



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/E (751)2021

DICTAMEN N°: 1702 / 021

ACTUACION:

Fija doctrina.

MATERIA:

Ley N°21.342, artículos 1°; 3°; 7°; 8°; 13 y 14.

RESUMEN:

1. La vigencia de la Ley N°21.342 se prolongará en el tiempo mientras se mantenga vigente la alerta sanitaria a que hace referencia el Decreto N°4 de 08.02.2020 del Ministerio de Salud, situación que es de exclusiva y privativa facultad de dicha repartición definir.

2. El empleador se encuentra en la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cuando se reúnan los siguientes requisitos copulativos: (i) que la naturaleza de las funciones que preste el o la trabajadora lo permita; (ii) que el o la trabajadora consienta en ello; y (iii) que el o la trabajadora se encuentre en alguna de las hipótesis señaladas por el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°21.342.

3. Respecto de los trabajadores o trabajadoras que, cumplan con los requisitos para cambiar la modalidad de trabajo desde la presencialidad al trabajo a distancia o teletrabajo, le asiste la obligación de notificar dicha circunstancia al empleador, quien contará con el plazo de 10 días corridos para poder implementar dicha modalidad. Si no cumple con esta obligación en el plazo indicado, el trabajador podrá reclamar ante el respectivo Inspector del Trabajo, y a partir del undécimo día no estará en la obligación de concurrir presencialmente al lugar donde presta los

servicios, debiendo igualmente el empleador pagar la remuneración que corresponda.

4. Si el trabajador o la trabajadora cumplen funciones que no pueden realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador lo o la destinará a otras labores, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) que las funciones que realice el o la trabajadora no puedan realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; (ii) que el o la trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma; (iii) que se cuente con el consentimiento de el o la trabajadora; (iv) 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 y, (v) que no importe menoscabo para el o la trabajadora.

5. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N°54 del 11.03.1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la referencia que hace el artículo 3° de la Ley N°21.342 a los “*delegados*” corresponde a los representantes de los trabajadores para los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Para la elección de dichos delegados, la Ley N°21.342 establece que ésta se efectuará a través de votación presencial o por medios electrónicos o telemáticos idóneos y que permitan manifestar inequívocamente la voluntad de el o la trabajadora, considerando para estos efectos tanto a aquellos que se encuentran con su relación laboral suspendida en virtud de la Ley N°21.227, como a los que no se encuentran acogidos a dicha normativa.

6. Las empresas que no cuenten con un Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral COVID-19, no pueden retomar o continuar sus labores de manera presencial. Las empresas que sí lo estén haciendo a la fecha de publicación de la Ley N°21.342, contarán con un plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la fecha antes referida, para confeccionar el protocolo en cuestión y tomar las medidas previstas en el.

7. La fiscalización del mencionado protocolo corresponde a la Dirección del Trabajo y a la autoridad sanitaria, quienes podrán aplicar las multas respectivas y disponer la suspensión inmediata de las labores que signifiquen un riesgo inminente para la salud de los trabajadores.

Si la empresa reinicia o continúa labores sin contar con el referido protocolo, quedará sujeta a la sanción

del inciso final del artículo 68 de la Ley N°16.744, norma que ordena la clausura de las fábricas, talleres, minas o cualquier sitio de trabajo que signifique un riesgo inminente para la salud de los trabajadores o de la comunidad, atribución que se radica exclusivamente en el Servicio Nacional de Salud.

8. La expresión “tercero” incluida en el inciso final del artículo 8° de la Ley N°21.342 no se entiende como sinónimo de “cualquier persona”. En este caso, su alcance incluye sólo a aquellas que se encuentran en directa relación con el giro del negocio a que se dedica el empleador y en la medida que se encuentren vinculados con la prestación de servicios del trabajador. Así, se descarta la responsabilidad del empleador por hechos que le resultan totalmente ajenos y que no tienen relación con aquellos ámbitos que se encuentran bajo su directo control, como podría ocurrir en el caso de contagios producidos en lugares distintos y por causas ajenas a la prestación de servicios del trabajador.

9. Se deberá contratar el seguro al que se refiere la Ley N°21.342, respecto de todos los trabajadores que presten servicios en el sector privado y en la medida que sus contratos estén regulados por el Código del Trabajo. En consecuencia, la contratación de este seguro es obligatoria tanto respecto de aquellos trabajadores sujetos al contrato ordinario de trabajo, como también a los contratos especiales, como ocurre con el contrato de aprendizaje, de trabajadores agrícolas, de trabajadores de casa particular, de trabajadores de empresas de servicios transitorios, alumnos que están desarrollando su práctica profesional (siempre que estén sujetos en su relación laboral al Código del Trabajo), entre otros. En el caso de trabajadores en régimen de subcontratación, será el contratista o subcontratista, según corresponda, el que deberá contratar el seguro al que nos venimos refiriendo.

Adicionalmente, en el caso de que el o la trabajadora tenga más de un empleador, la obligación referida tendrá el carácter de simplemente conjunta para todos ellos.

Por el contrario, no existe tal obligación cuando se trata de trabajadores del sector público, pues los mismos no están comprendidos en la normativa en análisis.

La obligación del empleador de contratar el seguro individual obligatorio de salud asociado a COVID-19, debe cumplirse dentro de los siguientes plazos: a)

trabajadores contratados antes de la incorporación de la póliza en el depósito de la CMF, el plazo es de 30 días corridos desde que la respectiva póliza es incorporada en el depósito antes mencionado y, b) trabajadores contratados o que vuelvan a prestar servicios presencialmente después de la incorporación de la póliza en el depósito de la CMF, el plazo es de 10 días corridos siguientes al inicio de las labores del trabajador.

10. El empleador que no cumpla con la obligación de contratar el seguro antes mencionado, se hará responsable de las sumas que le habría correspondido cubrir al asegurador. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 505 y siguientes del Código del Trabajo, normas que se encuentran en el Título Final "*De la fiscalización, de las sanciones y de la prescripción*", del Libro V del Código del Trabajo.

ANTECEDENTES.

Necesidades de buen servicio

FUENTES:

Código Civil, artículos 223; 224; 225 y 226.

Código del Trabajo, artículos 41 y siguientes; y artículos 505 y siguientes.

Código Sanitario, artículo 36.

Ley N°21.342.

Ley 20.422, artículos 13 y 17.

Ley N°16.744, artículos 68 y 69.

Decreto N°4 del Ministerio de Salud de 08.02.2020.

Decreto Supremo N°54 del 11.03.1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, artículo 6°.

CONCORDANCIA:

Ord. N°4012/082 de 12.1.2011

SANTIAGO,

23 JUN 2021

DE: DIRECTORA DEL TRABAJO

A: JEFE DE DEPARTAMENTO INSPECTIVO

Por razones de buen servicio, se ha estimado necesario referirse e interpretar aquellas disposiciones respecto de las cuales la Dirección del Trabajo tiene competencia y que se encuentran contenidas en la Ley N°21.342, publicada en el Diario Oficial el 01.06.2021.

En efecto, existe una serie de normas que están dentro del articulado de la ley citada en el párrafo anterior que son de competencia de la Superintendencia de Seguridad Social, entidad que se ha referido a ellas en la Circular N°3597 de 02.06.2021, y, por lo tanto, no corresponde ni compete a la Dirección del Trabajo pronunciarse sobre las mismas.

1. Vigencia de la ley

El inciso 1° del artículo 1° de la Ley N°21.342 dispone:

“Las normas de la presente ley se aplicarán durante el tiempo en que esté vigente la alerta sanitaria decretada con ocasión del brote del Nuevo Coronavirus COVID-19”.

Para interpretar la disposición recién transcrita es del todo necesario, en primer lugar, hacer presente que el Código Sanitario, específicamente en su artículo 36, señala:

“Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”.

Haciendo uso de la facultad a que se refiere la norma previamente citada, el Ministerio de Salud decretó la alerta sanitaria derivada del COVID-19 para todo el país a través del Decreto N°4 de 08.02.2020 de dicho ministerio y que en su artículo 10° establece: *“Los efectos de este decreto tendrán vigencia hasta el día 30 de septiembre de 2021, sin perjuicio de la facultad de poner término anticipado si las condiciones sanitarias así lo permiten o de prorrogarlo en caso de que estas no mejoren”.*

En consecuencia, la vigencia de la ley a que se refiere este pronunciamiento se prolongará en el tiempo mientras se mantenga vigente la alerta sanitaria a que hace referencia el Decreto N°4 de 08.02.2020 del Ministerio de Salud, y de sus eventuales prórrogas, situación que es de exclusiva y privativa facultad de dicha repartición definir.

2. Obligatoriedad de implementación de modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo

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 reúnan 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 trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma.

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.

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.

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 a 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.

Finalmente, y en lo que se refiere al último de los requisitos señalados previamente, esto es, encontrarse el o la trabajadora en alguna de las hipótesis señaladas por el artículo 1°, inciso 2° de la ley en comento, es decir, *"... 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...”; deben considerarse ciertas situaciones especiales a las que hacemos referencia en los párrafos siguientes.

Respecto de la situación de encontrarse el o la trabajadora al cuidado de un menor de edad, corresponde tener en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 224, 225 y 226 del Código Civil que disponen:

“Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de los padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.

“Artículo 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

“Artículo 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

Es decir, 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 resuelva 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 cuanto a la situación del adulto mayor, se debe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley N°19.828, se entiende por tal *“...a toda persona que ha cumplido sesenta años”*. Tanto el cuidado a que están sujetos los adultos mayores, como también las personas a cargo de ellos, corresponderá a situaciones de hecho que deberán analizarse individualmente y resolverse en cada caso particular.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 223 del Código Civil dispone que *“Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios.*

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes”.

Es decir, de la norma previamente transcrita, se desprende que el cuidado personal de las personas que tengan la calidad jurídica de adulto mayor, corresponde preferentemente a sus hijos. 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.

En lo que dice relación con aquellos que tienen a su cuidado a personas con discapacidad, la acreditación de dicha situación se realizará 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. 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

Cumplidos los requisitos a que nos hemos venido refiriendo, el cambio de modalidad de prestación de servicios no debe implicar en caso alguno una disminución de remuneraciones de el o la trabajadora, para cuyos efectos se estará a lo dispuesto en los artículos 41 y siguientes del Código del Trabajo.

Una vez notificado el empleador, bajo las condiciones ya señaladas por el o la trabajadora, y estando de acuerdo el primero con el cambio de modalidad a trabajo a distancia o teletrabajo, contará con el plazo de 10 días corridos desde dicha notificación, para poder implementarla. Si el empleador no cumple con esta obligación en el plazo indicado: i) el trabajador podrá reclamar ante el respectivo Inspector del Trabajo; y ii) a partir del undécimo día, el trabajador o trabajadora, no estará en la obligación de concurrir presencialmente al lugar donde presta los servicios. En dicho caso, el empleador deberá igualmente pagar la remuneración que corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador tendrá un plazo de 10 días corridos, contados desde que es notificado por el o la trabajadora, para informar por escrito a el o ella, según corresponda, de su decisión en torno a la factibilidad o no de que las funciones que cumplen puedan ser realizadas bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

En el caso de que el empleador se manifieste en orden a la imposibilidad de que las funciones realizadas por el o la trabajadora se hagan bajo la modalidad de trabajo a que nos venimos refiriendo, estos podrán reclamar de dicha situación ante la Inspección del Trabajo respectiva, la que resolverá la controversia. Mientras no exista pronunciamiento sobre el particular de parte del Inspector del Trabajo, y por tanto no esté determinada la existencia de la obligación del empleador de conferir teletrabajo o trabajo a distancia, el trabajador deberá seguir prestando servicios presencialmente. Lo anterior, puesto que dicha obligación es de la naturaleza del contrato de trabajo, y, a partir de la ley en análisis, no se encuentra excepcionado de su cumplimiento en la situación antes descrita. En todo caso, si el Inspector del Trabajo resuelve que la prestación de servicios que hace el trabajador sí admite la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la misma deberá implementarse inmediatamente por parte del empleador.

Ahora bien, si transcurrido el plazo que tiene el empleador para pronunciarse respecto de la procedencia o no de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, este no se hubiere manifestado en ningún sentido, se entenderá que el o la trabajadora puede ausentarse del lugar donde presta servicios, manteniendo el empleador la obligación de pagar la respectiva remuneración. Esta situación se mantendrá mientras el empleador no manifieste, de la forma ya indicada, su decisión en torno a la factibilidad de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

Si, con posterioridad al vencimiento del plazo de 10 días corridos que tiene el empleador y al que nos hemos referido previamente, este manifiesta por escrito su conformidad a que se aplique la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, se deberá implementar inmediatamente dicha modalidad. Por el contrario, si bajo las mismas circunstancias reseñadas, se manifiesta en contra de dicha factibilidad, el trabajador deberá volver a realizar la prestación de servicios en modalidad presencial, sin perjuicio de los derechos que le asisten para efectos de reclamar de esta situación.

3. Situación del trabajador o trabajadora cuyas labores no son compatibles con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo

De acuerdo a lo dispuesto en la parte final del inciso 2º del artículo 1º de la Ley N°21.342, si el trabajador o trabajadora cumplen funciones que no pueden realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con el acuerdo de aquellos y sin que importe reducción de sus remuneraciones, lo o la destinará a labores que no requieran atención de 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.

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.
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.

Respecto del primer requisito, y al igual que en el punto N°2 anterior del presente pronunciamiento, será el empleador el que determinará si la naturaleza de las funciones desarrolladas por el o la trabajadora puede o no realizarse a través de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Para 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. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que sí se cumple con el referido primer requisito, cuando las funciones que realiza el o la trabajadora requieren de manera indispensable de su presencia física, situación de hecho que deberá analizarse individualmente y resolverse en cada caso particular.

En cuanto al segundo de los requisitos, esto es, el encontrarse el o la trabajadora en alguna de las hipótesis señaladas por la misma norma, se estará a lo señalado sobre el particular en el punto N°2 de este mismo pronunciamiento.

En relación al tercero de los requisitos, esto es, el consentimiento que debe prestar el o la trabajadora, debe ser expreso, constar en un anexo de contrato de trabajo y señalar específicamente que se trata de un cambio de modalidad de prestación de servicios acogida a la Ley N°21.342.

Respecto del cuarto requisito, esto es, las nuevas labores a las que se pueda destinar a el o la trabajadora, suponen que éstas no requieran atención de público o contacto con terceros. Cabe destacar que el legislador impide el contacto de carácter "*permanente*", por lo que nada obsta a que se le destine a funciones donde ocasionalmente pueda llegar a atender público o tener contacto con terceros.

En relación al quinto y último requisito, vale decir, en cuanto a la necesidad de no tolerar el menoscabo al trabajador o trabajadora, se estará a la doctrina de este Servicio, contenida entre otros, en el Ord. N°4012/082 de 12.1.2011, que sostiene que "*...el concepto de menoscabo utilizado por el legislador en la norma en comento, cabe tener presente que la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha sostenido, a través de Ord. 1509, de 03.05.83, entre otros, que constituye menoscabo todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socio-económico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de turnos, etc.*".

Cumplidos los requisitos a que nos hemos venido refiriendo, el cambio de modalidad de prestación de servicios no debe implicar en caso alguno una disminución de remuneraciones de el o la trabajadora, para cuyos efectos se estará a lo dispuesto en los artículos 41 y siguientes del Código del Trabajo. Las controversias que podría suscitar la aplicación de esta normativa entre el empleador y el trabajador serán resueltas por el Inspector del Trabajo respectivo, quien deberá analizar y resolver en cada caso particular. Mientras la controversia a que se refiere este párrafo no sea resuelta, el trabajador continuará obligado a prestar servicios presencialmente en su puesto de trabajo original, ya que dicha obligación es de la naturaleza del contrato de trabajo, y, a partir de la ley en análisis, no se encuentra excepcionado de su cumplimiento en la situación antes descrita.

4. Elección de delegados de los trabajadores para los Comités Paritarios

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N°54 del 11.03.1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la referencia que hace el artículo 3° de la Ley N°21.342 a los “delegados”, corresponde a los representantes de los trabajadores para los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Para la elección de dichos delegados, la Ley N°21.342 establece que deben ser considerados todos los trabajadores, estén suspendidos o no, es decir, estén o no acogidos a la suspensión temporal de contrato de trabajo regulado en el Título I de la Ley N°21.227.

Adicionalmente, se faculta para que en caso de que la votación no pueda ser bajo modalidad presencial, por ejemplo, por estar la comuna donde realizarse la misma en cuarentena o con restricción de aforo en recintos cerrados, ésta se realice por medios electrónicos o telemáticos idóneos y que permitan manifestar inequívocamente la voluntad de el o la trabajadora.

5. Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral COVID-19

El inciso 1° del artículo 2° de la Ley N°21.342, obliga a los organismos administradores del seguro de la Ley N°16.744, dentro del plazo de diez días contados desde la publicación de la primera de las normas mencionadas en el presente párrafo, a elaborar un protocolo tipo de seguridad sanitaria laboral COVID-19 para sus empresas adheridas o afiliadas, siendo de competencia de la Superintendencia de Seguridad Social conocer y resolver el asunto en el plazo de 10 días hábiles contado desde su recepción.

Por su parte, el artículo 7° de la Ley N°21.342 dispone que las empresas que no cuenten con un Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral COVID-19, no pueden retomar o continuar sus labores de manera presencial. Las organizaciones en las que sí se estén realizando labores presenciales a la fecha de publicación de la referida ley, contarán con un plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la fecha antes mencionada, para confeccionar el protocolo en cuestión y tomar las medidas previstas en el.

Si el empleador no cumple con la obligación mencionada en el párrafo anterior, la Dirección del Trabajo y la autoridad sanitaria, estarán facultadas para fiscalizar dicho cumplimiento, podrán aplicar las multas respectivas y disponer la suspensión inmediata de las labores que signifiquen un riesgo inminente para la salud de los trabajadores.

Además, y tal como lo preceptúa el artículo 8° de la Ley N°21.342, si las empresas reinician o continúan labores sin contar con el Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral COVID-19, quedan sujetos a la sanción del inciso final del artículo 68 de la Ley N°16.744, que corresponde a la clausura de las fábricas, talleres, minas o cualquier sitio de trabajo que signifique un riesgo inminente para la salud de los trabajadores o de la comunidad, atribución que se radica exclusivamente en el Servicio Nacional de Salud.

Sumado a lo anterior, el inciso final del mismo artículo 8° antes citado dispone que cuando el contagio por COVID-19 se deba a culpa del empleador o de un tercero, se aplicará la letra b) del artículo 69 de la Ley N°16.744. Para estos efectos, la expresión “tercero” a que hace referencia la norma, no se entiende como referido a “cualquier persona”, sino que únicamente dice relación con aquellas personas que se encuentran en directa relación con giro del negocio a que se dedica el empleador y en la medida que se encuentren vinculados con la prestación de servicios del trabajador. De esta forma, se descarta la responsabilidad del empleador por hechos que le resultan totalmente ajenos y que no tienen relación con aquellos ámbitos que se encuentran bajo su directo control, como podría ocurrir en el caso de contagios producidos en lugares distintos y por causas ajenas a la prestación de servicios del trabajador.

Finalmente, se establece una agravante de responsabilidad cuando se determina que el contagio del trabajador se debió a culpa del empleador y este no ha cumplido con la obligación del inciso 1° del artículo 2° de la Ley N°21.342.

6. Contratación del seguro individual obligatorio de salud asociado a COVID-19

El inciso 1° del artículo 10 de la Ley N°21.342, señala que:

“Objeto. Establécese un seguro individual de carácter obligatorio, en adelante el “seguro”, en favor de los trabajadores del sector privado con contratos sujetos al Código del Trabajo y que estén desarrollando sus labores de manera presencial, total o parcial, conforme lo señalado en el artículo siguiente, para financiar o reembolsar los gastos de hospitalización y rehabilitación de cargo del trabajador, asociados a la enfermedad COVID-19, en la forma y condiciones que se señalan en los siguientes artículos. Se excluyen de esta obligatoriedad, aquellos trabajadores que hayan pactado el cumplimiento de su jornada bajo las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo de manera exclusiva”.

Conforme a la norma recién reproducida, se deberá contratar el seguro al que se refiere la misma, respecto de todos los trabajadores que presten servicios en el sector privado y en la medida que sus contratos estén regulados por el Código del Trabajo. En consecuencia, la contratación de este seguro es obligatoria tanto respecto de aquellos trabajadores sujetos al contrato ordinario de trabajo, como también a los contratos especiales, como ocurre con el contrato de aprendizaje, de trabajadores agrícolas, de trabajadores de casa particular, de trabajadores de empresas de servicios transitorios, alumnos que están desarrollando su práctica profesional (siempre que estén sujetos en su relación laboral al Código del Trabajo), entre otros. En el caso de trabajadores en régimen de subcontratación, será el contratista o subcontratista, según corresponda, el que deberá contratar el seguro al que nos venimos refiriendo. La única exclusión válida para la contratación del seguro está dada por el haberse pactado el cumplimiento de la jornada del dependiente bajo las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo de manera exclusiva.

Por el contrario, no existe tal obligación cuando se trata de trabajadores del sector público, pues los mismos no están comprendidos en la normativa en análisis.

Adicionalmente, en el caso de que el o la trabajadora tenga más de un empleador, la obligación referida tendrá el carácter de simplemente conjunta para todos ellos.

Por último, y tal como lo dispone el inciso 3º del artículo 13 de la ley en comento, el empleador se encuentra obligado a contratar el seguro al que nos estamos refiriendo dentro de los siguientes plazos:

- a) Trabajadores contratados antes de la incorporación de la póliza en el depósito de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF): el plazo es de 30 días corridos desde que la respectiva póliza es incorporada en el depósito de la CMF.
- b) Trabajadores contratados o que vuelvan a prestar servicios presencialmente después de la incorporación de la póliza en el depósito de la CMF: el plazo es de 10 días corridos siguientes al inicio de las labores del trabajador.

7. Responsabilidad por no contratar el seguro individual obligatorio de salud asociado a COVID-19

El artículo 14 de la Ley N°21.342, dispone que el empleador que no cumpla con la obligación de contratar el mencionado seguro en conformidad a lo preceptuado por la misma ley, se hará responsable de las sumas que le habría correspondido cubrir al asegurador. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 505 y siguientes del Código del Trabajo, normas que se encuentran en el Título Final "*De la fiscalización, de las sanciones y de la prescripción*", del Libro V del Código del Trabajo.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo previamente expuesto:

1. La vigencia de la Ley N°21.342 se prolongará en el tiempo mientras se mantenga vigente la alerta sanitaria a que hace referencia el Decreto N°4 de 08.02.2020 del Ministerio de Salud, situación que es de exclusiva y privativa facultad de dicha repartición definir.
2. El empleador se encuentra en la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cuando se reúnan los siguientes requisitos copulativos: (i) que la naturaleza de las funciones que preste el o la trabajadora lo permita; (ii) que el o la trabajadora consienta en ello; y (iii) que el o la trabajadora se encuentre en alguna de las hipótesis señaladas por el artículo 1º, inciso 2º de la Ley N°21.342.
3. Respecto de los trabajadores o trabajadoras que cumplan con los requisitos para cambiar la modalidad de trabajo desde la presencialidad al trabajo a distancia o teletrabajo, le asiste la obligación de notificar dicha circunstancia al empleador, quien contará con el plazo de 10 días corridos para poder implementar dicha modalidad. Si no cumple con esta obligación en el plazo indicado, el trabajador podrá reclamar ante el respectivo Inspector del Trabajo, y a partir del undécimo día no estará en la obligación de concurrir presencialmente al lugar donde presta los servicios, debiendo igualmente el empleador pagar la remuneración que corresponda.

4. Si el trabajador o la trabajadora cumplen funciones que no pueden realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador lo o la destinará a otras labores, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) que las funciones que realice el o la trabajadora no puedan realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; (ii) que el o la trabajadora se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma; (iii) que se cuente con el consentimiento de el o la trabajadora; (iv) 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 y, (v) que no importe menoscabo para el o la trabajadora.

5. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N°54 del 11.03.1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la referencia que hace el artículo 3° de la Ley N°21.342 a los “*delegados*” corresponde a los representantes de los trabajadores para los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Para la elección de dichos delegados, la Ley N°21.342 establece que ésta se efectuará a través de votación presencial o por medios electrónicos o telemáticos idóneos y que permitan manifestar inequívocamente la voluntad de el o la trabajadora, considerando para estos efectos tanto a aquellos que se encuentran con su relación laboral suspendida en virtud de la Ley N°21.227, como a los que no se encuentran acogidos a dicha normativa.

6. Las empresas que no cuenten con un Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral COVID-19, no pueden retomar o continuar sus labores de manera presencial. Las empresas que sí lo estén haciendo a la fecha de publicación de la Ley N°21.342, contarán con un plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la fecha antes referida, para confeccionar el protocolo en cuestión y tomar las medidas previstas en el.

7. La fiscalización del mencionado protocolo corresponde a la Dirección del Trabajo y a la autoridad sanitaria, quienes podrán aplicar las multas respectivas y disponer la suspensión inmediata de las labores que signifiquen un riesgo inminente para la salud de los trabajadores.

Si la empresa reinicia o continúa labores sin contar con el referido protocolo, quedará sujeta a la sanción del inciso final del artículo 68 de la Ley N°16.744, norma que ordena la clausura de las fábricas, talleres, minas o cualquier sitio de trabajo que signifique un riesgo inminente para la salud de los trabajadores o de la comunidad, atribución que se radica exclusivamente en el Servicio Nacional de Salud.

8. La expresión “*tercero*” incluida en el inciso final del artículo 8° de la Ley N°21.342 no se entiende como sinónimo de “*cualquier persona*”. En este caso, su alcance incluye sólo a aquellas personas que se encuentran en directa relación con el giro del negocio a que se dedica el empleador y en la medida que se encuentren vinculados con la prestación de servicios del trabajador. Así, se descarta la responsabilidad del empleador por hechos que le resultan totalmente ajenos y que no tienen relación con aquellos ámbitos que se encuentran bajo su directo control,

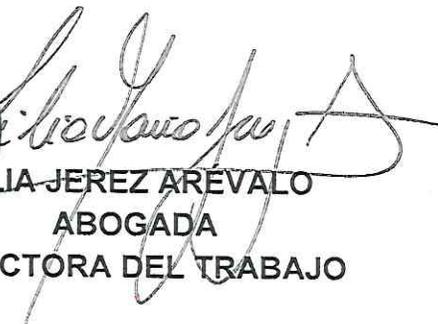
como podría ocurrir en el caso de contagios producidos en lugares distintos y por causas ajenas a la prestación de servicios del trabajador.

9. Se deberá contratar el seguro al que se refiere la Ley N°21.342, respecto de todos los trabajadores que presten servicios en el sector privado y en la medida que sus contratos estén regulados por el Código del Trabajo. En consecuencia, la contratación de este seguro es obligatoria tanto respecto de aquellos trabajadores sujetos al contrato ordinario de trabajo, como también a los contratos especiales, como ocurre con el contrato de aprendizaje, de trabajadores agrícolas, de trabajadores de casa particular, de trabajadores de empresas de servicios transitorios, alumnos que están desarrollando su práctica profesional (siempre que estén sujetos en su relación laboral al Código del Trabajo), entre otros. En el caso de trabajadores en régimen de subcontratación, será el contratista o subcontratista, según corresponda, el que deberá contratar el seguro al que nos venimos refiriendo. Adicionalmente, en el caso de que el o la trabajadora tenga más de un empleador, la obligación referida tendrá el carácter de simplemente conjunta para todos ellos. Por el contrario, no existe tal obligación cuando se trata de trabajadores del sector público, pues los mismos no están comprendidos en la normativa en análisis.

La obligación del empleador de contratar el seguro individual obligatorio de salud asociado a COVID-19, debe cumplirse dentro de los siguientes plazos: a) trabajadores contratados antes de la incorporación de la póliza en el depósito de la CMF, el plazo es de 30 días corridos desde que la respectiva póliza es incorporada en el depósito antes mencionado y, b) trabajadores contratados o que vuelvan a prestar servicios presencialmente después de la incorporación de la póliza en el depósito de la CMF, el plazo es de 10 días corridos siguientes al inicio de las labores del trabajador.

10. El empleador que no cumpla con la obligación de contratar el seguro antes mencionado, se hará responsable de las sumas que le habría correspondido cubrir al asegurador. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 505 y siguientes del Código del Trabajo, normas que se encuentran en el Título Final "De la fiscalización, de las sanciones y de la prescripción", del Libro V del Código del Trabajo.

Saluda atentamente a Ud.,



LILIA JEREZ AREVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO


JDTP/jdtp

Distribución:

-Jurídico