INFORME Nº 098/2021

DE : **ASESORIAS PIMENTEL LIMITADA**
FECHA : **3 de diciembre de 2021**
REF. : ***Dictamen N° 2706/53 de 29 de noviembre de 2021, Dirección del Trabajo.***

"No resulta jurídicamente procedente que en el proceso de contratación laboral se efectúen consultas al postulante acerca de su estado de salud, y en particular, si padece la enfermedad COVID-19. Lo anterior, por tratarse de datos sensibles que forman parte de su privacidad y, en consecuencia, condicionan su contratación laboral a la ausencia de dicha enfermedad. Tal procedimiento resultaría discriminatorio de acuerdo con lo establecido en los incisos 4º y 6º del artículo 2º del Código del Trabajo, sin que exista una norma excepcional de la autoridad sanitaria que lo autorice"

La Dirección del Trabajo con fecha 29 de noviembre del año en curso, emitió el dictamen N° 2706/53, cuya conclusión se transcribe en la referencia, texto que se acompaña.

Para arribar a dicha conclusión, entre otras, se tuvo en consideración lo previsto en el **N° 16 inciso tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile**, que garantiza la libertad de contratación, prohibiendo cualquier discriminación que no se base en la idoneidad y capacidad personal, precepto constitucional que tiene su expresión y regulación en el artículo 2° del Código del Trabajo.

Enseguida el dictamen se refiere **al artículo 2° del Código del Trabajo**, que establece que son contrarios a las leyes laborales los actos de discriminación, estableciendo que revisten este carácter, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de *raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religi*ón *opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación".*

Se invoca, además el **inciso 6° del citado artículo 2°**, que establece que son actos discriminatorios las ofertas de trabajo efectuadas por el empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas anteriormente.

Luego se recurre a lo norma del **inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo** que, reconociendo las facultades legales de mando y dirección del empleador, establece que el ejercicio de las mismas *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".*

En armonía con el precepto antes indicado, el pronunciamiento jurídico invoca el inciso **1º del artículo 4º de la Ley Nº19.628**, sobre protección de la vida privada, que ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o el titular consienta expresamente en ello, agregando, en su artículo 2º letra f), que por datos personales deben entenderse "*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables".*

Finalmente, se invoca el **artículo 10 de la citada ley 19.628**, conforme al cual no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, es decir los datos personales entendiéndose por tales, conforme al **artículo 2° letra g)** del mismo cuerpo legal, los que se refieren a las "*características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual', salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.* Norma que en el ámbito laboral tiene su expresión en el artículo **154 bis del Código del Trabajo,** que obliga al empleador *a "mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral."*

Comentario:

El dictamen efectúa una análisis de diversas normas constitucionales y legales del ámbito laboral armonizándolas con la ley N° 19.689 sobre protección a la vida privada que, a nuestro juicio, permiten sostener, por regla general, que no es procedente al momento de contratar una persona, indagar acerca del estado de salud de un postulante.

No obstante, a nuestro juicio el dictamen debió considerar que en determinados cargos y de acuerdo al lugar en que se desempeñará el futuro trabajador, es absolutamente necesario evaluar al postulante en relación al riesgo a que se verá enfrentado en el ejercicio de su cargo y, en tal caso, es imprescindible solicitar exámenes preocupacionales, considerando, además , que el empleador está obligado a cuidar eficazmente la vida y salud del trabajador, en conformidad al artículo 184 del Código del Trabajo.

Valentín Pimentel Alvarado
Christian Alviz Riffo
M. Cecilia Sánchez Toro
Pamela Reyes Ramos
Constanza Navarro Navarro

Email: contacto@asesoriaspimentel.cl
Teléfono: +562 2203 03 44
Avenida Andrés Bello 2777, oficina 601, Las Condes, Santiago
www.asesoriaspimentel.cl

Por otra parte, y en relación a la consulta al postulante sobre si padece de la enfermedad de Covid-19, que de acuerdo al dictamen sería una conducta discriminatoria, es del caso consignar que la propia Dirección del Trabajo, en fecha pasada mediante dictamen N° 1189/11 de fecha 1 de abril de 2021, sostuvo que el empleador está facultado para exigir, a su costo, un examen de PCR sin que ello signifique que atenta contra los derechos fundamentales de sus dependientes.

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes

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

M. Cecilia Sánchez Toro
Abogado
Asesorías Pimentel Ltda.