INFORMATIVO
Actualidad Laboral

16 de junio de 2022

DICTAMEN SOBRE TELETRABAJO EN PERÍODO DE VACACIONES ESCOLARES DE INVIERNO EXTENDIDAS

Análisis del Dictamen N° 1050/18, de 16.06.2022 de la Dirección del Trabajo, interpretativo del art. 206 bis del Código del Trabajo, introducido por la ley 21.391 de 2021

Coincidente con la decisión de readecuar el período de vacaciones escolares de invierno, adicionando una semana de vacaciones al calendario escolar del año 2022 fijado por el MINEDUC (salvo las regiones de Aysén y Magallanes), la Dirección del Trabajo emitió un pronunciamiento por el que se aplicaría la Ley N° 21.391 del 2021, al caso del cuidado de menores que cursan la educación básica y prescolar, basándose en la hipótesis del art. 206 bis del Código del Trabajo respecto del *cierre* de estos establecimientos educacionales, citando para ello el Ordinario del MINSAL, A15 N°2787, de 14.06.2022.

Recordemos que la citada ley laboral de noviembre de 2021, en las hipótesis del nuevo art. 206 bis del Código del Trabajo, establece la obligación patronal de ofertar teletrabajo a los dependientes cuando la autoridad declarare estado excepcional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria producto de epidemia o pandemia (que sería el caso), adoptando medidas que impliquen el cierre de establecimientos educacionales o impidan la asistencia a los mismos. En estas circunstancias el empleador deberá realizar la oferta de trabajo a distancia a trabajadores (ras) que tengan a su cuidado niños o niñas prescolares y menores de 12 años que asistan a la educación básica.

Comentarios sobre los fundamentos jurídicos del Dictamen:

1.- Del análisis de los argumentos contenidos en el dictamen y conforme lo dispuesto en el art. 206 bis del Código del Trabajo, es discutible la aplicación de esta norma legal al caso de la ampliación del período de vacaciones escolares y prescolares de invierno, dado que la suspensión de las actividades de los niños y niñas está fijado con antelación en el calendario de actividades escolares que anualmente determina el MINEDUC, lo que se materializa mediante resoluciones emitidas desde las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación. En consecuencia, la interrupción de las

clases en este lapso no corresponde a un cierre de establecimientos educacionales por razones de salud pública. Si aplicamos este criterio a las próximas vacaciones escolares de verano, estando aún vigente la alerta sanitaria por el Coronavirus, en todos los meses de vacaciones debería regir el teletrabajo (de diciembre de 2022 a marzo de 2023), lo que no parece ser una medida razonable.

2.- Si se aceptara la tesis jurídica de la Dirección del Trabajo a partir del contenido del Ordinario del MINSAL -citado en su pronunciamiento-, en cuanto a que la adecuación de las vacaciones de invierno constituye un *cierre* de los establecimientos de educación básica a causa de la pandemia del Covid-19, sólo se debería ofertar el teletrabajo por el período de una semana, la adiciona al calendario escolar normal, puesto que las dos semanas de vacaciones de invierno ya fijadas por el MINEDUC, no obedecen a un cierre por razones de salubridad pública, sino a un período de interrupción de la actividad educativa previamente definido según lo establece el art. 36 del DFL N° 2, de 2009, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº20.370, Ley General de Educación.

Art. 36. Por decreto supremo, expedido a través del Ministerio de Educación, deberá reglamentarse la duración mínima del año escolar y las normas en virtud de las cuales los organismos regionales respectivos determinarán, de acuerdo a las condiciones de cada región, las fechas o períodos de suspensión y de interrupción de las actividades escolares.

3.- Por otra parte, las circunstancias de hecho a que alude el dictamen, si bien pueden relacionarse o entenderse en el contexto sanitario actual, no son motivos que se ajusten de manera estricta y directa a los supuestos del art. 206 bis. En efecto, las razones que entrega la DT, referidas al contenido del Ordinario del MINSAL, corresponden a *la saturación de la red de camas críticas pediátricas*; al *ausentismo del personal de salud*; y a *la circulación de otros virus respiratorios*, como el *sincicial*, la *influenza y* la *parainfluenza*, episodios epidemiológicos que claramente no forman parte de la alerta sanitaria legalmente vigente, por cuanto el DS N° 4 de 08.02.2022, del MINSAL, decreta alerta sanitaria únicamente por el brote de Coronavirus y no por otros virus en circulación. Independiente de la realidad sanitaria que considerarse y justifique adoptar comprensibles medidas de salud pública, tales antecedentes no corresponden exactamente a las hipótesis factuales prescritas en el art. 206 bis del Código del Trabajo, modificado por la ley N° 21.391, en cuanto a que, por ejemplo y como se dijo, no existe ninguna alerta sanitaria por una epidemia que abarque virus diferentes al Covid-19. Lo anterior, sin perjuicio que el Gobierno justifique su actuar dictando un nuevo decreto que amplíe la actual alerta sanitaria a los nuevos virus respiratorios antes señalados.

4.- La adecuación o cambio del calendario escolar informado por el MINEDUC no se aplicará en todas las regiones, puesto que se excluyen las Regiones de Aysén y Magallanes, dado que ellas ya tenían, por calendario escolar, tres semanas de vacaciones invernales. Entonces, este dictamen regiría desde las regiones de Arica y Parinacota hasta la Región de Los Lagos.

5.- Respecto de la aplicación de los supuestos legales para ofertar el teletrabajo, la ley 21.391 señala que el teletrabajo será procedente *en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere*. Dado que este dictamen se remite expresamente al anterior pronunciamiento interpretativo de la Ley sobre "Retorno Seguro" (N° 21.342), correspondiente al Ord. N° 1702/21, de 23.06.2021, debemos concluir que es atribución del empleador calificar si un puesto de trabajo es compatible o permite el teletrabajo, toda vez que aquel dictamen indica que *será el empleador el que determinará si la naturaleza de las funciones desarrolladas por el o la trabajadora puede realizarse a través de la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia*. Para lo anterior, regirán las funciones pactadas en el contrato de trabajo vigente y, por cierto, las condiciones operacionales de la empresa al momento de determinar la procedencia del teletrabajo.

Marcelo Albornoz Serrano
Abogado