

**Francisco
Plass
Montalva**

fplass@gnpcanales.cl

**María Dolores
Ugarte Pérez**

loliugarte@gmail.com

Sobre la procedencia de requerir la vacunación en el ámbito laboral: facultades de empleador y derechos de los trabajadores. Análisis de la jurisprudencia relevante en Reino Unido, España y Canadá

En el contexto de la pandemia de Covid-19 que ha afectado al mundo desde principios del año 2020, transcurrido más de un año desde que se creó y comenzó a distribuirse la vacuna contra el Covid-19 en distintos países y habiéndose debatido en mayor o menor medida sobre la legitimidad de imponer obligatoriamente la vacunación, consideramos interesante revisar qué ha ocurrido en el ámbito laboral. Específicamente, ¿qué pasó a nivel judicial en los casos en que el empleador obligó a sus trabajadores a vacunarse contra el Covid-19?

Como es sabido, en Chile al igual que en la mayoría de los países¹ no se impuso a los ciudadanos la obligación de vacunarse contra el Covid-19, sino que incentivó fuertemente la vacunación a través de campañas de información y de la implementación del “pase de movilidad”, instrumento que implica la obligación de vacunarse para poder realizar ciertas actividades de tipo social o recreativo. La libertad de vacunación se fundamenta en los derechos humanos de integridad física y psíquica, vida privada y libertad de conciencia, reconocidos por nuestra Constitución Política de la República (art. 19 núms. 1, 4 y 6 respectivamente).

No obstante lo anterior, a nivel de empleadores se planteó y se debatió si éstos podían, en general, o en ciertos casos, obligar a sus trabajadores a vacunarse para prestar sus servicios, lo que resulta muy delicado porque el trabajo remunerado no es una actividad optativa sino una herramienta de subsistencia y la libertad de trabajo es igualmente un derecho humano reconocido por la Constitución Política de la República (art. 19 núm. 16). Si bien podría parecer inconcebible la idea de que el empleador pudiera imponer una obligación de este tipo a sus empleados en un país en que la vacuna no es obligatoria, lo cierto es que también existen otros derechos humanos en juego, también reconocidos por la Constitución Política de la República, como el derecho a la vida y a la salud (art. 19 núms. 1 y 9 respectivamente). Además, pesa sobre el empleador una exigente obligación de protección a los trabajadores: el art. 184 del Código del Trabajo, que establece que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Y pesa sobre la empresa principal una obligación de protección también muy exigente establecida en el art. 183-E del Código del Trabajo, con

¹ En algunos países —los menos— la vacunación contra el Covid-19 se ha hecho obligatoria para ciertos grupos de trabajadores, o bien para ciertos grupos etarios. Así pues, en Austria es obligatoria para toda la población adulta, mientras que en Ecuador para toda la población mayor de 5 años y en Indonesia para todos los adultos. El Vaticano impuso la obligación de vacunarse a todos sus trabajadores; Italia la impuso a los profesionales sanitarios, a los profesores y al personal administrativo de las escuelas, a los militares, a la policía y a los socorristas. Francia exige la vacunación a los profesionales sanitarios y asistenciales, los bomberos y las personas que trabajen como conductores; Reino Unido impone la vacunación obligatoria para los sanitarios y los trabajadores sociales. Grecia impuso la vacunación a las personas mayores de 60 y a los sanitarios que trabajen tanto en centros públicos como en privados. En Hungría, la vacunación es obligatoria para el personal sanitario, los profesores de las escuelas públicas y las personas que trabajan en instituciones estatales. En Nueva Zelanda es obligatoria para los trabajadores sanitarios, de las residencias de ancianos, centros penitenciarios y del control de fronteras.

relación a todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia. Así pues, tanto a nivel general como a nivel de los empleadores, se da por cierto una compleja colisión de derechos.

En los hechos y siguiendo la línea del gobierno, hasta donde sabemos los empleadores en Chile no han obligado —al menos formalmente— a sus trabajadores a vacunarse contra el Covid-19, aunque sí han aplicado también medidas de incentivo más o menos potentes, como la obligación de someterse periódicamente a test PCR para los trabajadores no vacunados como condición para poder trabajar. En la época más álgida de la pandemia, resultó un desafío no menor para los empleadores mantener la continuidad de las operaciones con personas no vacunadas entre sus trabajadores, ya sea porque en muchos casos los compañeros de trabajo y/o clientes reclamaban que, por su propia seguridad, los empleadores debían exigir la vacuna, o porque los trabajadores no vacunados eran una mayor fuente de contagio y significaban mayores casos de Covid-19 al interior de las faenas o servicios, con las consecuentes dificultades logísticas. El grado de dificultad ha sido variable según el tipo de bienes o servicios que provee la empresa y si el trabajo se puede realizar remotamente o no, entre otros factores. Por ejemplo, la dificultad fue mayor en los rubros relacionados con actividades esenciales como abas-

tecimiento de agua potable, recolección y transporte de basura, tratamiento de riles, extracción de aguas servidas, por mencionar algunos casos. De hecho, conocemos casos en que trabajadores de estos rubros se sintieron presionados por sus empleadores a vacunarse —por instrucciones informales recibidas de mandos medios— y llegaron a demandarlos, llegando a acuerdos indemnizatorios en favor de dichos trabajadores antes de seguir adelante con el juicio. Así pues, no encontramos en Chile casos judiciales referidos a esta materia que hubieran terminado en sentencia.

No obstante lo observado en Chile, quisimos revisar lo que había ocurrido a nivel judicial laboral en otros países y hallamos cinco sentencias referidas, más o menos directamente, a la obligación de vacunarse contra el Covid-19 impuesta por el empleador a sus trabajadores o a políticas de vacunación que incentivan fuertemente dicha vacunación. Cuatro de ellas fueron dictadas por tribunales anglosajones (Reino Unido y Canadá) y la otra fue dictada por un tribunal español. No encontramos fallos latinoamericanos que se pronunciaran sobre este asunto. Resulta muy interesante darse cuenta de que en todos estos casos se aplicaron criterios que de una manera u otra nuestro están contemplados en el ordenamiento jurídico chileno. En el presente artículo profundizaremos en estos cinco casos y en dichos criterios.

1. Las sentencias: Reino Unido, España y Canadá

De las cinco sentencias, dos se refieren al despido de trabajadoras por haberse negado a recibir la vacuna contra el Covid-19, ambas cuidadoras de personas vulnerables en residencias. Solo uno de estos fallos (Allette versus Scarsdale Grange Nursing Home Ltd., Reino Unido, en adelante “Allette vs. Scarsdale”), que se pronuncia sobre un caso ocurrido en circunstancias francamente extremas, declara justo el despido. El otro (Amelia contra FOGASA, Ministerio Fiscal, Fundación

Aliados por la Integración y Grupo Norte, España; en adelante: “Amelia contra FOGASA”) anula un despido realizado formalmente por una supuesta mala conducta de la trabajadora, concluyendo que la causal real fue la negativa a vacunarse, lo que resulta vulneratorio del derecho de la trabajadora a su integridad física. Las otras tres sentencias —dictadas por tres árbitros en Canadá— se refieren a políticas de vacunación de empresas.

2. Los criterios: derechos fundamentales, creencias religiosas, circunstancias particulares, vida y salud de las personas y cláusula contractual relativa a vacunas

A continuación nos detenemos en los principales los criterios y conceptos contenidos en las sentencias revisadas en relación con la posibilidad que tiene el empleador de exigir legítimamente la vacunación contra el Covid-19 a sus trabajadores

2.1. La obligación de vacunarse contra el Covid-19 impuesta por el empleador, aun en circunstancias excepcionales, interfiere con los derechos fundamentales de los trabajadores

En *Allette vs. Scarsdale* (sentencia del 10 de enero de 2022), un juez laboral de Bright (Reino Unido) se pronunció sobre el despido de una trabajadora de un hogar de atención residencial para ancianos con demencia (en adelante, “el Hogar”) efectuado sumariamente en febrero de 2021 por falta grave de conducta, fundado en el hecho de no haber seguido la trabajadora la instrucción gerencial razonable de vacunarse contra el Covid-19. El juez desestimó la demanda de despido injustificado por motivos que comentaremos más adelante, pero resulta sumamente significativo que lo hizo sin perjuicio de expresar que la instrucción de vacunación obligatoria del empleador sí comprometió el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales², al interferir, efectivamente, con la integridad física de sus empleados y que el despido de la empleada constituyó una injerencia en sus derechos del artículo 8, pero esa injerencia fue necesaria y proporcionada³, por lo siguiente:

a) La instrucción en este caso respondió a una necesidad social apremiante, dado que el empleador tenía el objetivo legítimo clave de proteger la salud y la seguridad de los residentes —personas que se encontraban entre las más vulnerables a enfermedades graves y muerte por Covid-19—, el personal y los visitantes del Hogar (consideración transversal del fallo, sobre la que volveremos en el § 2.4).

b) En este caso el empleador tenía un segundo objetivo legítimo relacionado con la cobertura de su seguro de responsabilidad civil. El empleador se había enterado de que su aseguradora no ofrecería un seguro de responsabilidad civil que cubriera los riesgos relacionados con esa enfermedad después de marzo de 2021. Temiendo una eventual demanda de responsabilidad si se determinaba que el personal no vacunado había transmitido el virus a los residentes o visitantes, en enero de 2021 el empleador exigió a todos sus empleados vacunarse. Nos parece interesante que el

² Más conocido como la “Convención Europea de Derechos Humanos”, adoptado por el Consejo de Europa (organización de la que el Reino Unido es parte) en 1950, que entró en vigor en 1953.

³ Se debe precisar que el juez se pronunció sobre esta norma dado que se le requirió especialmente que hiciera efectiva la legislación de manera que fuera, en lo posible, compatible con los derechos de la Convención, no obstante estimar, en primer término, que no es una norma aplicable al caso porque se refiere a la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar y el empleador no tenía esta calidad. La norma señala, entre otros, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

juez haya validado este interés del empleador.

c) Un miembro del personal no vacunado supondría una interferencia significativa e injustificada de los derechos del artículo 8 de los residentes, otros miembros del personal y visitantes.

d) El riesgo que se intentaba mitigar con la instrucción de vacunación, no se podía mitigar de otra forma: no todos los residentes podían ser vacunados; la vacuna no era 100% efectiva; podían acudir al Hogar visitantes no vacunados; y no era una opción dar a la trabajadora un permiso para no trabajar, dado que en ese momento había en el Hogar escasez de trabajadores porque varios estaban aislados por haberse infectado con Covid-19.

e) En ese momento, a un año de haber comenzado la pandemia en el Reino Unido, acababa de comenzar un tercer confinamiento nacional, hubo informes de enfermedades y muertes generalizadas y un brote extenso y fatal en el Hogar, la situación nacional se movía rápidamente y había que tomar decisiones difíciles (circunstancias del momento y del empleador sobre las que volveremos en el punto § 2.3).

En *Amelia contra FOGASA* (sentencia del 8 de octubre de 2021), un juez laboral de Bilbao (España) se pronunció sobre el despido de una trabajadora que prestaba servicios como cuidadora en una residencia de atención a personas dependientes (en adelante, “el Centro”), efectuado en junio de 2021, siendo la causal invocada en la carta de despido el supuesto hecho de haber insultado a una residente joven y gran dependiente, llamándola “gilipollas” mientras la preparaba para dormir. Como hemos adelantado, el juez en este caso concluyó que la causal real del despido fue la negativa de la trabajadora a vacunarse contra el Covid-19, lo que consideró vulneratorio del derecho de la trabajadora a su integridad física.

En este caso, el juez consideró que se configuraba un panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales (“doctrina de la prueba de indicios”), considerando los siguientes hechos probados en el juicio:

a) En enero de 2021 la responsable sanitaria del Centro manifestó por correo electrónico a todo el personal que “sería muy importante que nos vacunáremos todas y desde prevención de riesgos, Osakidetza y Diputación así nos lo han hecho saber. Estamos cuidando un grupo de personas muy vulnerables”. La trabajadora respondió inmediatamente que no tenía intención de vacunarse, manifestó que le daba miedo y “tengo 20 años y una vida muy sana por delante”. La responsable sanitaria del Centro insistió en que “trabajando con dependientes, es lo que toca por responsabilidad”.

b) De las cuarenta y tres personas que prestaban servicios en el Centro, tres se negaron a recibir la vacuna y solo una de éstas abandonó el trabajo por decisión propia, acabando cesadas las otras dos. Una de éstas vio no renovado su contrato de trabajo temporal un mes después de su negativa a vacunarse —en circunstancias que llevaba prestando servicios por casi 2 años en virtud de tres contrataciones temporales continuas—, y la otra es la demandante.

c) Desde febrero de 2021 se hicieron seis contrataciones para sustituir a trabajadores de baja y a todos se les preguntó en la entrevista sobre su disposición a recibir la vacuna. Cinco de ellas aceptaron ser vacunadas y siguieron prestando servicios, mientras que la única que se negó prestó servicios por 3 meses, rechazando después la continuidad del contrato por motivos personales.

Por otra parte, el juez consideró en este caso que el Centro presentó hechos insuficientes como fundamento del despido, que no cumplían con la gravedad exigida por la ley. El relato presentado por las testigos del hecho coincide en descartar haberle oído a la trabajadora proferir el insulto a la residente dependiente y en describir que la trabajadora le estaba poniendo la ropa en forma brusca. Así pues, el juez expresó en el fallo que este evento no tuvo la entidad suficiente como para neutralizar el panorama indiciario presentado por la trabajadora, ya que no suscitó una reacción inmediata por parte de las compañeras de trabajo que estaban presentes, más allá de un llamado de atención verbal; ellas no evitaron que la

trabajadora siguiera atendiendo a la persona dependiente. El juez señaló asimismo que este evento podría haber suscitado una reacción por parte de la empresa, pero en ningún caso de la severidad del despido disciplinario, resultando el exceso suficientemente relevante como para considerar que la decisión extintiva realmente no tuvo como fundamento dicho evento. Excluida la causa incorporada en la carta de despido, el juez estimó que era obligado concluir que la verdadera causa del despido fue un factor que individualizó y separó a la trabajadora del resto de sus compañeros: la negativa a vacunarse. Siendo así, el juez concluyó que el despido debía considerarse lesivo del derecho de la trabajadora a su integridad física, lo que conduce a su nulidad.

Si bien se trata de una declaración que por cierto es contundente, en *Amelia contra FOGASA* el fallo no ahonda en otros elementos del despido por la negativa a vacunarse, ya que no fue éste exactamente el asunto debatido en el juicio.

En fin, el considerar la imposición de vacunación por parte del empleador como una medida invasiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, incluso en el caso en que se declaró una medida razonable, es un criterio que nos parece del todo afín a los derechos fundamentales y principios de nuestro ordenamiento jurídico chileno. Los principales derechos y principios señalados en este punto, puestos en la balanza en ambos casos a la hora de juzgarlos, están en contemplados en dicho ordenamiento: derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física y principio de proporcionalidad.

2.2. Las creencias religiosas se consideran motivo válido para negarse a recibir la vacuna contra el Covid-19, aun en circunstancias excepcionales. Sin embargo, las preferencias personales o creencias singulares no equivalen a creencias religiosas

En *Allette vs. Scarsdale*, la trabajadora manifestó su resistencia a recibir la vacuna en una extensa conversación con su empleador, expresando que no confiaba en que la vacuna fuera segura, ya que se había entregado

rápidamente sin haberla probado adecuadamente; que ella y su hijo habían leído en Internet historias sobre que la vacuna no era segura y que el gobierno mentía sobre su seguridad; que la vacuna era una conspiración y que nadie podía garantizarle su seguridad, entre otras cosas similares. En esta conversación, la trabajadora no mencionó motivos religiosos para negarse a recibir la vacuna. Dos semanas más tarde, en una audiencia disciplinaria con el empleador, afirmó que era rastafari practicante y que sus creencias religiosas le impedían tomar medicamentos “no naturales”. En la sentencia, el juez consideró que las creencias religiosas de la trabajadora no fueron parte de su razón para rechazar la vacuna, pues si lo hubieran sido las habría mencionado en la primera y extensa conversación en que explicó los motivos de su resistencia. Por otra parte, la trabajadora en el transcurso del juicio afirmó repetidamente que había mencionado su religión durante aquella conversación, antes de finalmente admitir que no lo había hecho, lo que dejó de manifiesto una mala fe al aludir a esta motivación. El juez concluyó que la razón principal para rechazar la vacuna fue que no creía que fuera segura, pero no presentó ninguna información autorizada que justificara su creencia, y en el contexto descrito, la negativa por esa razón no fue razonable.

Por otra parte, el juez en este caso determinó que el empleador no creyó que la negativa de la trabajadora se debiera realmente a motivos religiosos, que genuinamente creyó que la trabajadora estaba siendo deshonesto cuando planteó la religión como un motivo y que consideró que su negativa representaba un riesgo irrazonable para la salud y la seguridad de los residentes, el personal y los visitantes del Hogar. El juez en la sentencia afirmó que en las circunstancias del momento, fue razonable que el empleador considerara que sentirse simplemente escéptica respecto de la vacuna contra el Covid-19 no era excusa suficiente para negarse a recibirla.

En el caso *United Food and Commercial Workers Union, Canadá Local 333 versus Paragon Protection Ltd.* (en adelante, “*UFCW vs. Paragon Security*”), el árbitro F. R. Von Veh de la Provincia de Ontario (Canadá) rechazó un recurso de queja interpuesto por la *United Food*

and Commercial Workers Union (“la UFCW”) en contra de la política de vacunación contra el Covid-19 dictada por Paragon Protection Ltd. (“Paragon” y “la Política de Vacunación de Paragon” o “la Política”), declarando que dicha política era razonable y desestimando, en consecuencia, la petición de rescindirla inmediatamente. Fue clave la existencia de una Política de Exención de Vacunación COVID-19 dentro de la Política, la cual el árbitro consideró razonable, exigible y que cumple con el Código de Derechos Humanos de Ontario.

La Política de Vacunación de Paragon —empresa de seguridad cuyos empleados realizan todo su trabajo en instalaciones de terceros— establecía que todo el personal debía estar completamente vacunado antes del 31 de octubre de 2021. En la comunicación en que la Compañía informó sobre dicha política, señaló que esperaba que los trabajadores se tomaran esta obligación muy en serio, que se les enviaría un formulario para que declararan su estado de vacunación y que harían un seguimiento con cualquiera que no lo completara y, por último, que aunque se esperaba que no fuera necesario, habría graves consecuencias para cualquiera que no hubiera cumplido con los requisitos de la política. La Política incluía un capítulo titulado “Exenciones” que señalaba que la Compañía considerará caso por caso las solicitudes de exenciones del personal y que contemplaba, entre otras, las solicitudes de exención por credo o religión, señalando que la Compañía se reserva el derecho de realizar las consultas apropiadas para verificar la autenticidad de una exención de este tipo. La Política advertía que para continuar protegiendo la salud y la seguridad de la comunidad a la vez que cumplir con los requisitos de derechos humanos, los trabajadores con una exención aprobada —de cualquier tipo— podrían ser recolocados en un lugar y puesto de trabajo diferente (a la tasa de pago vigente para ese lugar y puesto), podrían ser objeto de mayores exigencias de pruebas de Covid-19 e incluso se les podría solicitar que tomaran un permiso sin goce de sueldo, todo lo anterior a entera discreción de la Compañía y según las circunstancias.

El árbitro consideró en su decisión, que la Comisión

de Derechos Humanos de Ontario había declarado que si bien recibir la vacuna contra el COVID-19 seguía siendo voluntario, exigir la vacunación para proteger a todas las personas en el trabajo y a quienes recibían los servicios prestados, generalmente está permitido según el Código de Derechos Humanos de Ontario (Código que la UFCW alegó que era violado por la Política de Vacunación de Paragon), siempre que se establezcan protecciones para asegurarse de que tengan una acogida razonable las personas que no puedan vacunarse por razones relacionadas con el Código.

En este caso, al igual que en *Allette vs. Scarsdale*, el árbitro se refirió a creencias no propiamente religiosas. Señaló que la cuestión de los empleados que eligen no vacunarse sobre la base de “preferencias personales” debe ser considerada cuidadosamente, que existe una gran cantidad de información científica disponible sobre la pandemia y el COVID-19 y que las percepciones subjetivas personales de los empleados para estar exentos de las vacunas no pueden anular y desplazar las consideraciones científicas disponibles. A este respecto, el árbitro también consideró la posición de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, que declaró que una persona que elige no vacunarse por sus preferencias personales no tiene cabida en virtud del Código de Derechos Humanos de Ontario y que, si bien éste prohíbe la discriminación basada en el credo, las preferencias personales o las creencias singulares no equivalen a un credo para los efectos de dicho Código.

Nos parece notable el respeto que se da en ambas sentencias a las creencias religiosas, al considerarlas motivo válido para negarse a recibir la vacuna; incluso en las circunstancias excepcionalísimas del caso *Allette vs. Scarsdale*, y en general en el caso *UFCW vs. Paragon Security*. Como hemos señalado al principio, en Chile la Constitución Política de la República reconoce como derecho fundamental la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

2.3. Las circunstancias del momento particular de la pandemia —que evolucionan continuamente— son críticas a la hora de juzgar un despido o una política de vacunación. Lo que puede haber sido irrazonable en un momento dado, ya no lo es en un momento posterior y viceversa

En todos los casos revisados, fueron tenidas en cuenta las condiciones excepcionales y urgentes de la fase de la pandemia en que se impuso la exigencia, y cómo dichas circunstancias habían afectado al empleador.

En *Allette vs. Scarsdale*, el caso más extremo de los que revisamos, las circunstancias eran, como ya adelantamos, extremas también y así fueron evaluadas por el juez, quien consideró que la decisión del empleador de hacer que la vacunación fuera obligatoria para los trabajadores que atendían personalmente a los residentes vulnerables, fue una instrucción de gestión razonable dadas las circunstancias de ese momento, particularmente:

a) El estado de la pandemia a nivel nacional en el Reino Unido. En esas fechas se registraban cien mil casos de Covid-19 y mil quinientas muertes diarias por Covid-19, ocurriendo un gran porcentaje de estas muertes en hogares de ancianos.

b) A finales de diciembre de 2020, el Hogar se vio afectado por un brote de Covid-19 que dio como resultado que 22 residentes (el Hogar tenía capacidad para 58 camas) y 33 miembros del personal contrajeran la enfermedad en el transcurso de 10 días. Hubo varias muertes entre los residentes y alrededor de la mitad de los trabajadores se tuvo que aislar y suspender por ello sus servicios.

c) La recomendación del *Public Health England*⁴ y del *Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*⁵.

Ya en ese momento, había un volumen significativo de información pública disponible en los medios, que contenía información de estos dos organismos públicos sobre la seguridad de la vacuna y cómo se comprimió el proceso de prueba.

En *UFCW vs. Paragon Security*, el árbitro tuvo en cuenta que la Compañía se vio enfrentada al hecho de que la mayoría de sus clientes había implementado sus propias políticas de vacunación para empleados y contratistas —entre ellos, sus guardias de seguridad—, exigiendo que estuvieran completamente vacunados para poder trabajar, y los clientes que aún no las habían implementado, habían indicado que próximamente lo harían, todo lo cual no dejaba a la Compañía otra opción que introducir una política de vacunación obligatoria.

Por otro lado, se tuvo en consideración que el gobierno de Ontario estaba en ese momento en proceso de implementar medidas para prohibir que los ciudadanos no vacunados participaran en muchas actividades cívicas, siguiendo el ejemplo de muchas otras jurisdicciones canadienses e internacionales; en pocas palabras, la vacunación completa se había convertido rápidamente en una expectativa social. Por último, a este respecto, se consideró también que el gobierno de Ontario había declarado una situación de emergencia en toda la Provincia de Ontario a partir del 7 de septiembre de 2021.

En el caso *Electrical Safety Authority versus Power Workers Union* (sentencia del 11 de noviembre de 2021, en adelante el caso “ESA vs. PWU”), el árbitro John Stout de la Provincia de Ontario (Canadá) acogió un recurso de queja interpuesto por la Power Workers Union (“la PWU”) en contra del Procedimiento de Divulgación de Vacunación Covid-19 dictado por Electrical Safety Authority (en adelante, “ESA” o “la Empresa” y “la Política” o “la Política de Vacunación de ESA”). La PWU señaló

⁴ Organismo público que en esa época estaba a cargo de proteger y mejorar la salud y el bienestar del país y reducir las desigualdades en salud. Posteriormente fue reemplazado por *UK Health Security Agency* y *Office for Health Improvement and Disparities*.

⁵ Organismo público del Reino Unido que, entre otros, regula los medicamentos.

que se trataba de una política de vacunación obligatoria contra el Covid-19, irrazonable, que implicaba un ejercicio de alcance excesivo de los derechos de gestión de la Empresa, que vulneraba el convenio colectivo vigente y los derechos a la intimidad y a la integridad corporal de los trabajadores. La Política en cuestión establecía que se requerirá que todo el personal de ESA esté completamente vacunado, a menos que esté exento por un motivo validado del Código de Derechos Humanos de Ontario. El árbitro concluyó que ciertos aspectos de la Política de Vacunas no eran razonables y ordenó a ESA modificarla, en el sentido de dejar claro que los empleados no serían sancionados ni despedidos por no vacunarse y en el sentido de dar una alternativa de testeo de Covid-19 para los trabajadores no vacunados.

Las siguientes circunstancias particulares fueron consideradas en este caso por el árbitro para acoger la queja:

a) La gran mayoría del trabajo realizado por los empleados de ESA lo ha sido en forma remota y muchos empleados tienen derecho a seguir trabajando a distancia en virtud del convenio colectivo. En lugares de trabajo donde los riesgos son altos y hay poblaciones vulnerables involucradas (personas enfermas o ancianos o niños que no pueden ser vacunados), las políticas de vacunación obligatoria pueden no sólo ser razonables sino también necesarias para protegerlas. Sin embargo, en otros lugares de trabajo donde los empleados pueden trabajar de manera remota y no hay ningún problema específico o riesgo significativo relacionado con un brote, infecciones o interferencia significativa con las operaciones del empleador, puede ser adecuada para abordar los riesgos una alternativa menos intrusiva, como el procedimiento voluntario de divulgación del estado de vacunación y pruebas que la misma ESA empleaba antes de dictar la Política en cuestión.

b) Dicho procedimiento permitía hacerse pruebas a los empleados que no divulgaran voluntariamente su estado de vacunación. Si bien las pruebas son fallibles y una intervención menos efectiva que la vacunación,

son una herramienta razonable para la protección de un lugar de trabajo y ESA no ha demostrado ninguna dificultad para proteger su lugar de trabajo utilizando dicho procedimiento. En efecto, en ESA solo siete de sus más de cuatrocientos empleados han contraído COVID-19 desde el comienzo de la pandemia, y de ellos solo dos podrían haberse contagiado en el trabajo; y la gran mayoría de los empleados de ESA se ha vacunado voluntariamente (88,4 %) y reveló su estado de vacunación al empleador. Además, procedimientos similares han sido adoptados por otros empleadores del sector y no hay evidencia de que no hayan sido efectivos.

c) No se tiene conocimiento de ninguna interferencia sustancial con el negocio de ESA como resultado de que algunos empleados (una minoría significativa) no fueron vacunados. Muchos terceros han promulgado políticas de vacunación que limitan el acceso a sus instalaciones, pero muchas de estas políticas también dan la alternativa de testeo de Covid-19, de modo que no han interferido significativamente con el negocio de ESA.

d) Por otra parte, los empleados de ESA que requieren acceder a lugares o instalaciones de terceros o necesitan viajar, en los casos en que no hayan sido vacunados, pueden ser cubiertos según el sistema general de cobertura para las ausencias (licencia por enfermedad, vacaciones, etc.).

e) No parece haber cambios significativos en la situación desde que se implementó el procedimiento voluntario de divulgación y pruebas hasta que se dictó la Política de Vacunación de ESA, aparte de un temor de que las normas de vacunación obligatoria de terceros puedan interferir con su negocio. Si bien las preocupaciones de ESA son legítimas, no justifican la imposición de un régimen obligatorio de vacunación.

Con relación a lo cambiante de las circunstancias, el árbitro Stout expresó en el fallo que si algo hemos aprendido durante esta pandemia, es que la situación evoluciona continuamente, y lo que puede haber sido irrazonable en un momento dado, ya no lo es en un

momento posterior y viceversa. Indicó que si surgiera un problema de salud y seguridad en el lugar de trabajo, o si el número de empleados no vacunados creara problemas reales para el negocio de ESA que no pudieran abordarse de ninguna otra manera razonable, podría considerarse que ESA tomara otras medidas -como poner en licencia administrativa sin goce de sueldo a los empleados que no estén completamente vacunados, dando un aviso previo razonable-. Si en este caso la PWU se opusiera a tales medidas, entonces este asunto podría ser presentado ante él de manera expeditiva.

En el caso Ontario Power Generation versus The Power Workers Union (Sentencia de 12 de noviembre de 2021; en adelante el caso “OPG vs. PWU”), el árbitro John C. Murray de la Provincia de Ontario, Canadá, dio tal relevancia a las circunstancias excepcionales de la pandemia, que rechazó una impugnación que la Power Workers Union (“la PWU”) había presentado respecto de la política de vacunación y pruebas de Ontario Power Generation (“OPG” o “la Compañía”), fundada en que dicha política infringía el artículo 2A.3 del convenio colectivo vigente, determinando que “en el contexto específico de esta situación sin precedentes, considero que el artículo 2A.3 no se aplica”.

La política de vacunación y pruebas de OPG, llamada “Instrucción de respuesta OPG Covid-19” (en adelante, “la Instrucción”), establecía que las personas identificadas como no vacunadas y las que deciden no revelar su estado de vacunación, deben practicarse pruebas rápidas de antígenos una vez por semana durante un período inicial de orientación, y luego dos veces por semana; agregando que un empleado que se niegue a participar en el programa de pruebas será objeto de un permiso sin goce de sueldo, y que si no cambia de opinión dentro de un período de seis semanas, será despedido. Por su parte, el artículo 2A.3 del convenio colectivo vigente entre las partes, establecía expresamente que no se impondrán sanciones disciplinarias que den lugar a un permiso sin goce de sueldo, sin acuerdo entre el Sindicato y la Gerencia, o sin la sentencia de un árbitro.

El árbitro Murray señaló en su fallo que en este

situación, en que la que la mayoría de los empleados han sido vacunados y prácticamente todos los demás se están practicando voluntariamente la prueba rápida periódica de antígenos, que es una alternativa razonable, los empleados que podrían recibir la aplicación de un permiso sin goce de sueldo como medida disciplinaria son los que se nieguen a someterse a una prueba que es mínimamente intrusiva y que tiene por objeto demostrar que no representan un riesgo para sus compañeros de trabajo, durante una pandemia mundial que ha costado veintinueve mil vidas en Canadá y al menos cinco millones a nivel mundial (cifras de ese momento). Agregó que en estas circunstancias, está completamente bajo el control del trabajador decidir cuándo regresar al trabajo. El árbitro consideró la medida como sensata y necesaria dentro de un programa razonable de vacunación voluntaria y pruebas.

El fallo es muy claro al señalar que la conclusión de no ser aplicable el artículo 2A.3 del convenio colectivo en este caso se basa enteramente en el contexto, y que nada en este fallo debe llevar a ninguna de las partes a creer que la interpretación y aplicación tradicional del artículo 2A.3 no deba continuar en todas las demás circunstancias. Por último, el árbitro señaló que es importante que aquellas personas que sean despedidas por continuar negándose a practicarse las pruebas después del período de seis semanas comprendan que es muy probable que el arbitraje confirme la terminación del empleo.

Con excepción del caso OPG vs. PWU, en que nos parece que se considera la gravedad de las circunstancias por sobre normas o principios legales, nuevamente podemos ver puestos en la balanza al momento de juzgar, derechos y principios contemplados en el derecho chileno: los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e integridad corporal, principio de proporcionalidad y poder de dirección del empleador.

2.4. El derecho a la vida y salud del resto de las personas, así como la obligación del empleador de proteger la vida y salud de sus trabajadores, fueron elementos clave a la hora de juzgar un despido o una política de vacunación

En *Allette vs. Scarsdale*, el juez señaló que la protección de la salud, los derechos y las libertades de los residentes, el personal y los visitantes del Hogar, fueron un factor importante para determinar el rango de respuestas razonables por parte del empleador y concluyó que la decisión de despido estuvo dentro de ese rango.

Por otro lado, la Política Disciplinaria del empleador indicaba que los trabajadores no deben tomar ninguna medida que pueda amenazar, entre otros, la salud o seguridad de otros empleados, residentes o miembros del público. El juez señaló que dado que la trabajadora despedida sabía que al no estar vacunada representaría un riesgo para los demás en el Hogar, su negativa constituyó una infracción grave a dicha regla, a la vez que una “in subordinación grave/negativa a llevar a cabo las instrucciones legítimas” (acción tipificada entre los ejemplos de mala conducta grave en la Política Disciplinaria). Así pues, en las circunstancias específicas de este caso, dicha negativa constituyó una falta grave y un incumplimiento de su contrato de trabajo. El juez puntualiza en su fallo que esto no significa que negarse a ser vacunado equivaldría a una falta grave, o incluso a una falta, en otro caso sobre hechos diferentes.

En *UFCW vs. Paragon*, la Política sometida a revisión del árbitro declaraba que había sido creada con el objetivo de promover y preservar un ambiente de trabajo seguro. En el fallo se señaló que conforme a las disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, la Compañía tenía la obligación y la responsabilidad de proteger la salud y la seguridad de sus empleados, debiendo tomar el empleador todas las precauciones razonables en las circunstancias para la protección de su trabajador (norma de contenido similar al del artículo 184 del Código del Trabajo chileno). El árbitro señaló que al introducir la Política de Vacunación de Paragon, que incluía una política de exenciones, la Compañía había tomado todas las precauciones razonables para cumplir con sus obligaciones y responsabilidad, concluyendo que entre la Política de Vacunación de Paragon y la política de exenciones, se lograba un equilibrio entre el derecho a un lugar de trabajo seguro para los trabajadores, los clientes y los miembros del público con quienes interactuaban los

guardias de seguridad, y los derechos de los empleados que no se habían vacunado o no querían vacunarse.

En *ESA vs. PWU*, el árbitro señaló que el contexto es fundamental al momento evaluar la razonabilidad de una regla o política que pueda infringir los derechos individuales de un empleado. Hay consenso de las autoridades sobre que en ciertas situaciones, en que el riesgo para la salud y la seguridad es mayor, un empleador puede invadir los derechos individuales de los empleados; si bien el derecho de un empleado individual a la privacidad y la integridad física es fundamental, también lo es el derecho de todos los empleados a tener un lugar de trabajo seguro y saludable. Añadió que en los casos en que la regla o política involucre salud y seguridad, se deben considerar las obligaciones que se derivan de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, incluida la ya aludida obligación del empleador de tomar todas las precauciones razonables en las circunstancias para la protección del trabajador.

Podemos ver patente en este criterio los ya aludidos derechos fundamentales a la vida y salud, así como la estricta obligación del empleador de proteger a sus trabajadores, recogidos en la ley chilena.

2.5. Es válida una cláusula contractual por la cual el trabajador se ha obligado a vacunarse; mientras que en ausencia de una cláusula de este tipo, no puede el empleador establecer una política de vacunación obligatoria

Resulta muy interesante que en *UFCW vs. Paragon Security* —solo en este caso— el convenio colectivo vigente entre las partes contenía un artículo llamado “Salud y seguridad” que establece que si se asigna a un empleado a un lugar donde la vacunación y/o inoculación específicas son requeridas “por ley” o “donde las condiciones para los contratistas” estipulan requisitos específicos de vacunación o inoculación para aquéllos que tienen acceso, el empleado debe aceptar recibir dicha vacunación o inoculación. La norma, que notablemente databa del año 2015, agrega que cuando un empleado rechace dicha vacunación o inoculación por cualquier

motivo, la empresa debe reasignarlo de acuerdo con las disposiciones pertinentes del mismo convenio colectivo. La UFCW alegó que la Política de Vacunación de Paragon infringía este artículo, lo que fue descartado por el árbitro, quien señaló que los principios sustantivos y obligatorios del artículo en cuestión habían sido correctamente incorporado a la Política de Vacunación de Paragon.

En *ESA vs. PWU*, el árbitro consideró determinante para acoger la queja el hecho de que no había ninguna norma que abordara específicamente ninguna materia relativa a vacunas en el convenio colectivo vigente entre las partes y que ESA no había requerido previamente que ningún empleado fuera vacunado como condición de empleo. Además, no existía ningún requisito legal, arbitral o judicial que dijera que los empleados de ESA debieran ser vacunados. El árbitro señaló que imponer una medida disciplinaria o despedir a un empleado por no estar vacunado, cuando la vacuna no es un requisito para ser contratado y existe una alternativa razonable, es injusto.

En el fallo, el árbitro se explayó sobre un criterio llamado “Test KVP”⁶, aplicado generalmente por los árbitros para, en ausencia de ley o norma del convenio colectivo que

se refiera al asunto, evaluar las reglas o políticas dictadas unilateralmente por el empleador que afectan los derechos individuales de un trabajador. El “Test KVP” requiere que una política o regla unilateral satisfaga las siguientes condiciones: a) no debe ser incompatible con el convenio colectivo; b) no debe ser irrazonable; c) debe ser clara e inequívoca; d) debe ponerse en conocimiento de los empleados afectados antes de que la empresa pueda actuar en consecuencia; e) el empleado en cuestión debe haber sido notificado de que el incumplimiento de dicha política o regla podría causar su despido; f) dicha política o regla debe ser aplicada consistentemente por la empresa desde que se dicta.

Por último, a este respecto, en el fallo se señaló que si bien un empleador tiene derecho a administrar su negocio, en ausencia de norma legal o disposición específica del convenio colectivo, no puede despedir a un empleado por incumplimiento de una regla a menos que cumpla con el criterio del “Test KVP” y se concluya que ejerció razonablemente sus derechos de gestión.

En este criterio se considera la autonomía de la voluntad y la fuerza vinculante de los contratos, ambos principios contemplados en la ley chilena.

Conclusión

Durante la pandemia el mundo se vio envuelto en una catástrofe y en distintos ámbitos surgieron escenarios muy complejos, sensibles y sin precedentes. Los empleadores y los trabajadores, como todos, debieron seguir adelante y enfrentarlos, conjugando la urgencia de las circunstancias y los distintos derechos y principios en juego, como queda de manifiesto al revisar en detalle los casos que en el presente artículo expusimos.

Basándonos en las sentencias que más ahondaron en el análisis de las circunstancias y derechos en juego, podríamos esbozar como conclusión la siguiente: (i) la medida de imponer a los trabajadores la obligación de vacunarse es por cierto una medida intrusiva y que interfiere con determinados derechos fundamentales de aquéllos; (ii) no obstante lo anterior, es una medida que puede considerarse razonable en circunstancias

⁶ Criterio contenido en la decisión del caso *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, y KVP Co.* (1965), 16 LAC 73 (Robinson).

extremas y urgentes, en que están en juego la salud y la vida de otras personas y no existe otro modo de protegerlas; (iii) en cualquier caso, la negativa de un trabajador o trabajadora a vacunarse por una creencia religiosa debe ser respetada.

Por otro lado, y sin perjuicio de que son preferibles las campañas basadas en información e incentivos, nos

parece interesante revisar, a la luz de las experiencias que se han dado en el ámbito laboral, la posibilidad de acordar entre empleadores y trabajadores, cláusulas relativas a condiciones de vacunación. En este caso sería prudente que se consideraran los criterios recogidos en este artículo.