



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 152540 (1353) 2021

ORDINARIO N°: 191

Jul dico

ACTUACIÓN:

Informa doctrina.

MATERIA:

Trabajo a distancia; Teletrabajo; Ley N°21.342

RESUMEN:

1. La implementación del trabajo a distancia o teletrabajo, en el contexto de la Ley N°21.342, depende de las condiciones específicas que asisten al trabajador involucrado, por lo tanto, no resulta ajustado a derecho establecer una calificación ex ante de empresas exceptuadas de la aplicación del artículo 1º de la ley referida.
2. Se entenderá que se trata de funciones que, por su naturaleza, pueden ser prestadas a distancia o mediante teletrabajo, todas aquellas en que el o la trabajadora no requieren de manera indispensable su presencia física, debiendo hacer presente que, en dicha circunstancia, el empleador debe adoptar todas las medidas de resguardo y protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que les corresponde desarrollar a los trabajadores, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión.

ANTECEDENTES:

1. Instrucciones de 05.01.2022 de Jefa de Unidad de Pronunciamientos Innovación y Estudios Laborales.
2. Ord. N°862 de 30.09.2021 de Directora Regional del Trabajo (S) de la Región del Biobío.
3. Presentación de 09.09.2021 de [REDACTED] Representante Legal SETOP S.A.

SANTIAGO, 01 FEB 2022

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: SRA. [REDACTED]
REPRESENTANTE LEGAL
SETOP S.A.
[REDACTED]
[REDACTED]

Mediante presentación de Ant. 3), Ud. ha solicitado a este Servicio un pronunciamiento que determine si la empresa que representa, dedicada a actividades de consultoría de gestión contable, se encuentra exceptuada de la aplicación del artículo 1º de la Ley N°21.342, respecto a la implementación de trabajo a distancia o teletrabajo a sus trabajadores.

Manifiesta que la Ley N°21.342 y la doctrina de este Servicio, no se refiere a las empresas exceptuadas de implementar dicha modalidad de prestación de servicios por encontrarse impedidas, como ocurriría en su caso, que maneja información contable y financiera de los clientes y de la empresa, la que no puede disponerse fuera de sus dependencias por los trabajadores, existiendo la posibilidad que se produzcan delitos de naturaleza cibernetica.

Expone que en los contratos de trabajo se ha establecido una cláusula de confidencialidad, que obliga al trabajador a guardar reserva y a no divulgar a terceros toda información confidencial sobre la que tome conocimiento, lo que se suma al deber de la empresa de conservar los libros contables y toda la documentación exigida por el Servicio de Impuestos Internos, por tal razón, implementar trabajo a distancia o teletrabajo importa un riesgo para el cumplimiento de la normativa legal y del propio contrato de trabajo de los trabajadores.

En este sentido, al requerirse por los trabajadores del acceso a la documentación legal y tributaria, tanto de los sistemas informáticos como de documentación física de respaldo, y al contener información relevante, su pérdida, fortuita o intencional, o el conocimiento de dicho contenido por terceros no autorizados, generaría un grave perjuicio a la empresa.

A este respecto ejemplifica que, a finales del año 2020, uno de sus clientes fue víctima de un sabotaje cibernetico, lo que implicó el desvío y apropiación indebida de 1.2 millones de dólares, situación que se encuentra actualmente bajo la investigación del Ministerio Público, acompañando a su presentación la querella interpuesta por la empresa Comercializadora San Luis S.A.

Finalmente, concluye su presentación adjuntando extractos del Informe Ejecutivo N°08JUL21-1 de Inntesec Academy e Informe Ejecutivo N°29 de julio 21-1, controles de Ciberseguridad, manifestando que existe un riesgo de pérdida de confidencialidad de un 70,9% de la información que maneja y, actualmente, no mantiene un perímetro de seguridad que proteja a los equipos que se conectan de forma remota, siendo necesario implementar una Red Privada Virtual (VPN) para que el uso de los trabajadores, lo que implicaría una inversión cuantiosa y con un tiempo no menor de implementación.

Sobre el particular, cúmpleme con informar a Ud. que la Ley N°21.342, que establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19 en el país y otras materias de indica, establece en su artículo 1º:

"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.

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

Considerando lo expuesto, la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen N°1702/21 de 23.06.2021 precisó que, en tanto persista la alerta sanitaria decretada con ocasión del COVID-19, 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 en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley N°21.342.

En el dictamen referido se precisa que los trabajadores o trabajadoras que cumplan con los requisitos para cambiar la modalidad de trabajo desde la presencialidad al trabajo a distancia o teletrabajo, les asiste la obligación de notificar dicha circunstancia al empleador, quien contará con el plazo de 10 días corridos

para poder implementarla, agregando que su incumplimiento se podrá denunciar ante el Inspector del Trabajo y, a partir del undécimo día, el trabajador no estará obligado a concurrir presencialmente al lugar en que presta servicios y el empleador deberá continuar igualmente pagando la remuneración que corresponda.

Teniendo presente la disposición legal y la doctrina de esta Dirección, se debe prevenir que la implementación del trabajo a distancia o teletrabajo, en el contexto de la Ley N°21.342, depende de las condiciones específicas que asisten al trabajador involucrado, por lo tanto, no resulta ajustado a derecho establecer una calificación *ex-ante* de empresas exceptuadas de la aplicación del artículo 1° de la Ley referida como se consulta en la especie.

De esta forma, lo determinante será que el trabajador se encuentre en alguna de las hipótesis referidas en el artículo 1° de la Ley N°21.342 y, en dicha circunstancia, este se encontrará obligado a notificar dicha circunstancia a su empleador, situación en que este último deberá analizar si la naturaleza de las funciones que presta el o la trabajadora permiten la implementación de trabajo a distancia o teletrabajo, pudiendo reclamarse una eventual negativa ante la Inspección del Trabajo.

Ahora bien, es necesario hacer presente que se entenderá que se trata de funciones que, por su naturaleza, pueden ser prestadas a distancia o mediante teletrabajo, todas aquellas en que el o la trabajadora no requieren de manera indispensable su presencia física, lo que se debe resolver en cada situación en particular y, en caso de ser sometida a conocimiento de la Inspección del Trabajo, implicará un análisis casuístico de las funciones a desarrollar.

Sin perjuicio de lo señalado, a propósito de la obligación de implementar la modalidad de prestación de servicios a distancia o teletrabajo en el marco de la Ley N°21.342, cabe referirse a los alcances de la cláusula de confidencialidad establecida en los contratos de los trabajadores; las condiciones en que se desarrolla un delito de naturaleza informática y, finalmente, el deber del empleador de adoptar las medidas que permitan la correcta prestación de las funciones por parte de los trabajadores, considerando el principio de ajenidad que rige en materia laboral.

A este respecto, conforme a la información proporcionada la cláusula de confidencialidad establecida en los contratos de trabajo señala:

“Séptimo: El trabajador se obliga, especialmente, a guardar estricta reserva y a no divulgar a terceros mientras permanezca vigente el vínculo laboral, toda información confidencial de la empresa sobre la que tome conocimiento en razón de la naturaleza del cargo y/o de las funciones que desempeña, y que pudieren lesionar en cualquier grado la posición competitiva de la empresa, sea que esta información tenga el carácter de secreta por expresa disposición legal, o no. Además, se compromete a no divulgar o utilizar indebidamente cualquier tipo de información respecto de los antecedentes u operaciones de la Empresa, de sus socios, de sus clientes y/o trabajadores por lo que existirá un especial deber de reserva y confidencialidad del ex trabajador en relación a la prestación de sus servicios que realizó y respecto de los antecedentes de los cuales tomó

conocimiento a causa o con ocasión de su trabajo, por lo cual le queda estrictamente prohibido el uso de cualquiera información privilegiada en beneficio propio o para terceros”.

En este sentido, considerando el deber de guardar estricta reserva y de no divulgar información a terceros, es posible advertir que no existe un vínculo causal que permita atribuir responsabilidad a los trabajadores y, adicionalmente, fijar dentro de la esfera de sus competencias, la circunstancia de evitar que terceros ajenos al vínculo laboral consumen un delito informático, a propósito de un ataque cibernético, por el contrario, corresponderá exigirse que no realicen acciones positivas y cumplan con los protocolos establecidos para el resguardo de la información.

Se advierte que, a partir de la cláusula contractual expuesta en su presentación, la pérdida de confidencialidad se puede provocar aun cuando el trabajador preste servicios en dependencias de la empresa, no siendo determinante para el cumplimiento de dicho deber u obligación contractual el lugar en que se prestan servicios.

Así las cosas, por un lado, podrían incumplirse protocolos cuya omisión ocasionan en una pérdida de la información o, por otro, que exista una actitud positiva del trabajador para revelar dichos contenidos a terceros, circunstancias que pueden ocurrir tanto si se prestan servicios fuera como dentro de las dependencias de la empresa, permitiendo concluir que, a propósito del resguardo de la información, la presencialidad no constituye un aspecto determinante.

Considerando la eventualidad de ataques cibernéticos y las obligaciones que recaen sobre los trabajadores, la doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en los dictámenes N°4958/219 de 28.08.1994 y 8177/331 de 18.12.1995, ha señalado que los trabajadores que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo cumplen sus obligaciones contractuales realizando sus funciones en la forma convenida en el respectivo instrumento, circunstancia, que a la vez, autoriza para sostener que corresponde al empleador asumir aquellas que se derivan de la gestión o administración de su empresa.

Agregan los pronunciamientos referidos que, en efecto, tales trabajadores realizan su trabajo “por cuenta de otro” o “cuenta ajena” lo que de acuerdo al principio de ajenidad que caracteriza la relación jurídico laboral se traduce en que éstos son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y adoptar todas las medidas de resguardo y protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión.

Sin perjuicio del análisis casuístico en cada caso, parece necesario advertir que, a propósito de los riesgos advertidos en su presentación respecto a la implementación de trabajo a distancia y teletrabajo, recaerá sobre el empleador adoptar las medidas necesarias para su control y, sin duda, también podrá beneficiarse de los réditos económicos que importe dicha medida respecto de sus

actuales o futuros clientes, considerando especialmente que la consumación de un delito informático se puede presentar aun cuando los trabajadores presten servicios exclusivamente en dependencias de la empresa.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted que:

1. La implementación del trabajo a distancia o teletrabajo, en el contexto de la Ley N°21.342, depende de las condiciones específicas que asisten al trabajador involucrado, por lo tanto, no resulta ajustado a derecho establecer una calificación ex-ante de empresas exceptuadas de la aplicación del artículo 1º de la ley referida.
2. Se entenderá que se trata de funciones que, por su naturaleza, pueden ser prestadas a distancia o mediante teletrabajo, todas aquellas en que el o la trabajadora no requieren de manera indispensable su presencia física, debiendo hacer presente que, en dicha circunstancia, el empleador debe adoptar todas las medidas de resguardo y protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que les corresponde desarrollar a los trabajadores, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO


JDTP/LEP/FNR
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control