, los destinará a labores que no requieran atención al público o en las que se evite el contacto permanente con terceros que no desempeñen funciones en dicho lugar de trabajo, siempre que ello sea posible y no importe menoscabo para el trabajador o la trabajadora”.*

Atendida la norma anterior, fluye que el empleador tiene la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo sin reducción de remuneraciones, mientras subsista la alerta sanitaria por el virus Covid-19, siempre que se cumplan con los presupuestos legales.

Así lo ha señalado el Dictamen N°1702/021 de 23.06.2021 que señala: *“De acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342, el empleador se encuentra en la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cuando se reúna los siguientes requisitos copulativos:*

1. *Que la naturaleza de las funciones que preste el o la trabajadora lo permita.*
2. *Que el o la trabajadora consienta en ello.*
3. *Que el o la trabajador se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma”.*

De esta forma, se pregunta por el significado que para este caso concreto representa la naturaleza de las funciones.

En este sentido, y tal como se advierte en la presentación, no es procedente que este Servicio clasifique en un catálogo exhaustivo a todas las funciones que realiza un trabajador y que según su naturaleza permitan la prestación de servicios en régimen de teletrabajo o de trabajo a distancia. Primero, por la enorme labor que traería aparejada la construcción de dicho inventario, sin que se observe una utilidad, en tanto que el Derecho del Trabajo regula relaciones contractuales que son de tracto sucesivo en donde prima la realidad por sobre lo escriturado y, por lo mismo, ni el legislador ni la Administración Pública podrían enumerar todas las funciones que desempeña un trabajador sean existentes o que se piensa existirán. Y, en segundo lugar, por cuanto el legislador hace responsable al empleador acerca de esta definición, es decir, establecer cuales son las funciones y tareas que eventualmente se pueden realizar mediante teletrabajo o trabajo a distancia en su empresa, y si esta forma de trabajo permite el cumplimiento de las tareas específicas, tal como concluye el Ord. N°302 de 26.01.2021. Sin dejar de lado el requisito legal de contar con el necesario consentimiento del trabajador o trabajadora.

Así lo reconoce el mismo Dictamen N°1702/021 antes citado, que concluye: *“Respecto del primero de los requisitos recién enunciados, será el empleador el que determinará si la naturaleza de las funciones desarrolladas por el o la trabajadora puede realizarse a través de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Para efectos de dicha determinación, el empleador deberá estarse a las funciones que señale el contrato de trabajo respectivo a la fecha de publicación de la Ley N°21.342, esto es, el 1 de junio de 2021, sin que puedan considerarse modificaciones posteriores al día antes indicado y que incidan en la naturaleza de las funciones a realizar por el o la trabajadora, a menos que, objetivamente, ellas supongan un mejoramiento de las condiciones de trabajo, como podría ser el aumento de remuneraciones.”*

Agrega el mismo pronunciamiento: *“Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que se cumple con el requisito a que se hace referencia, cuando las funciones que realiza el o la trabajadora no requieren de manera indispensable de su presencia física, lo que en todo caso se debe resolver en cada caso particular”.*

Por lo anterior, se trata de una materia de índole casuística, en donde el fiscalizador deberá verificar caso a caso si para el cumplimiento de la obligación establecida en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342 el empleador al implementar la modalidad ha dado cumplimiento a los requisitos legales que contiene la normativa en estudio.

Luego, se menciona que existen casos de trabajadores que realizan multiplicidad de funciones y que los hay también, en que pueden realizar labores a distancia o en régimen de teletrabajo y otras que no resulta posible de ser realizadas en dicha modalidad.

Este tipo de casos, evidentemente que resultará difícil encontrarlo en la realidad, toda vez que los contratos de trabajo con servicios de múltiple naturaleza siguen prohibidos a la luz del principio de certeza y seguridad en la relación laboral respectiva, que ha sido reconocido por la doctrina de este Servicio al interpretar el

Nº3 del artículo 10 del Código del Trabajo, en dictámenes N°s 2.302/129 de 03.05.1999, 1.115/57 de 15.02.1994 y 4.510/214 de 05.08.1994. Luego, si dentro de los servicios que corresponden a una misma naturaleza se pactó una multiplicidad de funciones, estas corresponderán a labores específicas que se realizan en forma alternativa o complementaria circunscritas a un servicio de igual naturaleza, por lo tanto, hipotéticamente serían casos muy excepcionales en donde ciertas funciones se pueden desempeñar en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo y otras no.

No obstante, lo anterior, si se constata un caso excepcional como el descrito, cabe señalar que el régimen de trabajo a distancia o teletrabajo permite en el caso del inciso 5° del artículo 152 quáter J del Código del Trabajo lo siguiente: *“En aquellos casos en que se pacte la combinación de tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, podrán acordarse alternativas de combinación de dichos tiempos por los que podrá optar el trabajador, quien deberá comunicar la alternativa escogida con a lo menos una semana de anticipación.”* A su vez, la doctrina contenida en Dictamen N°3079/31 de 16.11.2020 ha señalado que: *“En lo que respecta a la posibilidad de combinar tiempos de trabajo presencial y a distancia la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N°1389/7, de 08 de abril de 2020, puntualizó que el trabajo a distancia o teletrabajo podrá abarcar todo o parte de la jornada laboral, estando las partes facultadas para combinar tiempos de trabajo de forma presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, con tiempos de trabajo fuera de ella.*

queLa misma doctrina ha precisado que, en caso de que se acuerde combinar dichos tiempos, las partes podrán acordar alternativas entre las que podrá optar el trabajador, debiendo constar dicha circunstancia en el contrato de trabajo o en el anexo respectivo. El dependiente deberá comunicar a su empleador con, al menos, una semana de anticipación, la alternativa de combinación que ha escogido”.

De esta forma, las partes pueden acordar la combinación de tiempos de trabajo presencial y a distancia, de manera que las funciones que no es posible de realizar a distancia o en teletrabajo se podrán realizar en los periodos de trabajo presencial.

2.- Catálogo de patologías que permiten adoptar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

En relación con la acreditación por parte del trabajador o trabajadora, del padecimiento de alguna condición que genere un alto riesgo de presentar cuadro grave de infección, tal como prescribe el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342, la solicitud de pronunciamiento señala haber consultado con la Subsecretaría de Salud Pública la forma de acreditar las patologías descritas en el texto legal, la existencia de un registro público que consigne a las personas diagnosticadas y en tratamiento de las patologías señaladas, si el método de acreditación de las patologías señaladas al tratarse de una licencia médica que diagnostica una patología o indica tratamiento actual debe ser emitida por el médico tratante o

especialista y la información del periodo de vigencia de una licencia médica para acreditar la patología que se diagnostica o se encuentra en tratamiento.

Finalmente, se solicita establecer que la condición del trabajador debe ser acreditada fehacientemente por éste, acompañando la documentación respectiva.

Al respecto, debe ser destacado que el legislador al introducir la enumeración de patologías descritas en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342, utiliza la locución "como ser" lo que denota el sentido ejemplar de las patologías señaladas.

Luego, en relación con el requisito de la condición de salud del trabajador y su fehaciente acreditación, es el legislador quien en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342 prescribe en la parte que nos interesa: "(...) *si se tratare de un trabajador o trabajadora que acredite padecer alguna condición que genere un alto riesgo de presentar cuadro grave de infección*". De manera que el sentido de la norma es claro y, consecuentemente, se debe concluir que ha sido el legislador quien ha establecido que corresponde al trabajador o trabajadora acreditar su condición de salud en cuanto le afecta un alto riesgo de presentar un cuadro grave de infección, adjuntando la correspondiente documentación en donde conste tal condición.

Cabe volver a citar al Dictamen N°1702/021, que al respecto indica que: "*En cuanto al segundo de los requisitos, esto es, el consentimiento que debe prestar el o la trabajadora, se debe tener presente que la ley sólo le otorga la facultad a el o ella, según corresponda, para requerir al empleador el cambio de modalidad a trabajo a distancia o teletrabajo, facultad de la que carece este último. Por lo mismo, la notificación que en dicho sentido debe realizar el o la trabajadora al empleador, debe constar por escrito, para certeza jurídica del acto, y, a la misma se deben acompañar los documentos necesarios que acrediten fehacientemente que se encuentran en una o más de las circunstancias descritas por el artículo 1° inciso 2° de la Ley N°21.342, tales como certificado médico, certificado de nacimiento, resolución judicial u otros*".

3. Acreditación de situación de trabajador/a al cuidado de menor de edad, de un adulto mayor y de una persona con discapacidad.

En relación con el cuidado de un menor de edad, en este aspecto en rigor no existe una solicitud de pronunciamiento. Por lo tanto, y conforme los lineamientos descritos, corresponde que el Departamento de Inspección en virtud de las facultades otorgadas en el literal c) del artículo 8° del DFL N°2 de 1967 imparta las normas generales e instrucciones adecuadas para el cumplimiento de la función de fiscalización de la materia en estudio.

Sin perjuicio de ello, la interpretación normativa que ha realizado nuestro Servicio en Dictamen N°1702/021 precisó las siguientes reglas: "(...) *para efectos de determinar quien se encuentra al cuidado personal del menor de edad, se deben realizar una serie de distinciones:*

- a) *Si los padres viven juntos: ambos tienen el cuidado personal del menor.*

b) *Si uno de los padres ha muerto o muere durante la vigencia de la Ley N°21.342: el cuidado personal del menor corresponderá al padre o madre sobreviviente.*

c) *Si el menor es sólo reconocido por el padre o por la madre: corresponderá el cuidado personal a aquel que lo haya reconocido.*

d) *Si los padres viven separados: el cuidado personal del menor corresponde a aquel padre con el que esté viviendo, sin perjuicio de que se puede acordar otro régimen, el que debe constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil.*

e) *Si ambos padres han muerto o mueren durante la vigencia de la Ley N°21.342: el cuidado personal del menor corresponderá a los familiares más cercanos.*

f) *Si ambos padres están inhabilitados para cuidar a sus hijos: el cuidado personal del menor corresponderá a los familiares más cercanos que resuelve el juez competente.*

g) *Si el menor no ha sido reconocido por ninguno de los padres: el juez competente determinará a quien corresponde su cuidado personal”.*

En lo vinculado con el cuidado de un adulto mayor, señala el requerimiento que se ofició al Servicio Nacional del Adulto Mayor para que brinde información relevante que permita precisar cuando una persona se encuentra al cuidado de un adulto mayor, y de ese modo, concluir las características que se deberán observar como la circunstancia que sea el mismo trabajador quien acredite documentalmente tener bajo su cuidado a un adulto mayor, así como, determinar la residencia común del adulto mayor y el trabajador, grado de dependencia entre éstos y condición médica del adulto mayor.

En relación con el adulto mayor, el Dictamen N°1702/021 señaló que de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°19.828, se entiende por tal a “...*toda persona que ha cumplido sesenta años*”. Luego, previene que el cuidado de los adultos mayores y la determinación de las personas a cargo de ellos, “(...) *corresponderá a situaciones de hecho que deberán analizarse individualmente y resolverse en cada caso particular*”, además de plantear que acorde a lo preceptuado en el artículo 223 del Código Civil, el cuidado personal de los adultos mayores corresponde preferentemente a sus hijos. Agrega el pronunciamiento tantas veces citado: “*Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo el mismo sentido que se le da a la situación de los menores de edad, se entiende que sólo podrá alegar la situación a la que hacemos alusión en este párrafo, aquella persona que, mediante resolución judicial o administrativa, se le haya encomendado el cuidado personal del adulto mayor*”.

Misma situación se repite en relación con el cuidado de personas con discapacidad, en donde se informa el hecho de haber oficiado al Servicio Nacional de Discapacidad para que otorgue información relevante que permita precisar cuando una persona se encuentra al cuidado de un adulto mayor.

Por último, en torno a quienes tienen a su cuidado a personas con discapacidad, señala el Dictamen N°1702/021, que la acreditación de tal circunstancia se realizará por el trabajador mediante la copia del certificado,

credencial o inscripción de discapacidad emitido por la autoridad competente en los términos de los artículos 13 y 17, ambos de la Ley N°20.422, pero que: *“Tal como ocurre en el caso de los adultos mayores, el cuidado a que están sujetos las personas a que se refiere este párrafo, deberán analizarse individualmente y resolverse en cada caso particular”*, según añade el pronunciamiento citado anteriormente.

4. Plazo para cumplir con la obligación de adoptar el trabajo a distancia o teletrabajo desde notificada la condición del trabajador.

En este caso, cabe señalar que el Dictamen N°1702/021 en sus páginas 9 y 10, señaló que una vez que el trabajador notifica al empleador, acerca de las circunstancias que le afectan y que le motivan a solicitar el cambio de modalidad desde trabajo presencial a trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador estando de acuerdo, contará con el plazo de 10 días corridos desde dicha notificación, para poder implementarla. Si el empleador no cumple el trabajador puede reclamar ante la Inspección del Trabajo respectiva, y a partir del undécimo día el trabajador no estará en la obligación de concurrir presencialmente al lugar en donde presta sus servicios, debiendo en todo caso, el empleador igualmente pagar la remuneración correspondiente.

Añade el pronunciamiento que el mismo plazo de 10 días corridos— contados desde la notificación que hace el trabajador—, posee el empleador para a su vez, informar por escrito acerca de su decisión en torno a la factibilidad o no de estar en condiciones de prestarse los servicios bajo modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Si el empleador manifiesta que es imposible cumplir funciones a distancia o mediante teletrabajo, el trabajador puede reclamar de dicha decisión, ante la Inspección del Trabajo respectiva, la que deberá resolver la controversia. Agrega que, de no existir pronunciamiento el trabajador seguirá con la obligación de prestar sus servicios en forma presencial.

Luego, si transcurrido el plazo de 10 días en estudio, el empleador no se hubiere manifestado respecto a si procede acordar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, se entenderá que el o la trabajadora puede ausentarse del lugar de trabajo, manteniendo el empleador la obligación de pagar la respectiva remuneración.

Por último, el pronunciamiento en estudio establece que, si la respuesta del empleador resulta extemporánea posterior al vencimiento del plazo de 10 días corridos que tiene para responder, deberá atenderse a lo decidido por este, de manera tal que, si determina aplicar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, se deberá implementar en forma inmediata. Por el contrario, si la respuesta es negativa el trabajador deberá volver en forma inmediata a la modalidad de trabajo presencial, sin perjuicio de su derecho a reclamar de tal decisión.

7. Obligación de destinar a trabajadores que se encuentran en una de las condiciones laborales indicadas en la Ley N°21.342 a labores que no requieran atención de público o labores donde se evite el contacto permanente con terceros, siempre que ello sea posible y no importe menoscabo.

En este punto, el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°21.342 dispone: *“Si la naturaleza de las funciones del trabajador o de la trabajadora no fueren compatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con acuerdo de éstos y sin reducir sus remuneraciones, los destinará a labores que no requieran atención al público o en las que se evite el contacto permanente con terceros que no desempeñen funciones en dicho lugar de trabajo, siempre que ello sea posible y no importe menoscabo para el trabajador o la trabajadora”.*

De este modo se pregunta acerca de la negativa del trabajador o trabajadora a realizar labores de tipo presencial y si cabe la posibilidad que el empleador utilice las facultades de *ius variandi* que le reconoce el artículo 12 del Código del Trabajo.

Al respecto, las facultades señaladas en el artículo 12 del Código del Trabajo el empleador las podrá ejercer respetando los límites que el legislador ha establecido. Señala el inciso 1° del artículo 12 del Código del Trabajo que: *“El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador”.* Ahora bien, al tratarse de labores similares, difícilmente se podrá encontrar un caso en que, una vez ejercida la facultad de alteración unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, las nuevas funciones resulten ahora compatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Por el contrario, es procedente legalmente, que la modificación sea acordada por el empleador y trabajadores y sea el consentimiento mutuo el que modifique la naturaleza de los servicios para someterse al régimen del trabajo a distancia o teletrabajo conforme la normativa contenida en el Capítulo IX, Título II del Libro I del Código del Trabajo. Por lo demás, esta es la forma de acogerse a dicha modalidad de trabajo en toda relación laboral vigente conforme lo establece el inciso 1° del artículo 152 quáter G del Código del Trabajo que dispone: *“Artículo 152 quáter G. Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración”.*

Confirma la anterior conclusión, lo señalado en Dictamen N°1702/021 que establece: *“Para que se aplique esta normativa entonces, se requiere, la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos:*

- 1. Que las funciones que realice el o la trabajadora no puedan realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.*
- 2. Que el o la trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma.*
- 3. Que se cuente con el consentimiento de el o la trabajadora.*

1. Que las funciones que realice el o la trabajadora no puedan realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.
2. Que el o la trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma.
3. Que se cuente con el consentimiento de el o la trabajadora.
4. Que sea factible destinar al trabajador o trabajadora a otras funciones, que no requieran de atención al público o en las que se evite el contacto permanente con terceros que no desempeñen funciones en dicho lugar de trabajo.
5. Que no importe menoscabo para el o la trabajadora”.


De esta forma, al referirnos a la aplicación de lo preceptuado por la Ley N°21.342, la falta de consentimiento de el o la trabajadora, hace inaplicable dicha normativa, en consecuencia, el ejercicio de la facultad unilateral de alterar las funciones del trabajador, *ius variandi* que concede el artículo 12 del Código del Trabajo al empleador, no resulta compatible con la Ley N°21.342.


De todos modos, como bien se afirma por Ud., en los casos en que no fuere posible aplicar la normativa en estudio por incumplimiento de alguno de los requisitos copulativos antes señalados, dicha circunstancia no libera al empleador de su deber general de protección de la vida y salud de sus trabajadores, tal como reconoce el artículo 184 del Código del Trabajo, y así como ha sido destacado por la jurisprudencia de este Servicio que en Dictamen N°4870/281 de 21.09.99 plantea que el empleador es: “(...) un deudor de seguridad frente a sus trabajadores y, en el cumplimiento de tal deber, responderá de la culpa levísima, es decir, de ‘la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes’”.

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

En relación con la interpretación de ciertos aspectos de la Ley N°21.342 deberán ser consideradas las conclusiones contenidas en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



NPS/LEP/AMF
Distribución:
- Jurídico
- Partes