

INFORME N° 028/2021

DE : ASESORIAS PIMENTEL LIMITADA
FECHA : 01 de abril de 2021
REF. : Dictamen N° 1124/10 de 30.03.2021 de la Dirección del Trabajo.

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 sanitarias.*
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 la detección del COVID-19, sin existir en el caso concreto, alguna sospecha de contacto que requiera la concurrencia de ese trabajador a un centro asistencial para su categorización y diagnóstico, en los términos expuestos por el Ministerio de Salud, en los Ordinarios B N° 4239 de 05.10.2020 y B1N° 939 de 24.03.2020.*
3. *Los mecanismos de control establecidos por el empleado, en virtud de su potestad de mando, deben encontrarse contemplados en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa que desee implementarlos, en términos tales que debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores.”*

La Dirección del Trabajo con fecha 30 de marzo del año en curso, emitió el dictamen N° 1124/10, cuyas conclusiones de transcriben en la referencia y cuyo texto se acompaña.

Para arribar a las conclusiones antes indicadas en el dictamen, el organismo fiscalizador recurre al artículo 7 del Código del Trabajo, precepto conforme al cual el contrato de trabajo genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes, siendo las principales obligaciones del empleador otorgar el trabajo convenido y pagar la remuneración acordada.

En este orden de ideas, si al trabajador no se le ha otorgado licencia médica de acuerdo a las instrucciones sanitarias, éste no tiene justificación para no prestar los servicios contratados siendo obligación del empleador otorgarle el trabajo convenido, con excepción de aquellos casos en que no se permita la concurrencia al lugar de trabajo, por acto de autoridad.

Enseguida, el dictamen recuerda la norma del artículo 184 del Código del Trabajo, que establece el deber de seguridad del empleador, en orden a arbitrar todas las medidas necesarias para cuidar eficazmente la vida y salud de los trabajadores, de manera tal, que ante el brote epidémico del virus COVID- 19, resulta razonable que aquel se encuentre interesado de preveer y controlar el contagio entre los trabajadores.

Se agrega, que no obstante lo anterior, la referida obligación debe conciliarse con lo prescrito en el artículo 5°, inciso 1° del Código del Trabajo, conforme al cual *“ 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 ello el organismo fiscalizador hace una ponderación sobre si la medida de exigir a los trabajadores el PCR negativo para detectar el Covid-19 con su resultado negativo, para dejarlos entrar a prestar servicios se encuentra dentro de los límites establecidos en la norma del artículo 5 antes transcrita y determinar si puede, en este caso, limitar un derecho fundamental, para lo cual recurre al *“ principio de proporcionalidad”* y a los subprincipios de *“ adecuación”, “necesidad”* y *“principio de proporcionalidad en sentido estricto”*, agregando, el principio de no discriminación establecido en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política y en el artículo 2° del Código del Trabajo cuyo inciso 4° que define, entre otros, como de discriminación *“aquellas distinciones, motivos o preferencias basadas en motivos enfermedad” que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación”*.

En base a los preceptos legales y constitucionales antes señalados, en el dictamen en análisis se establece que si bien la realización de un test de 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, para estos efectos deben seguirse estrictamente las medidas de prevención dictadas por la autoridad sanitaria para los lugares de trabajo, publicadas en la página web del Ministerio de Salud.

Por las razones expuestas en párrafos anteriores, se concluye que no es procedente que no se permita al trabajador ingresar a su lugar de trabajo a desempeñar sus labores, si no tiene un examen de PCR negativo, sin existir en el caso concreto, alguna sospecha de contacto que requiera que trabajador recurra a un centro asistencial para su categorización y diagnóstico, en los términos establecidos por el Ministerio de Salud en los Ordinarios B N° 4239, de 05.10.2020 y B1N° 939 , de 24.03.2020.

Finalmente se indica que si los empleadores quieren implementar medidas de control en razón de la actual pandemia, deberán, en virtud del artículo 154 del Código del Trabajo, cumplir con los siguientes requisitos generales:

- “a) Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley ha establecido para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley;*
- b) Solo pueden realizarse 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.3125 de 9. 07.2018)”*

Para mayor ilustración se adjunta copia del Dictamen N° 1124/10 de 30 de marzo de 2021.

Comentarios

- 1) Nos parece correcta la interpretación armónica que hace la Dirección del Trabajo de las diversas normas que se encuentran en juego, conjugando las normas sanitarias que regulan la toma de examen PCR, con aquellas que regulan los derechos fundamentales de los trabajadores y que deben respetarse en la existencia de la relación laboral, concluyendo en su análisis, que no es jurídicamente procedente que, “a priori” el empleador niegue el acceso a los trabajadores al lugar de trabajo por no contar con un examen de PCR negativo, sin existir un caso concreto que permita tener la sospecha de haber existido un contacto estrecho que requiera la concurrencia de ese trabajador a un centro de salud, para su diagnóstico.

Lo anterior, por cuanto el Ministerio de Salud ha emitido protocolos relativo al manejo de contactos de casos de Covid – 19, a que hace alusión el dictamen en análisis, los que se encuentran contenidos en Ordinarios B N° 4239, de 05.10.2020 y B1 N° 939 de 24.03.2020, los que señalan las medidas que deben adoptarse respecto de casos confirmados sospechosos y probables para la vigilancia epidemiológica ante la pandemia generada por este virus.

Para su conocimiento y fines pertinentes, además también, se adjuntan los citados oficios ordinarios del Ministerio de Salud.

A nombre de Asesorías Pimentel Ltda., saluda atentamente a Ud.,



M. Cecilia Sánchez Toro
Abogado
Asesorías Pimentel Ltda.