



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e Informes en
Derecho
SE(253)2023

DICTAMEN: 423 / 12

ACTUACIÓN:

Fija doctrina.

MATERIA:

Ley N°21.530. Alcances.

RESUMEN:

Fija sentido y alcance de ley N°21.530 que establece un derecho a descanso reparatorio para trabajadores de la salud del sector privado, como reconocimiento a su labor durante la pandemia de COVID-19.

ANTECEDENTES:

- 1) Necesidades del Servicio.
- 2) Pase N°232 de 21.03.2023, del Sr. Director del Trabajo
- 3) Pase N°223, de 16.03.2023, del Sr. Director del Trabajo.
- 4) Correo electrónico de 10.02.2023.
- 5) Pase N°101, de 09.02.2023, del Sr. Director del Trabajo.
- 6) Asignación de 02.02.2023.
- 7) Correo electrónico de 02.02.2023.

FUENTES: Ley N°21.530. Art. 44 Decreto N°969, de 1934, del Ministerio del Trabajo. Artículos 121 y 129 Código Sanitario. Artículo 1° Decreto N°20, de 2012, del Ministerio de Salud. Artículo 162 quáter H Código del Trabajo.

CONCORDANCIA: Dictámenes N°1754/38 de 06.10.2022; N°1864/42 de 25.10.2022 y N°1863/41 de 25.10.2022. Ordinario N°320 de 16.01.2020.

SANTIAGO, 22 MAR 2023

DE: DIRECTOR DEL TRABAJO

A: SR. JEFE DEPARTAMENTO INSPECTIVO

Por razones de buen servicio se ha estimado necesario emitir un pronunciamiento que determine el sentido y alcance de las disposiciones de la ley N°21.530, que establece un derecho a descanso reparatorio para trabajadores de la salud del sector privado, como reconocimiento a su labor durante la pandemia de COVID-19, especialmente, en relación con su procedencia y ejercicio, al tratarse de una normativa que afectará la regulación de las relaciones laborales de dicho sector.

1.- Concepto:

El artículo 1° de la Ley N°21.530 prescribe:

“Otórgase, por única vez y de manera excepcional, un beneficio denominado “descanso reparatorio” a los trabajadores y las trabajadoras de establecimientos de salud privados, a los de farmacias y de almacenes farmacéuticos, sin distinción de la calidad contractual en virtud de la cual se encuentren vinculados a dichos establecimientos, farmacias y almacenes farmacéuticos. Este beneficio consistirá en catorce días hábiles de descanso, que podrán utilizarse en forma total o parcial. El tiempo durante el cual los trabajadores y las trabajadoras hayan hecho uso del beneficio establecido en este artículo se considerará como efectivamente trabajado para todos los efectos legales, será compatible con el uso de feriados y permisos, y podrá utilizarse inmediatamente antes o después de éstos. Se podrá hacer uso de este beneficio durante el período de tres años contado desde la fecha de publicación de esta ley, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes.

Con todo, si al término de la relación laboral quedan días pendientes de utilizar, el empleador o empleadora deberá compensarlos en dinero al trabajador o trabajadora. Para estos efectos, consignará el valor de los días pendientes que le habrían correspondido utilizar en la respectiva remuneración, entendiéndose trabajados para todos los efectos legales.”

Del precepto transcrito se infiere que el “descanso reparatorio” concedido por la normativa es un beneficio consistente en un determinado número de días de descanso que se otorga a las personas trabajadoras de establecimientos de salud privados, a los de farmacia y almacenes farmacéuticos, cualquiera sea la calidad contractual en virtud de la cual se encuentren vinculados a dichos establecimientos.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 2°, se debe prevenir que el beneficio de catorce días hábiles establecido en la legislación se reduce a siete días (hábiles) respecto de quienes hayan desempeñado funciones, trabajos o servicios en alguna de las instituciones anteriormente referidas en modalidad exclusiva de teletrabajo.

De esta forma, se debe tener presente que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, circunstancia en que es posible concluir, conforme al contenido expreso del articulado, que la distinción establecida por el legislador requiere que la modalidad de teletrabajo haya sido prestada en forma exclusiva, es decir, sin que haya mediado, en período alguno, trabajo en dependencias del empleador.

En este sentido, el inciso 2° del artículo 152 quáter H del Código del Trabajo dispone que no se considerará trabajo a distancia o teletrabajo si el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa.

De esta forma, quienes por motivo de aforo desempeñaron funciones en lugares designados y habilitados por el empleador no se encontrarían dentro de la situación establecida en el artículo 2 de la Ley N°21.530, correspondiendo los catorce días hábiles de descanso reparatorio.

Cabe señalar que esta ley persigue otorgarles a los trabajadores y las trabajadoras que en ella se indican un derecho a descanso reparatorio como reconocimiento a la labor por ellos desarrollada durante la pandemia por COVID-19 y que ya se había otorgado en términos muy similares a los trabajadores del sector público a través de la Ley N°21.409.

2.- Procedencia:

Del tenor literal del artículo 1° antes transcrito se desprende que, para tener derecho a este descanso reparatorio especial el trabajador o la trabajadora debe haberse desempeñado en establecimientos de salud privados, farmacias y almacenes farmacéuticos.

Cabe consignar, según aparece de la historia de la ley, que en relación a la determinación del prestador se modificó la expresión original que señalaba "*red asistencial que sean prestadores de salud privada*" por "*establecimientos de salud privados*", a sugerencia de la autoridad sanitaria¹, dado que es un concepto contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006 y que es propio del Código Sanitario, como una forma de homologar la situación del sector privado con los beneficios que han tenido los trabajadores del sector público.

Por otra parte, en relación a la situación de las farmacias cabe destacar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 129 del Código Sanitario, son consideradas centros de salud y, en tal circunstancia, además se les exige contar con la Dirección Técnica de un químico farmacéutico encargado de absolver las consultas que le formulen los usuarios, dando cuenta de la relevancia que prestaron a propósito de la pandemia del COVID-19.

¹Historia de la ley, Segundo Trámite Constitucional.2.8, pág. 10, Ministra de Salud, Sra. Ximena Aguilera.

Ahora bien, en cuanto a la extensión de quienes pueden considerarse como beneficiarios de la normativa en estudio por haberse desempeñado en determinadas entidades, cabe señalar que el inciso 1° del artículo 121 del Código Sanitario señala:

“Son establecimientos del área de la salud aquellas entidades públicas o privadas que realizan o contribuyen a la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.”

Por su parte, el inciso 1° del artículo 1° del Decreto N°20, de 2012, del Ministerio de Salud, dispone:

“Laboratorio Clínico es aquel servicio, unidad establecimiento público o privado que tiene por objeto la ejecución de exámenes o análisis de apoyo clínico y diagnóstico en salud humana, tales como exámenes hematológicos, bioquímicos, hormonales, genéticos, inmunológicos, microbiológicos, parasitológicos, virológicos, citológicos, histopatológicos y toxicológicos, con fines de prevención, diagnóstico o control de tratamiento de las enfermedades, estados fisiológicos o condiciones de filiación.”

De la norma antes transcrita se infiere que quedan incluidas estas entidades dentro de lo que se entiende por establecimientos del área de salud privada pues se trata de una ley especial que otorga de manera extraordinaria un beneficio de descanso adicional a aquellos trabajadores y trabajadoras que con ocasión del combate de la pandemia por COVID-19 se vieron expuestos a una mayor carga de trabajo, a un mayor estrés y a un mayor peligro de contagio de tal manera que, para los efectos de tener derecho a este beneficio, se debe atender a esta finalidad claramente establecida en la historia de la ley.

En efecto, se desprende tanto del nombre de la ley –“...como reconocimiento a su labor durante la pandemia de COVID-19” – como de la tramitación del proyecto de ley, que en reiteradas oportunidades se señala que dice relación con la pandemia por COVID-19, lo cual ha implicado la implementación de medidas para su contención, las que han significado una mayor carga laboral para el personal de salud, tanto de establecimientos públicos como privados, con un mayor riesgo de contagio para quienes realizan esta atención y consecuencias en su salud tanto física como mental.

De esta manera, respecto de entidades como clínicas, centros médicos, laboratorios clínicos, laboratorios farmacéuticos y otros similares, corresponderá otorgar el beneficio de descanso en estudio respecto de los trabajadores y trabajadoras que se hayan desempeñado en ellos durante el período fijado por la ley y cumpliéndose los demás requisitos que se indican en el presente informe.

Por otra parte, el artículo 2° de esta preceptiva dispone:

“Los beneficiarios deberán haberse desempeñado continuamente desde el 30 de septiembre de 2020, y estar en servicio en alguno de los establecimientos de salud privados, farmacias y almacenes farmacéuticos a los que alude el artículo 1 a la fecha de publicación de esta ley. La referida continuidad no se verá afectada por el uso de licencias y permisos regulados en la ley, tales como los contemplados en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, sobre “Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, ni por el uso de la licencia médica preventiva parental por causa de la enfermedad Covid-19.

El beneficiario o la beneficiaria deberá contar, además, con una jornada igual o superior a once horas semanales, circunstancia que no resultará aplicable a quienes se encuentren excluidos de los límites de la jornada de trabajo.

Respecto de quienes haya desempeñado funciones, trabajos o servicios en algunas de las instituciones señaladas en los incisos anteriores y en las labores antes descritas, en modalidad exclusiva de teletrabajo, se les concederá el beneficio de “descanso reparatorio” por siete días hábiles.”

De esta manera, junto con el desempeño en los establecimientos ya señalados, para acceder a este beneficio la prestación de servicios en ellos debe haber sido continua desde el 30 de septiembre de 2020 y estar en servicio a la fecha de publicación de esta ley, esto es, al 2 de febrero de 2023.

Para estos efectos, la continuidad exigida por la ley no se verá afectada si el beneficiario o beneficiaria hizo uso de licencias y permisos regulados en la ley, tales como los contemplados en el Título II del Libro II del Código del Trabajo sobre “Protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar”, ni por el uso de licencia médica preventiva parental por causa de la enfermedad Covid-19.

En este contexto, la expresión “*tales como*” empleada por la norma permite inferir que esta enunciación no es taxativa.

En relación con la exigencia de continuidad, cabe señalar también que el beneficio será igualmente procedente respecto de quienes, cumpliendo con las condiciones que exige la ley, se hayan desempeñado para más de un empleador en la medida que exista dicha continuidad, considerando que la norma solo exige que la continuidad de servicios sea respecto de los establecimientos de salud señalados en la Ley N°21.530 y no respecto de un mismo vínculo jurídico, toda vez que lo que busca resguardar esta normativa es el derecho a descanso de quienes prestaron servicios de forma intensiva y continua producto de la pandemia.

Ahora bien, atendido que la ley exige haberse desempeñado, de manera continua, en algunas de las entidades señaladas en el artículo 1°, durante el período de tiempo completo determinado por el legislador, que va desde el 30 de septiembre de 2020 al 2 de febrero de 2023 no resulta procedente que el beneficio sea otorgado en forma proporcional respecto de aquellas personas que comenzaron a prestar servicios con posterioridad al 30 de septiembre de 2020.

Por último, el beneficiario o beneficiaria debe contar con una jornada igual o superior a 11 horas semanales, salvo que se trate de personal excluido de los límites de la jornada de trabajo de conformidad al artículo 22 del Código del Trabajo.

Requisitos:

a.- Haberse desempeñado en establecimientos de salud privados, farmacias y almacenes farmacéuticos.

b.- Contar con una jornada igual o superior a 11 horas semanales, salvo para quienes se encuentren excluidos de la jornada de trabajo.

c.- Haberse desempeñado continuamente desde el 30 de septiembre de 2020.

d.- Encontrarse en servicio en alguno de los establecimientos señalados en la letra a) a la fecha de publicación de la ley, esto es, al 02.02.2023.

e.- No ser un trabajador o trabajadora que tenga facultades de representación del empleador y facultades generales de administración, requisitos copulativos.

f.- No haber hecho uso efectivo de este beneficio en virtud de la Ley N°21.409.

3.- Empresas subcontratistas y de servicios transitorios:

Respecto de la situación de aquellos dependientes contratados bajo el régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios, se debe destacar que el artículo 1 de la Ley N°21.530, establece expresamente que el beneficio está destinado a todos los trabajadores y trabajadoras del sector privado sin distinción de la calidad contractual en virtud de la cual se encuentren vinculados a dichos establecimientos, farmacias y almacenes farmacéuticos.

De esta forma, únicamente se exige que las personas trabajadoras, como consecuencia de la prestación de servicios que realizan, se encuentren vinculados a los establecimientos referidos por la normativa, circunstancia en que resulta indiferente si se trata de una empresa principal o contratista.

A este respecto, en lo pertinente el artículo 183-A del Código del Trabajo dispone:

“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa

o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.”

En este sentido, es posible advertir que existen casos en que las empresas contratistas ejecuten obras o servicios en establecimientos, farmacias y almacenes farmacéuticos referidos por la normativa en análisis, circunstancia en que resulta aplicable el derecho al descanso reparatorio regulado en la Ley N°21.530.

A mayor abundamiento, aplicando el axioma jurídico según el cual donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, se debe considerar el mismo criterio expuesto en el numeral anterior, que atiende principalmente a la finalidad perseguida por la ley, y por consiguiente, deberá tenerse en cuenta para los efectos de determinar si corresponde o no otorgar este descanso especial, si la prestación efectiva de los servicios de estas personas se efectuó en las entidades que se encuentran dentro de las categorías señaladas por la ley.

4.- Exclusiones:

A su vez, el artículo 4° de esta preceptiva establece:

“No tendrán derecho al beneficio de esta ley los trabajadores y las trabajadoras que tengan facultades de representación del empleador y facultades generales de administración, y quienes hayan hecho uso efectivo del beneficio contenido en la ley N°21.409, que establece un descanso reparatorio para las trabajadoras y los trabajadores de la salud que indica, en reconocimiento a la labor desempeñada durante la pandemia por Covid-19.”

De esta manera, quedan excluidos de este beneficio:

a.- Los trabajadores y trabajadoras que tengan facultades de representación del empleador y además facultades generales de administración y

b.- Quienes hayan hecho uso efectivo del beneficio contenido en la Ley N°21.409.

Respecto del requisito consignado en la letra a) cabe consignar que se trata de requisitos copulativos, razón por la cual la sola circunstancia que una persona cuente con facultades generales de administración pero careciendo de la representación de la misma, o viceversa, no constituye impedimento para la obtención de este beneficio. Además, esta Dirección ha señalado, con ocasión del artículo 305 del Código del Trabajo, mediante Ordinario N°320, de 16.01.2020, que se encuentran en tal situación, a vía ejemplar, quienes prestan servicios en calidad de gerentes y subgerentes.

Respecto del requisito consignado en la letra b) para determinar el sentido y alcance de la expresión “*uso efectivo*” utilizada por el legislador se debe recurrir a la norma de interpretación legal contenida en el artículo 20 del Código Civil en virtud

del cual las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido invariablemente que el “*sentido natural y obvio*” es aquel que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia Española según el cual “*uso*” es “*acción y efecto de usar*” y a su vez la palabra “*usar*” es “*disfrutar algo*”. Por su parte, la expresión “*efectivo*” es “*eficaz*” esto es, “*capaz de lograr el efecto que se desea o espera*”.

En este contexto, la expresión “*uso efectivo*” debe entenderse referida a que se haya disfrutado del beneficio de descanso de forma total, esto es, que no queden días pendientes.

En efecto, respecto de la exclusión del personal que ya haya hecho uso del beneficio en virtud de la Ley N°21.409, dado que el beneficio se puede ejercer de forma parcial tanto en dicha preceptiva como en la Ley N°21.530, en opinión del suscrito, ello se aplicaría a los (as) beneficiarios(as) de dicha ley que hayan hecho uso completo ya sea de los 14 o 7 días que por ella les correspondían.

5.- **Modalidad contractual:**

El artículo 1°, inciso 1° de la Ley N°21.530 prescribe que este beneficio se otorgará sin distinción de la calidad contractual en virtud de la cual los trabajadores y trabajadoras se encuentren vinculados con los establecimientos señalados en esta disposición.

De esta forma, el personal puede ser contratado, según lo dispone el Código del Trabajo, de forma indefinida, a plazo fijo o por obra o faena determinada, según las particularidades de cada caso.

Ahora bien, respecto de las personas contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios a honorarios cabe señalar que la expresión “... *sin distinción de la calidad contractual en virtud de la cual se encuentren vinculados...*” empleada por el inciso 1° del artículo 1° permite entender que también son beneficiarios de este descanso, si cumplen los demás requisitos exigidos por la ley, dado que la presente ley pretende ser una ley espejo de la Ley 21.409 que sí se los otorgó a las personas contratadas a honorarios en el sector de la salud pública y porque ellos también se vieron expuestos a los posibles contagios por la atención de salud durante la pandemia.

Cabe señalar que el legislador pretendió igualar en condiciones el beneficio de descanso reparatorio ya otorgado a los funcionarios del sistema público respecto de los trabajadores del sector privado. En este contexto, el artículo 2° de la Ley N°21.409 otorgó dicho beneficio al personal contratado a honorarios de forma tal que corresponde también incluirlos respecto de la Ley N°21.530 para evitar así que exista discriminación entre unos y otros sobre este particular.

En efecto aparece de la historia de la ley, en el Primer Trámite, que se utilizó una estrategia público-privada para hacer frente a la pandemia. Considerando lo anterior el otorgamiento del descanso reparatorio debe ser igualitario para ambos sectores.

6.- **Procedimiento:**

El artículo 3° señala que para hacer uso del beneficio éste debe ser requerido por medio del mismo procedimiento de solicitud de uso de feriado legal, indicando el período de uso, si se ejercerá de manera fraccionada o continua, y en este caso será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto N°969, de 1934, del Ministerio del Trabajo.

La norma citada señala:

“El feriado será concedido preferentemente en la Primavera o en el Verano, y se distribuirá entre los empleados en forma de poder mantener en servicio, a lo menos, las cuatro quintas partes del personal de cada departamento o sección de un negocio que tenga más de cinco empleados; si tuviera menos de este número se distribuirá de manera que, a la vez, no haya más de un empleado gozando de feriado.”

Este beneficio puede ser utilizado de forma total o parcial.

7.- **Compensación:**

El artículo 1°, inciso final, de la normativa en estudio señala que si al término de la relación laboral quedan días pendientes de utilizar por concepto de este beneficio, el empleador o empleadora deberá compensárselos en dinero al trabajador o trabajadora.

Para estos efectos, se deberá consignar el valor de los días pendientes que le habrían correspondido utilizar en la respectiva remuneración, entendiéndose trabajados para todos los efectos legales. De esta manera, estos días pendientes deben ser incorporados a la remuneración del mes de término de la relación laboral.

8- **Plazo:**

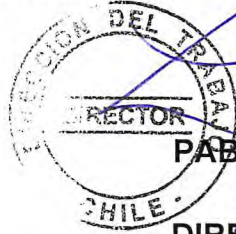
En virtud de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 1° de esta ley se podrá hacer uso de este beneficio durante el período de tres años, contados desde la fecha de publicación de esta ley, esto es, desde el 02.02.2023.

9.- **Fiscalización:**

Las sanciones que corresponda aplicar por incumplimiento de esta ley se aplicarán según lo dispuesto por el artículo 506 del Código del Trabajo, esto es, teniendo en consideración el tamaño de la empresa.

En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes expuestas y disposiciones legales y doctrina administrativa citadas cumpla con informar a Ud. que mediante el presente oficio se fija el sentido y alcance de la Ley N°21.530 que establece un derecho a descanso reparatorio para trabajadores de la salud del sector privado, como reconocimiento a su labor durante la pandemia de COVID-19.

Saluda atentamente a Ud.,



PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



NPS/LBP/MSGC/msgc

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín
- Deptos. DT
- Sr. Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- XVI Regiones
- Sr. Jefe de Gabinete Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo