Base de Dictámenes

COVID-19, estado de catástrofe, alerta sanitaria, teletrabajo, cuidado niños o niñas, cuidado personas con discapacidad, medidas de gestión interna servicios públicos, requisitos

E177724N22

FECHA DOCUMENTO
21-01-2022

NUEVO:
SI

REACTIVADO:
NO

RECONSIDERADO:
NO

RECONSIDERADO PARCIAL:
NO

ACLARADO:
NO

ALTERADO:
NO

APLICADO:
NO

CONFIRMADO:
NO

COMPLEMENTADO:
NO

CARÁCTER:
NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 14498/2019, 3610/2020, E142955/2021

Acción	Dictamen	Año
Aplica	014498	2019
Aplica	003610	2020
Aplica	E14295	2021

FUENTES LEGALES

Ley 21391 CTR art/206 bis inc/1 CTR art/206 bis inc/2 CTR art/206 bis inc/3 CTR art/206 bis inc/4 CTR art/194

MATERIA

Modalidad de trabajo remoto contemplada en el artículo 206 bis del Código del Trabajo, con ocasión de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, o alerta sanitaria, resulta aplicable a los funcionarios públicos que allí se indica.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E177724 Fecha: 21-I-2022

I. Antecedentes

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Gobernación Regional Metropolitana de Santiago, solicitando un pronunciamiento que determine respecto de los funcionarios públicos la aplicación de la ley N° 21.391, que establece la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo en las hipótesis que indica, con ocasión de una pandemia o epidemia que cause una enfermedad contagiosa. De ser ello procedente, se requiere se fije su regulación, toda vez que dicha preceptiva legal remite al trabajo a distancia que creó la ley N° 21.220, la que no regiría para todos los funcionarios públicos.

En este mismo sentido han formulado presentaciones la Municipalidad de Talagante, así como doña Paola Arancibia Valdés, funcionaria de la Subsecretaría de Salud Pública, y el señor Richard Salazar Poillot, los que consultan si dicha preceptiva es aplicable a los trabajadores que se desempeñan bajo la figura de contratas o a honorarios de una repartición pública o en una municipalidad.

II. Fundamento jurídico

Sobre el particular, cabe señalar que la ley N° 21.391, publicada en el Diario Oficial el 24 de noviembre de 2021, establece la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo para el cuidado de niños o niñas y personas con discapacidad, en los casos que detalla, agregando el nuevo artículo 206 bis en el Título II del Libro II del Código del Trabajo "De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar".

Dicho artículo 206 bis dispone, en su inciso primero, que si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I del presente Código, 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.

Su inciso segundo añade que si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una 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.

En tanto su inciso tercero precisa que esa “modalidad de trabajo se mantendrá vigente durante el período de tiempo en que se mantengan las circunstancias descritas anteriormente, salvo acuerdo de las partes”.

Por último, su inciso cuarto dispone que la misma regla del inciso primero se aplicará para aquellos trabajadores que tengan a su cuidado personas con discapacidad. Esta circunstancia deberá ser acreditada a través del respectivo certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 56 de la ley N° 20.422, al que deberá acompañarse además la correspondiente copia del certificado, credencial o inscripción de discapacidad en el referido registro, emitido por la autoridad competente en los términos de los artículos 13 y 17, ambos de la citada ley, correspondientes a la persona cuyo cuidado tengan. Añade ese inciso que podrá asimismo acreditarse la discapacidad de esta última a través de la calidad de asignatario de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, conforme a los registros disponibles en el Sistema Nacional de Información de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social.

Pues bien, como puede advertirse, el citado artículo 206 bis fue incorporado al Código del Trabajo en su Título II del Libro II "De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar", normativa que acorde con lo consignado en su artículo 194, se aplica a los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado. De ello se desprende que sí resulta aplicable a los funcionarios de la administración pública.

Dicha protección se extiende también a los servidores a honorarios, de conformidad a lo expresado en el dictamen N° 14.498, de 2019, pues a través de ese pronunciamiento se han hecho extensible a los y las servidoras a honorarios que prestan labores habituales, las disposiciones del precitado Título II, dentro de las cuales actualmente se comprende el artículo 206 bis del Código Laboral.

En este sentido, cabe agregar que en la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 21.391 -iniciativa de ley que tuvo su origen en la moción parlamentaria de las senadoras Marcela Sabat Fernández, Carmen Gloria Aravena Acuña, Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D’Albora y Ena Von Baer Jahn-, inicialmente se contemplaba la incorporación del precepto en análisis, agregándolo en las normas del trabajo a distancia o teletrabajo

precepto en análisis, agregándolo en las normas del trabajo a distancia o teletrabajo contenidas en el Capítulo IX del Título II del Libro I del Código del Trabajo, como un nuevo artículo 152 quáter P.

No obstante, y precisamente con la intención de otorgar una mayor amplitud, evitando que quedasen fuera trabajadores, consta que se determinó trasladarlo al mencionado Título II, “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” y con ello, “protegiendo así no solo a los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, sino también a los funcionarios públicos”, como da cuenta en su intervención la senadora Sabat en la discusión en sala del entonces proyecto de ley.

III. Análisis y conclusión

Ahora bien, de lo expuesto se colige que el artículo 206 bis del Código del Trabajo resulta aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, cualquiera sea el estatuto que los rija, por lo que si se dan los supuestos que prevé dicha disposición legal, sus organismos empleadores deben ofrecerles la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Ello se traduce en que aquellos regidos por el Código del Trabajo, deban someterse a las disposiciones del Capítulo IX del Título II del Libro I del referido código, tal como lo señala la norma.

No obstante, aquellos servidores cuya relación con la Administración sea distinta al Código del Trabajo, ya sea porque se vinculan a través de un contrato a honorarios para realizar funciones habituales, o porque sus estatutos se encuentran en otros textos legales -como acontece con las leyes N°s. 18.834, 18.883, 15.076, 19.664 y 19.378, entre otras-, no pueden suscribir contratos que regulen el teletrabajo, como lo previó el Código Laboral, por lo que el beneficio del anotado artículo 206 bis debe ser otorgado conforme con las facultades de gestión interna que posee cada jefe de servicio.

En ese contexto resulta plenamente aplicable lo ya señalado por la jurisprudencia de esta Contraloría General respecto de la actual alerta sanitaria en el dictamen N° 3.610, de 2020, y posteriormente, con ocasión del término del estado de excepción constitucional, en el dictamen N° E142955, de 2021, el que, entre otras materias, imparte instrucciones sobre medidas extraordinarias de trabajo remoto.

Establecido lo anterior, cabe manifestar que la hipótesis prevista en el inciso primero del citado artículo 206 bis, establece la obligación para el organismo empleador de ofrecer a sus funcionarios o funcionarias que correspondan, la opción del trabajo a distancia o teletrabajo, quienes pueden optar o no a ello, siempre en el supuesto de que la naturaleza de sus funciones lo permitiere. Asimismo, esta Contraloría General entiende que los funcionarios y funcionarias con esta opción son aquellos que tienen el cuidado personal de menores que se encuentran en un nivel educacional inferior a primero básico.

Luego, en el caso de que a ambos padres se les aplique este párrafo del Código del Trabajo, le corresponde a la madre definir si esta prerrogativa la ejerce ella o el padre del o

la menor. En caso de que opte porque sea el padre el que ejerza la prerrogativa, él deberá acompañar una declaración jurada simple de la madre, en que se exprese que tiene la calidad de trabajadora y cede el beneficio al padre.

Respecto de las disposiciones del inciso segundo de esa norma, esto es, ofrecer teletrabajo o trabajo a distancia al empleado que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña menor de doce años, esta Contraloría General entiende que para que proceda se requiere la configuración de dos supuestos: que se declare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, por una parte, y en ese contexto, la autoridad adopte medidas que impliquen el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a los mismos.

Como puede advertirse, en la actualidad no se ha configurado el segundo supuesto, pues si bien los establecimientos educacionales se encuentran cerrados, ello no obedece a una medida adoptada por la autoridad derivada de la alerta sanitaria, sino que a las vacaciones de verano de los estudiantes.

Finalmente, debe recordarse que el inciso cuarto del citado artículo 206 bis dispone que la misma regla del inciso primero se aplicará para aquellos trabajadores que tengan a su cuidado personas con discapacidad, en la medida que dicha circunstancia se acredite a través del respectivo certificado de inscripción del Registro Nacional de la Discapacidad, acorde con lo dispuesto en la letra b) del artículo 56 de la ley N° 20.422 -que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad-, al que deberá acompañarse la correspondiente copia del certificado, credencial o inscripción de la discapacidad en el referido registro, emitido por la autoridad competente en los términos de los artículos 13 y 17 del mismo texto legal, correspondiente a la persona cuyo cuidado tengan.

Agrega dicho inciso cuarto que también puede acreditarse la discapacidad a través de la calidad de asignatario de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, conforme a los registros disponibles en el Sistema Nacional de Información de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social.

De este modo, si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer teletrabajo o trabajo a distancia a sus funcionarios y funcionarias que tengan a su cuidado personas con discapacidad, en la medida que dicha circunstancia se acredite en los términos anteriormente expuestos, quienes pueden optar o no por esa modalidad, y siempre que la naturaleza de sus funciones lo permita.

Saluda atentamente a Ud.

JORGE BERMÚDEZ SOTO

JORGE BERMUDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS