

VOL. 12 | 27 DICIEMBRE 2021

L.A.A. AL DÍA

Las noticias de Derecho del Trabajo más relevantes.

INTRODUCCIÓN

En esta edición se encontrarán asuntos, en general, relativos al periodo de 22 de noviembre a 27 de diciembre de 2021.

En este duodécimo boletín informativo, mantenemos la publicación de las principales modificaciones a la legislación laboral, los dictámenes u órdenes de servicios vinculados al Derecho del Trabajo, al igual que la jurisprudencia (sentencias de Tribunales de la República) que se hayan producido dentro de este lapso y que resulten, en nuestro concepto, útiles de informar.

El contenido es resumido y descrito con un lenguaje no técnico para que pueda ser comprendido tanto por personas con estudios en la disciplina del Derecho del Trabajo como por quienes en el día a día deban lidiar con problemáticas asociadas

Elaborado por el equipo de Laboral Atiende, abogados Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.

Sumario:

- **Legislación laboral reciente.**

- 1) Ley 21.400, de 10-12-2021.
- 2) Auto Acordado 271, de 18-12-2021.
- 3) Ley 21.394, de 30-11-2021.
- 4) Ley 21.391, de 24-11-2021.
- 5) Decreto 52 MINSAL alerta sanitaria.

- **Jurisprudencia Judicial:** Legalidad de exigencia de examen preventivo a trabajadores presenciales; imprudencia temeraria al no esperar resultados de PCR; sindicato interempresa debe cumplir quórum; imprudencia temeraria en incorrecto uso de mascarilla; empresa termina con el término de funcionamiento de giro y situación dirigentes.

- **Resoluciones administrativas.**

- 1) DIC 2706/053, DT, 29-11-2021, que determina como jurídicamente improcedentes las preguntas acerca de estado de salud de postulantes en procesos de contratación laboral, en particular, si padece COVID-19.
- 2) DIC 2719/054, DT, 29-11-2021, sobre acceso a prestaciones de seguro de desempleo para trabajadores de establecimientos educacionales.
- 3) ORD 2779, DT, 07-12-2021, sobre colación, feriado y nueva contratación de asistentes de la educación.
- 4) ORD 2795, DT, 09-12-2021, sobre anticipos de gratificaciones convencionales garantizadas y periodicidad de pago de remuneraciones.



Legislación laboral

Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.



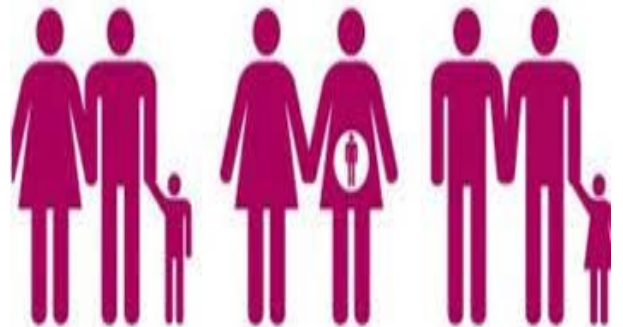
[- Ley 21.400, 10-12-2021, que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo:](#) Si bien esta ley fue publicada el 10 de diciembre de 2021, empezará a regir 90 días después de su publicación en el Diario Oficial, es decir, desde el 10 de marzo de 2022.

Por ello, las modificaciones pertinentes al Código del Trabajo empezarán a tener vigencia desde el 10 de marzo del próximo año.

La presente ley tiene por finalidad igualar jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo con el matrimonio entre personas de diferente sexo. Así, los cambios que según el artículo 5° de esta nueva ley, se realicen al Código del Trabajo serán aplicables para todos los tipos de matrimonio.

En primer lugar, reemplaza el segundo inciso o párrafo del artículo 59 CT, señalando que el cónyuge, sea del mismo o de diverso sexo, podrá recibir hasta el 50% de la remuneración del cónyuge viçioso, que sea declarado como tal por un juez laboral.

En segundo lugar, añade un nuevo artículo 207 ter CT, señalando que los derechos de la madre trabajadora referidos a la protección de la maternidad se aplicarán a la madre o persona gestante, independiente del sexo registral por identidad de género. También, los derechos del padre se aplicarán al progenitor no gestante.



- Auto Acordado 271, CS, 18-12-2021, sobre audiencias y vista de causas por videoconferencia:

En atención a la Ley N° 21.394, que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, publicada en el Diario Oficial el 30 de noviembre de 2021 – la cual comentamos en volumen correspondiente al mes de noviembre, cuando aún era el Boletín 13.753, de 01-09-2021, esperando revisión del TC –, la Excelentísima Corte Suprema dictó este auto acordado sobre audiencias y vista de causas de manera telemática para mayor organización de las partes de un juicio.

En lo aplicable a los juicios laborales, el artículo decimosexto de la Ley N° 21.394, establece la regla general de funcionamiento remoto hasta el 10 de diciembre de 2022, lo cual es incorporado por el auto acordado que comentamos.

Así, en lo pertinente, este auto acordado señala los siguientes puntos:

1) Por regla general, las audiencias se realizarán telemáticamente tanto para tribunal como para las partes, salvo cuando se trate de pruebas testimoniales, pruebas periciales, declaraciones de parte o pruebas confesionales (cuando una parte en un juicio pide que se cite a declarar a la parte contraria), aunque sobre esto último hay excepciones que veremos.

2) Las partes de un juicio pueden alegar entorpecimiento si sus medios tecnológicos no funcionan por causa no imputable. Si el tribunal acoge el entorpecimiento, el tribunal fijará nuevo día y hora para continuar la audiencia.

3) Tribunales indicarán en el sitio web del Poder Judicial su información de contacto, vale decir, al menos un número telefónico y un correo electrónico.

4) Quienes se presenten a audiencias, deben acreditar identidad antes de la audiencia mediante documento de identidad y vía remota ante ministro de fe o funcionario que determine el tribunal, exhibiendo dicho documento.

5) Las partes deben registrar hasta las 12:00 horas del día anterior a la realización de la audiencia o alegato, una forma de contacto como número de teléfono o correo electrónico.

6) 2 días antes de una audiencia, las partes de común acuerdo pueden pedir que la declaración de testigo o parte se realice de manera remota, en despacho de receptor o en lugar acordado por partes y autorizado por el tribunal.

7) Cualquiera de las partes pueden pedir que los testigos, absolventes, declarantes o peritos se presenten a juicio por videoconferencia, señalando las características del lugar donde se rendirá la prueba, generándose un incidente en audiencia preparatoria.

Comentarios sobre Auto Acordado 271, CS, 18-12-2021, sobre audiencias y vista de causas por videoconferencia:

1) Los auto acordados son normas generales dictadas por los tribunales superiores de justicia, vale decir, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, que reglamentan el funcionamiento de los tribunales, que no esté suficientemente precisado por ley y para la buena administración de justicia.

2) El presente auto acordado nace a la luz de la Ley N° 21.394, que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública. Esta ley establece la regla general de funcionamiento remoto, de forma transitoria por pandemia COVID 19, hasta el 10 de diciembre de 2022, para prevenir la propagación del COVID-19.

3) La excepción es la presentación de testigos, peritos o las mismas partes de un juicio cuando la parte contraria exija su declaración en el proceso judicial. La regla general es que deberán declarar en dependencias del tribunal para asegurar la validez de su testimonio o declaración.

4) Para evitar que las declaraciones sean presenciales, las partes de un juicio deben de común acuerdo pedir que se realicen electrónicamente 2 días antes de la realización de la audiencia. También lo puede pedir cada parte de manera individual. Pero en cualquier hipótesis, queda a criterio del tribunal.

5) Si se autoriza, es necesario que sea en un lugar adecuado, idóneo y privado, circunstancias que deberán narrarse al juzgado.

8) Si se debe rendir prueba de testigos, absolución de posiciones o comparecencia de peritos por videoconferencia, el tribunal, con competencia en materia laboral, debe constatar que la audiencia se realice en un lugar adecuado, idóneo y privado, mediante las consultas que sean necesarias o la exhibición de su entorno, antes de la realización de la audiencia y durante ella.

9) En casos en que ya se hubiere ofrecido la prueba, una parte podrá pedir comparecencia remota de los declarantes hasta 10 días antes de la audiencia de juicio.

10) Si no hay medios tecnológicos disponibles para audiencias telemáticas, hay que acercarse al Tribunal a fin de que ellos los proporcionen, siempre que se den razones fundadas.

[- Ley 21.394, 30-11-2021, que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública:](#) Tal y como se señaló antes, esta ley se trató en volumen correspondiente al mes de noviembre de 2021, cuando aún era proyecto de ley o Boletín 13.753, de 01-09-2021.

En este volumen, es necesario precisar que las disposiciones transitorias de esta norma empezaron a regir desde el 10-12-21 y finalizan al 10-12-2022, en especial, el artículo decimosexto, siendo estas disposiciones aquellas que se vinculan con las audiencias preferentemente telemáticas, salvo pruebas de testigo, confesional, peritos y de parte, que deben ser presenciales a menos que se pida, de común acuerdo o unilateralmente, la rendición también de forma telemática, lo que queda sujeto al criterio de cada tribunal. Este artículo transitorio fue regulado con mayor precisión en el auto acordado 271.

[- Ley 21.391, de 24-11-21, que establece modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo para el cuidado de niños o niñas y personas con discapacidad, en los casos que indica:](#) Por medio de su artículo único, esta ley agrega un nuevo artículo 206 bis al Código del Trabajo.

El artículo del cual hablamos señala lo siguiente:

1) Si la autoridad declara estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública o alerta sanitaria por epidemia o pandemia por enfermedad contagiosa, el empleador debe ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de niño o niña en etapa preescolar (entendemos por preescolar aquel niño o niña que no cumple con los requisitos etarios para acceder a la educación básica, considerando que pueden incorporarse a primero básico los que al mes de marzo del año escolar respectivo tengan 6 años de edad), la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones.



Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de esta prerrogativa.

Esta misma regla se aplica para trabajadores que tengan a su cuidado personas con discapacidad, la cual se acreditará con certificado de inscripción en registro nacional de discapacidad y otros documentos que indica la ley.

2) Si la autoridad declarase estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública o alerta sanitaria por epidemia o pandemia por enfermedad contagiosa y adoptare medidas que impliquen el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a los mismos, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. En este caso, el trabajador deberá entregar al empleador una declaración jurada de que dicho cuidado lo ejerce sin ayuda o concurrencia de otra persona adulta.

Esta modalidad de trabajo para las dos hipótesis mencionadas se mantendrá vigente durante el período de tiempo en que se mantengan las circunstancias descritas anteriormente, en particular estado de catástrofe y alerta sanitaria, salvo acuerdo de las partes.

[-Decreto 52 MINSAL de 24-12-21, renueva alerta sanitaria:](#) Se extiende la alerta sanitaria por Covid 19 desde el mes de diciembre 2021 a marzo de 2022.

Comentarios sobre Decreto 52 MINSAL sobre extensión de alerta sanitaria:

1) Recordar que variada legislación extraordinaria por pandemia ya ha quedado sin efecto, dado que desde el 30-09-2021 se levantó el estado de catástrofe, siendo la alerta sanitaria algo completamente diverso.

2) Sin embargo, hay leyes de emergencia que siguen vigentes puesto que se asocian a la alerta sanitaria. Ellas son:

2.1) La ley 21.342 sobre retorno seguro al trabajo, en donde se establece obligaciones de otorgar teletrabajo en ciertos casos, el protocolo Covid y el seguro individual obligatorio Covid 19.

2.2) La ley 21.391, analizada en este boletín, sobre otorgar teletrabajo a personas que tienen bajo cuidado personal a menores de edad en etapa preescolar y para otro caso particular vinculado a menores de 12 años.

Observaciones del fallo de CS 76214-2021, de 21-10-2021, que confirma sentencia que señala que no es un acto ilegal o arbitrario exigir que trabajadores que laboran en faenas presenciales se tomen exámenes preventivos de COVID-19:

1) Ninguno de los tribunales superiores de justicia (CA de Santiago y CS), observan ilegalidad o arbitrariedad en la exigencia de empleador a trabajadores presenciales de tomarse exámenes preventivos de COVID-19.

2) Entienden que esta exigencia está apoyada por el artículo 184 CT, que ordena al empleador tomar todas y cada una de las medidas que protejan efectivamente la vida y la salud de sus dependientes.

3) Asimismo, recuerdan que las empresas deben implementar el protocolo de seguridad sanitaria ordenado por la Ley N° 21.342, que establece protocolo de seguridad laboral y retorno seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19 en el país.

4) En cuanto a los trabajadores presenciales, el artículo 4° letra b) de la Ley N° 21.342, señala que la empresa deberá aplicar un testeo de contagio de acuerdo a las normas y procedimientos que determine la autoridad sanitaria.

5) Finalmente, se le dio la posibilidad a la trabajadora que se tomará test de antígenos o test de anticuerpos (de costo del empleador) sin eximirla de dicha obligación, por las razones ya expuestas.



Jurisprudencia del mes.

Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.



CS, 76214-2021, de 21-10-2021, Ministros Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Jean Pierre Matus A. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Ricardo Alfredo Abuaud D. Se confirma sentencia que señala que no es un acto ilegal o arbitrario exigir que trabajadores que laboran en faenas presenciales se tomen exámenes preventivos de COVID-19.

Electromecánica presenta recurso de protección ante la CA de Santiago, y en contra empresa de maquinarias de minería, invocando derecho a la integridad psíquica e igualdad ante la ley, señalando que empleador le exigía obligatoriamente realizarse un test de antígenos para estar en faena.

La trabajadora sostenía que la exigencia de su empleador en requerirle un test de antígenos era arbitraria e ilegal, considerando que se vulneraba su libertad de conciencia, autonomía e integridad psíquica y física por cuanto sufría un trastorno de ansiedad que se agudizaría con la realización del test.

El empleador explicó que su medida era racional porque el trabajo debía realizarse presencialmente por ser esencial, siendo este test una medida de cuidado de la salud de todos los dependientes, por lo que no era ilegal (cumplimiento del art. 184 CT) ni menos arbitrario al ejercerse las potestades del empleador sin afán antojadizo.

La Cuarta Sala de la CA de Santiago concluyó que no hay ilegalidad ni arbitrariedad porque la empresa cumple su obligación legal de proteger a sus dependientes y exigencia de testeo según normas y procedimientos del protocolo de seguridad sanitaria del artículo 4° letra b) de Ley 21.342. Tampoco observa arbitrariedad toda vez que la decisión fue adoptada en virtud de las facultades legales en protección de los derechos garantizados constitucionalmente y comunicada oportunamente al trabajador, sin que se vislumbre un afán antojadizo o caprichoso. Esto es concordante con la obligación de la empresa de contar con protocolo general de prevención y control de riesgo para COVID-19, en faenas de la industria minera, para desarrollar todas las medidas de prevención recomendadas por las autoridades sanitarias y otras que se estime convenientes.

Habiendo la trabajadora recurrente apelado de la decisión de la CA de Santiago ante la CS, la Tercera Sala del máximo tribunal confirmó la sentencia, señalando que la actora podría realizarse el test de antígenos, que es distinto del "PCR".

1° JLT Santiago, O-5934-2020, 26-10-2021, US. Mauricio Guajardo Espinoza. Dependiente con licencia médica por ser contacto estrecho COVID-19, que termina su licencia y se presenta al trabajo sin esperar resultados de examen PCR, comete una imprudencia temeraria que justifica su despido.

Demandó un técnico instalador de empresa SVM Transtelecom, quien fue despedido el 26 julio de 2020 por la causal del artículo 160 N° 5 y 7 CT. Relató que hizo uso de licencia médica por contacto estrecho COVID-19, entre el 15 de junio al 6 de julio 2020, y que el 9 de julio se presentó a trabajar sin dar aviso a su jefatura o al encargado de prevención de riesgos de padecer síntomas de COVID-19, trasladándose en una camioneta con más trabajadores y llegando a la faena en el aeropuerto, instante en donde, al ser consultado, recién advirtió de su mal estado de salud y de la existencia de un test PCR con resultados pendientes. Por eso se le despide el 10 de julio de 2020, más allá que el trabajador hizo llegar licencias médicas retroactivas con fecha de extensión del 20 de dicho mes y año.

El juez laboral considera que el contrato no regulaba ninguna obligación que pudiera estimarse infringida, por lo que rechaza la causal del N° 7 del art. 160 CT. Sin embargo, sí configura la del N° 5 de dicho artículo, expresando que la circunstancia de que el trabajador haya concurrido a sus labores alicaído y con tos, esto es, con síntomas asociados a COVID-19 como una imprudencia temeraria, siendo lo esperable en este tipo de casos que el trabajador se ausentase a sus labores a la espera del resultado de un examen de PCR.

La circunstancia acreditada efectivamente se trata de una conducta que afectó el funcionamiento de la empresa, siendo un hecho público y notorio que las personas que son categorizadas como contacto estrecho COVID-19, para evitar la propagación del virus, son enviados a cuarentena preventiva, cuestión que además fue corroborado por los testigos de la demandada, sin perjuicio que también constituye afectación a la salud de los trabajadores por el riesgo de contagio que significa y el carácter sumamente infeccioso que tiene la enfermedad, más cuando el propio trabajador reconoció en sede penal, como se indica en la carpeta investigativa acompañada, que dio positivo el resultado de PCR.

CA de Antofagasta, 293-2021, de 30-11-21, Ministros Oscar Clavería G., Fiscal Judicial Rodrigo Alejandro Padilla B. y Abogado Integrante Marcelo Rodrigo Díaz S. Antofagasta. Sindicato interempresa también debe cumplir el quórum mínimo de 25 trabajadores para conformarse y negociar con empleador, incluso en el contexto de una negociación colectiva no reglada.

La Tercera Sala de la CA de Antofagasta declaró la nulidad de convenio colectivo por práctica antisindical de la denunciada Minera Escondida Ltda. y el denunciado Sindicato Interempresa de Trabajadores de la Minería, Transportes y Labores relacionadas con el Giro Minero, quienes celebraron dicho convenio en una negociación no

reglada con características similares al contrato vigente con el Sindicato demandante.

Sindicato 1 planteó denuncia de práctica antisindical contra empresa y sindicato interempresa, indicando que tenían afiliados casi al 96% de los trabajadores de la faena de la empresa y que durante el 2017 se inició una campaña por ciertos disidentes para que algunos trabajadores se desafiliaran a fin de constituir otro sindicato (sindicato 3). Durante el 2018, el sindicato 1 (denunciante) sostuvo un proceso de negociación colectiva complejo, llegando a un acuerdo que significó poder extender beneficios, pagando el 100% de la cuota sindical, salvo bono término de conflicto y préstamo blando, con extensión del total de los beneficios a quienes se incorporaran a este sindicato 1.

Luego de aquello, la disidencia al sindicato 1 habría intentado negociar como grupo negociador, proceso que se abandonó al cuestionarse su legalidad.

Sin embargo, en abril de 2019, la empresa informó haber celebrado un convenio colectivo con el "sindicato interempresa de trabajadores de la minería, transportes y labores relacionadas al giro minero", sindicato que no cumplía con los quóruns que pide la ley para constituir un sindicato de empresa en Minera Escondida (105 en vez de 250), pero que dado que se hizo una negociación no reglada, no correspondía su exigibilidad. Dicho sindicato estaba integrado por parte de los disidentes del sindicato 1, sin añadir a dependientes de ninguna otra empresa y básicamente se negoció en menos de una semana, suscribiéndose un convenio con las mismas estipulaciones que el contrato colectivo de 2018 celebrado con el sindicato 1, salvo ajustes menores, con una cláusula de extensión de beneficios que sólo contemplaba el pago de un 75% de la cuota sindical y que permitía acceder al bono de término de conflicto y préstamo blando en similares condiciones.

Lo que está al centro del debate es lo dispuesto en el artículo 364 inciso segundo del CT, que señala lo siguiente: *"Para los efectos de la negociación colectiva, los sindicatos interempresa deberán agrupar a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica. Asimismo, para negociar colectivamente en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferior a los quóruns señalados en el artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa"*.

Desde el sindicato 1 denunciante indicaron que no se configuraba ninguno de esos dos requisitos, y que el sindicato interempresa no podía negociar colectivamente por este motivo, y, además de exigir una serie de medidas reparativas para con su sindicato, pidieron la nulidad absoluta del convenio colectivo de 2019.

El JLT de Antofagasta señaló que el interés principal de los trabajadores para conformar un sindicato interempresa, no puede ser otro que el de ejercer la libertad sindical de manera plena, toda vez que como se sabe, la negociación supraempresa o ramal es casi inexistente en nuestro sistema laboral por la necesidad de

contar con la aprobación patronal, lo que no ocurre. Por ello, el interés posible para que un trabajador se afilie a un sindicato interempresa es el de ejercer su libertad sindical a través de una agrupación que no logró los quórum necesarios para constituirse como sindicato de empresa o establecimiento. Mirar con malos ojos esa motivación haría innecesario el reconocimiento de los sindicatos interempresas, toda vez que carecerían de sentido y más bien deberían carecer de reconocimiento, como se hizo con los grupos negociadores. Profundizó indicando que *“Puede encontrarse algún sentido a la exigencia de un quórum mínimo para negociar y la necesidad de que los trabajadores sujetos de la negociación se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica para la negociación colectiva reglada y por tanto forzosa para el empleador, ya que, como se sabe, el derecho del trabajo tiene dos almas, la protectora y principal y una que mira a la flexibilidad, el interés empresarial, la productividad y la organización de relaciones de trabajo, caracteres que están en permanente equilibrio y pugna, pero tales razones desaparecen en la negociación no reglada y sobre todo voluntaria para el patrón, por lo que no se divisa motivo alguno para coartar el ejercicio de todos los atributos de la libertad sindical en ese caso, entre ellos también, el derecho a huelga”*.

Finalmente, el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta señala dos razones en que apoyan su razonamiento para rechazar la denuncia. La primera es interpretar normas laborales dudosas en el sentido más favorable para el trabajador (principio in dubio pro operario). En este sentido, el artículo 364 CT, al presentar una duda, se interpreta a favor de todos los trabajadores, por lo que deberá optarse por aquella lectura que le permita ejercer a todos los trabajadores que negociaron a través del sindicato interempresa los atributos de la libertad sindical. La segunda, es que si bien la jurisprudencia administrativa no tiene una respuesta unívoca al planteamiento que se resuelve, en resumen se inclina por esta tesis: “La negociación no reglada no está sujeta a regla alguna” y “toda la normativa de quórum se refiere a la negociación reglada”, bastando citar para ello los dictámenes ORD números 1078/0028 del día 8 del mes de marzo del año 2017 y especialmente el 4118 de fecha 05 de septiembre del mismo año, lo que comparte la tesis del tribunal laboral, rechazando la nulidad del convenio colectivo, la práctica antisindical del sindicato interempresa, pero acogiendo práctica antisindical por Minera Escondida por cuanto para el juez resulta difícil entender la razonabilidad de haber otorgado un beneficio idéntico en una negociación carente de conflicto y desformalizada, donde todas las etapas de la negociación se llevaron a efecto en pocos días, sin asesores ni asistencia legal, incluida la firma del instrumento colectivo, con lo cual la empresa intervino incentivando o desincentivando la afiliación colectiva al sindicato 1, extendiendo ilícitamente beneficios pactados en su instrumento colectivo.

El sindicato 1 denunciante presentó recurso de nulidad de la sentencia ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, manteniendo esta la condena de práctica sindical, pero

disponiendo la nulidad absoluta del convenio colectivo por causa ilícita, al considerar que el sindicato interempresa sí debía cumplir con el quórum del artículo 227 CT aún en una negociación colectiva no reglada, porque no resulta lógico concluir que la negociación colectiva no reglada no tiene requisito alguno de quórum, esencialmente considerando que el requisito para constituir un sindicato interempresa es el “concurso de un mínimo de veinticinco trabajadores para formarlo” lo cual llevaría al absurdo que, para sujetarse el sindicato interempresa a la negociación colectiva reglada requiere el quórum previsto en el artículo 227 y para una negociación colectiva no reglada bastaría que tuviera un trabajador de la empresa. Adiciona que dicho proceso no reglado constituyó un subterfugio o simulación de negociación tendiente a menoscabar la labor, negociación y actividad desplegada por el sindicato denunciante en la negociación reglada que le sirvió de antecedente, beneficiando a un grupo de disidentes de tal organización sindical y extendiéndole indebidamente los beneficios contemplados en el instrumento colectivo.

Ambas denuncias interpusieron recurso de unificación de jurisprudencia (RUJ) para que la resolución final sobre la materia sea determinada por la CS.

1° JLT de Santiago, O-590-2021, de 13-11-2021, US. Eduardo Ramírez Urquiza. Trabajadora que no usa correctamente mascarilla, comete imprudencia temeraria que afecta la seguridad y la salud, por tener la aptitud de propagar la enfermedad de COVID-19, siendo justificado su despido:

Una cajera con funciones adicionales de vendedora y reponedora de supermercado Jumbo indicó que, en un día de trabajo, una mujer que se identificó como funcionaria de SEREMI de Salud le reprochó el no uso de mascarilla idónea (por usar una hecha de una tela que no cubría nariz ni boca) lo cual explicó que se debía a que la empresa no le había entregado una mejor. A pesar de que ese día no hubo mayor consecuencia después de que la mujer conversó con su jefa, tres días después fue despedida por aplicación de causales del artículo 160 N°5 y 7 CT.

De parte del empleador se indicó que ese día la trabajadora estaba sin mascarilla que cubriera su boca y nariz y que se habría excusado de utilizar otras por cuanto la ahogaban. Tras eso la funcionaria de SEREMI le proporcionó una nueva mascarilla, sin que tampoco la utilizase y la trabajadora se negó repetidamente a utilizar cualquiera otra

Tribunal rechazó la demanda de despido injustificado señalando que la utilización de una mascarilla inapropiada por circunstancias que escapan a nuestro conocimiento puede ocurrir. Sin embargo, la mala utilización de la misma, atendida la capacitación de la empresa y de toda la información que se ha dado en esta época en todos los medios, impiden pensar que esa circunstancia no fuere conocida por la demandante, sumado a la oposición de la actora a utilizar o acatar las instrucciones de la autoridad en el episodio en particular.

Así, la decisión de la dependiente aparece como negligente e inmadura y es tal vez lo más riesgoso de todo el episodio que se narra en la carta porque, contra ello, no hay capacitación que valga y prácticamente obligaría a la empresa a estar fiscalizando permanentemente su conducta.

La hipótesis del artículo 160 N° 5 CT, esto es, actos, omisiones o imprudencias temerarias, aun cuando habla de "afecten" la seguridad, debe ser considerado como una conducta que, aunque no haya tenido un resultado dañoso, sí tiene la aptitud para producirlo.

El actuar silencioso del COVID-19 y que puede ser así hasta varios días desde su inoculación, hace imprescindible que las personas y en especial aquellas que atienden a público tomen todas las precauciones posibles para evitar que este ingrese al local y contener su propagación.

En cuanto a la causal del artículo 160 N°7 es evidente que también concurre en la especie considerando que la trabajadora, habiendo sido instruida en el uso de la mascarilla y habiéndosele entregado una mascarilla inclusive por una autoridad sanitaria, se negó a su utilización.

JLT Punta Arenas, T-63-2020, 09-12-2021, US. Claudia Ortiz Quinteros. Una empresa termina cuando finaliza toda actividad conducente al objeto de su funcionamiento y giro, lo que a su vez termina con el fuero de dirigentes sindicales que trabajen en ella:

Sentencia rechaza denuncia de práctica antisindical por el despido de once dirigentes sindicales por la causal de necesidades de la empresa, despido hecho sin proceso previo de desafuero. La demanda fue dirigida contra cinco razones sociales distintas, que ya habían sido declaradas como un único empleador, según el artículo 3° CT.

En los hechos se señaló que la labor era la extracción de carbón en Isla Riesco, para lo cual, en un determinado momento, se determinó que se requería el uso de tronaduras para mantener la utilidad y viabilidad del negocio, lo que fue inicialmente autorizado por la autoridad administrativa, pero dicha autorización fue dejada sin efecto por el Tribunal Ambiental pertinente. Atendido a que sin aquellas tronaduras la viabilidad del negocio, en cuanto a la obtención de las utilidades proyectadas, no se iba a lograr, se puso fin a la faena minera, lo que se traduce en un período largo y gradual de término de los procesos, finalizando el último embarque de carbón en el mes de abril de 2020. Producto de lo anterior, el 25 de mayo de 2020, el empleador puso término al contrato de trabajo de los dirigentes sindicales existentes en la faena y que gozaban de fuero, argumentando que ya no había fuero producto del término de la empresa, sin importar que existiesen las demás personas jurídicas que conforman el único empleador, aduciendo que existirían solo para trámites administrativos del cierre de la faena, pero no para cumplir con el fin para el que fueron creadas.

La jueza laboral acogió la tesis del empleador, quien, cuanto citando jurisprudencia administrativa de la DT (ORD 322/21 de 24-01-2000) y judicial (ROL 1504-17 de CA de Santiago), señaló que el artículo 243 CT regula los plazos de los dirigentes sindicales en sus cargos, siempre y cuando la cesación en aquellos no se produzca anticipadamente por censura de la asamblea sindical, por sanción del tribunal, por renuncia al sindicato o por el término de la empresa. En consecuencia, lo que debía calificarse era si el fin de la faena minera, debido a la imposibilidad de seguir haciendo tronaduras constituía el término de la empresa, ya que si la respuesta era positiva los dirigentes sindicales perdían su fuero y, en consecuencia, podían ser despedidos por cualquiera causal del CT sin proceso previo de desafuero.

Al respecto, la sentenciadora entiende que, para determinar si existió el término de la empresa, hay que revisar si concurren los elementos que el artículo 3° CT indica para conceptualizarla y, si falta uno, no existirá la empresa. En este caso, **el término de la empresa se produce cuando desaparecen algunos o la totalidad de los elementos que la conforman, en términos tales que ésta ya no subsista como una organización dotada de elementos personales, materiales o inmateriales, orientada hacia la obtención de un determinado fin, lo que ocurrirá, a modo de ejemplo, cuando por circunstancias de carácter permanente no se realicen faenas de ningún tipo relacionadas con el giro o actividad de aquella, unido a la ausencia total de trabajadores, por el cierre de la misma, entre otras.** Cuando la empresa deja de persistir en la comisión de sus fines (fueren éstos económicos, sociales, culturales o benéficos, con o sin fines de lucro) y con esto, dejando de lado su rol productivo, ésta cesará en su existencia y reconocimiento frente a las normas laborales. Por contraposición a lo anterior, no existirá tal cese si, pese al término de giro, venta, traspaso o cesión, un tercero toma el rol de gestor y mantiene las funciones o actividades productivas de ésta, incluso bajo otro nombre o razón social. En este caso, para efectos laborales, la empresa subsistirá.

En este caso, la jueza adhiere a la tesis consistente en observar la finalidad y funcionalidad de la empresa, lo cual demarcará y definirá el momento en que aquella estará terminada. Así, una empresa termina cuando finaliza toda actividad conducente a lo que, hasta antes de ese evento, representaba el objeto de su funcionamiento y giro. No alterará tal conclusión que se pueda mantener un mínimo de dotación cuyo fin no sea sino permitir el cierre definitivo de la empresa, que no es operativo sino más bien administrativo, contable o tributario.

Así, la sentenciadora señala que, ante el término de la empresa, producto del cierre de la mina, no queda más que concluir que los denunciados, al momento de sus despidos, no estaban protegidos por fuero sindical.

Finalmente, respecto a la validez de los despidos por necesidades de la empresa en estos hechos, la sentenciadora señala que la empresa para maximizar la capacidad de extracción de carbón ante las características del terreno en que se encuentra emplazado el yacimiento

carbonífero, decidió implementar un método complementario de extracción consistente en tronaduras para fracturar las capas de material estéril, lo cual se vio obstaculizado por las restricciones impuestas por un tercero ajeno a la relación laboral, esto es, el Tribunal Ambiental de Valdivia, a raíz de acciones entabladas por particulares.

Las circunstancias enfrentadas por la empresa son graves, ya que la imposibilidad de explotar la mina en un 100% o en porcentajes al menos superiores a los que logró explotar (26%), trae como lógica consecuencia un menor rendimiento económico, lo cual es relevante porque en términos simples toda empresa requiere obtener ganancias que le permitan desarrollar su giro y costear personal y maquinaria.

Todos los elementos mencionados llevaron a rechazar también la demanda de despido injustificado.



Resoluciones administrativas.

Juan Padilla Herrera, Cristian Vásquez Segura y Rodrigo Tapia Salvo.



- DIC 2706/053, DT, 29-11-2021, que determina como jurídicamente improcedentes las preguntas acerca de estado de salud de postulantes en procesos de contratación laboral, en particular, si padece COVID-19:

Empresa consulta a DT sobre la procedencia de preguntas por estado de salud de postulantes en proceso de contratación, ya que no se están realizando exámenes preocupacionales, siendo determinante saber si postulante tiene o no COVID-19 como medida de protección para trabajadores ya contratados, sin que se estime como discriminación arbitraria, puesto que se deben realizar funciones fuera del domicilio o lugar de residencia.

DT se pronuncia sobre la materia, concluyendo que es improcedente preguntar por estado de salud o padecimiento de COVID-19 a postulantes en proceso de contratación laboral, lo que va contra la CPR y nuestro Derecho del Trabajo, constituyendo una discriminación arbitraria.

El artículo 19 N° 16, inciso 3°, de la CPR, prohíbe la discriminación no basada en la idoneidad o capacidad personal, lo cual es desarrollado por el artículo 2° CT, estableciendo que son contrarios a la ley laboral los actos de discriminación basados en enfermedad o discapacidad. Suma a lo dicho el convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo, de la OIT ratificado por Chile.

Por lo que, estando prohibida toda discriminación no basada en idoneidad o capacidad laboral, hace improcedente jurídicamente incluir en el proceso de contratación preguntas referentes al estado de salud de postulantes. Así se establece expresamente el inciso 6° del citado artículo 2° CT., que califica como acto de discriminación la oferta de trabajo de empleador o terceros, por cualquier medio, que señale como requisito de postulación cualquiera de las condiciones del inciso 4° de este artículo, como enfermedad o discapacidad. Esto también es consecuencia del artículo 5° CT que establece que las facultades del empleador tienen como límite el respeto a las garantías fundamentales de trabajadores.

Junto con lo anterior, se debe considerar que el estado de salud físico o psíquico es un dato sensible según el artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628, que, según el artículo 10° de esta norma, no pueden ser tratados si la ley no lo autoriza y sin consentimiento del titular, siendo reflejado en el artículo

154 bis CT que obliga al empleador a mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador.

En virtud de lo dicho, la DT concluye que **no** resulta jurídicamente procedente efectuar consultas a postulantes en procesos de contratación sobre estado de salud, y, en particular, si padece COVID-19, por ser datos sensibles que forman parte de su privacidad y condicionan la contratación laboral a la ausencia de esa enfermedad, siendo ello una discriminación arbitraria.

- DIC 2719/054, DT, 29-11-2021, sobre acceso a prestaciones de seguro de desempleo para trabajadores de establecimientos educacionales:

Se solicita a la DT pronunciamiento sobre si establecimientos educacionales pueden hacer uso de prestaciones de la Ley N° 21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo en circunstancias excepcionales, ley de crianza protegida, dado que en el caso de declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública o de alerta sanitaria, se prohíbe a establecimientos educacionales funcionar de manera presencial, pero no de manera remota.

Ante esto, la DT resuelve sobre tres puntos diferentes, dependiendo del tipo de establecimiento:

1) Los establecimientos educacionales que presten servicios de manera remota, según criterios del MINEDUC, deben evaluar caso a caso la suspensión de contratos de trabajadores, ya que, para prestar el servicio educacional remoto, deben contar con dependientes que sigan trabajando. La regla general es que no se podría suspender ni acogerse a la LPE a sus trabajadores.

2) Los establecimientos educacionales dependientes de corporaciones municipales, particulares subvencionados y técnicos profesionales de administración delegada del DL 3166 no pueden acogerse a LPE en atención al artículo 22 de la Ley N° 21.227, al financiarse íntegramente con cargo a la ley de presupuestos o subvenciones del sector público o al celebrar convenios con MINEDUC, ya que reciben de servicios o instituciones estos pagos. Tampoco se puede suspender a trabajadoras manipuladoras de alimentos del Programa de Alimentación Escolar, si se financia a empresas por la Junta de Auxilio Escolar y Becas.

3) Los establecimientos particulares pagados, al no percibir financiamiento estatal para funcionar, pueden acceder a las prestaciones de Ley N° 21.227 si cumplen con requisitos normativos para suspensión de contratos de trabajadores o pactos de reducción de jornada de trabajo.

ORD 2779, DT, 07-12-2021, sobre colación, feriado y nueva contratación de asistentes de la educación:

Se solicitó a la DT que se pronuncie sobre distintos puntos referentes a los asistentes de la educación, lo cual ocurre mediante el presente ordinario.

1) Colación: De acuerdo con el artículo 39 de los incisos 1° y 2° de la Ley N° 21.109, los asistentes de la educación tendrán derecho a colación de 30 minutos si: a) Pactan jornada de al menos 43 horas semanales, independiente de la duración de la jornada diaria; y b) Cuentan con una jornada menor de 43 horas semanales, pero con una diaria igual o superior a 8 horas.

2) Feriado: El artículo único de la Ley N° 21.199, extiende efectos a asistentes de la educación que trabajan en establecimientos educacionales subvencionados, por lo que les aplica el Dictamen 3445/022 de la DT en cuanto a que puede operar la interrupción del feriado para cumplir funciones esenciales: a) Solo en el feriado de verano porque el objetivo es asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar. Así que no procede esa interrupción en feriado de vacaciones de invierno; y b) La determinación de las labores depende de necesidades del establecimiento definidas por representante legal de sostenedor.

3) Nuevas contrataciones: El artículo 3° de la Ley N° 19.494, señala sobre la idoneidad psicológica para desempeñarse como asistente de la educación que: a) Se acredita por informe de servicio de salud; b) Se refiere a la aptitud para desempeñarse con menores, y c) Idoneidad se acredita en proceso de selección y previo a la contratación.

- ORD 2795, DT, 09-12-2021, sobre anticipos de gratificaciones convencionales garantizadas y periodicidad de pago de remuneraciones:

Se realizan varias consultas sobre la gratificación regulada en contrato colectivo, que básicamente indica que se daría mensualmente un anticipo de gratificación asociado al 80% del tope de 4,75 IMM (80% de 4,75 IMM/12) que indica la norma del art. 50 CT y que, de existir utilidades, el saldo se pagaría en el mes de abril del año en que se hiciera la correspondiente declaración de impuestos.

Ante esto, la DT precisa varias materias: (1) Entiende que ese pacto en realidad es una gratificación convencional garantizada, que no depende de las utilidades del ejercicio, por lo que deben pagarse mes a mes como remuneración similar en su tratamiento al sueldo; (2) A diferencia de lo planteado por la empresa, las cotizaciones previsionales por esa gratificación convencional garantizada deben ser pagadas mes a mes y no en el instante en que la empresa presenta al SII su liquidación de renta (abril); (3) Indica que, en caso de licencia médica (común o profesional) un dictamen de 1998 de la DT señala que quienes perciben anticipadamente mes a mes la gratificación legal no tienen derecho a recibir aquella si se encuentran acogidos a

subsidio por enfermedad común o descanso maternal, ya que esa gratificación se incluye en la base para la determinación del respectivo subsidio. Complementa aquello diciendo que en caso de que el trabajador esté sujeto sólo a unos días de licencia en el mes y el subsidio haya sido calculado con la gratificación legal mensual, recibirá el pago de este último concepto en proporción a los días trabajados en el mes correspondiente. Misma conclusión la aplica para el SIS y para el seguro de cesantía, en cuanto a que la base de cálculo para pago debe considerar la gratificación pagada mes a mes; (4) La gratificación pagada mes a mes debe incluirse en la base de cálculo del art. 172 CT para fines indemnizatorios, aun cuando se pague con carácter de anticipo; (5) Respecto a pagos de bonos de producción y de seguridad pactados en instrumento colectivo y que se pagan con desfase de un mes, se consultó si ello era lícito. El empleador describió, para el bono de producción, que este se contabilizaba desde el día 1 al 25 de un mes, pagándose al siguiente porque necesitaba de tiempo para determinar los índices de cumplimiento, lo que excedería el penúltimo día hábil del mes en que se pagan las restantes remuneraciones. Para el caso del bono de seguridad, el empleador reseñó que el mismo evaluaba el cumplimiento de índices del día 1 al 30 del mes y, como la remuneración se pagaba antes que ese último día, se postergaba para el mes siguiente. **La DT citó dos ordinarios en donde concluye que el empleador debe pagar las remuneraciones en la periodicidad pactada, que no puede exceder un mes, aun cuando exista acuerdo con los trabajadores para superar ese límite, por tanto, la cláusula es ilícita.**





Laboral Atiende Abogados



contacto@laboralatiende.cl

Orientación y solución a
problemas laborales.

Visite nuestra página Web:

www.laboralatiende.cl