



El siguiente Boletín Jurídico realiza un análisis Jurídico del Dictamen E443357 / 2024 CGR, de fecha 24 de enero de 2024

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DICTAMEN E443357 / 2024 CGR SOBRE
APLICACIÓN DE TELETRABAJO Y LEY N° 21.645**

LEGISLACIÓN RELACIONADA

- Ley N° 21.645 que “Modifica el Título II del Libro II Del Código Del Trabajo "De La Protección A La Maternidad, Paternidad Y Vida Familiar" y Regula un Régimen de Trabajo a Distancia y Teletrabajo en las Condiciones que Indica”.
- Ley N° 21.647 que “Otorga Reajuste General de Remuneraciones a las y los Trabajadores del Sector Público, concede Aguinaldos que Señala, Concede Otros Beneficios que Indica y Modifica Diversos Cuerpos Legales”.
- Ley N° 21.652 que “Prorroga, para el Año 2024, la Facultad Establecida en el Artículo 66 de la Ley N° 21.526, y Regula Otra Materia que Indica”.
- Ley N° 21.526 que “Otorga Reajuste de Remuneraciones a las y los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala, Concede Otros Beneficios que Indica, y Modifica Diversos Cuerpos Legales”.
- Dictamen N° E189764, de 2022, de la Contraloría General de la República.

CONTEXTO

La Contraloría General de la República ha sido consultada para emitir un pronunciamiento que determine si el teletrabajo previsto en la Ley N° 21.645 es aplicable a los trabajadores y trabajadoras del sector público.

Y en su defecto, y por cuenta separada, se dirige consulta respecto a las condiciones de aplicación que establece el artículo 102 de la Ley N° 21.647 en cuanto a conceder teletrabajo, por parte de las y los jefes de servicio, a quienes tengan a su cuidado hijos

o hijas menores de 14 años o una persona con dependencia severa.

En concreto, este dictamen plantea una importante cuestión jurídica sobre la interpretación y aplicación de la normativa relacionada con el teletrabajo en el ámbito administrativo.

ANÁLISIS DEL DICTAMEN

La Contraloría establece que la Ley N° 21.645, más conocida como Ley sobre Conciliación Familiar y Teletrabajo que modifica el Código del Trabajo, bajo la causal de tener al cuidado niños y/o niñas menores de 14 años o una persona con dependencia severa, y siempre que las funciones sean teletrabajables, NO es aplicable al Sector Público por interpretación extensiva y ello debido a dos razones:

1º.- El Capítulo IX del Título II del Libro I del Código del Trabajo, el cual se ve modificado por la Ley N° 21.645 al incorporar el art. 152 quáter O bis que contempla el teletrabajo, no resulta aplicable al sector público, toda vez que el contrato de teletrabajo es un contrato especial no contemplado dentro de la regulación Administrativa. Aplica en este sentido el dictamen N° E189764, de 2022, que determina la posibilidad de teletrabajo para funcionarios y/o funcionarias del sector público bajo las causales que establece dicha norma del Código Laboral, es decir cuando exista estado de excepción constitucional o estado de excepción constitucional de catástrofe, sólo en esos casos es posible autorizar la realización de labores a distancia.

2º.- El artículo 1º, inciso primero, de la ley N° 21.652 extendió para el año 2024 el teletrabajo regulado en el artículo 66 de la Ley N° 21.526 -que rigió durante el año 2023 para las subsecretarías y los servicios públicos dependientes de los ministerios o que se relacionen con el Presidente de la República a través de ellos, normativa que es la que debe regir ante el hecho de una solicitud de teletrabajo.



Sin perjuicio del anterior análisis, la Contraloría establece un criterio nuevo que la ley no contempla expresamente, y este es que al momento de realizar la autorización de teletrabajo, -en los casos y bajo los requisitos que así lo establece el art. 66 citado y el art. 67-, el servicio debe considerar primero si el funcionario o funcionaria tiene bajo su cuidado a niños y/o niñas menores de 14 años o una persona con dependencia severa. Criterio que, según el Órgano de Control, debe ser considerado por el servicio como una causal preferente para efectos de la selección del personal que se acogerá al teletrabajo.

OPERATIVIDAD ART. 66 Y 67 DE LA LEY N° 21.526

El art. 66, que fue prorrogado por todo el año 2024, dice relación con la autorización de realizar teletrabajo a un 20% de la dotación máxima del personal del servicio, y bajo el régimen 3x2, esto es 3 días de trabajo presencial y dos a distancia.

La DIPRES podrá autorizar el aumento del porcentaje señalado, previa solicitud fundada de la jefatura superior del servicio. Para lo anterior, la DIPRES deberá contar con la opinión técnica favorable del Servicio Civil. En ningún caso el porcentaje adicional podrá exceder del 15% de la dotación máxima del personal del respectivo Servicio, es decir, en el caso de contar con la autorización de la DIPRES como máximo se podría extender a un 35% de la dotación del Servicio autorizado.

Asimismo, esta medida no aplicará a Gobiernos Regionales ni a los servicios que señala el artículo 67 de la ley 21.526, quienes deben contar necesariamente con una autorización de la DIPRES.

Por su parte, el art. 67, donde se faculta hasta el año 2026 a las y los jefes superiores de los servicios, como es el caso de los 40 servicios públicos que contempla la norma, permite eximir del control horario de jornada de trabajo hasta el porcentaje de la dotación máxima del personal del Servicio que se fije por resolución de la Dirección de Presupuestos, cualquiera sea su régimen laboral, quienes podrán realizar sus labores fuera de las dependencias institucionales, mediante la utilización de medios informáticos dispuestos por el Servicio, no siendo obligatorio que la jornada sea en formato 3x2.

DIRECTRICES

La Contraloría ha determinado que el teletrabajo regulado por la Ley N° 21.645 no es directamente aplicable al sector público, en concordancia con la jurisprudencia administrativa previa (E189764-2022). Sin embargo, se establece que los criterios de selección para el teletrabajo que confiere el artículo 66 prorrogado para el año 2024 y artículo 67 ambos de la Ley N° 21.526, deben considerar la situación de aquellos funcionarios y/o funcionarias que tienen a su cuidado menores de 14 años o personas con dependencia severa.

Por tanto, si bien el teletrabajo establecido por la Ley N° 21.645 no es directamente aplicable al sector público, los criterios de selección establecidos por la Ley N° 21.647 deben considerar dichas situaciones como factores de prelación.

Además, aquellos funcionarios y funcionarias del sector público que laboren por medio de teletrabajo deben cumplir con las condiciones establecidas por el artículo 66 de la Ley N° 21.652, incluyendo la realización de al menos tres jornadas diarias presenciales en las dependencias institucionales dentro de la jornada semanal, establece el dictamen.





CONCLUSIONES

La Contraloría General de la República determina que, si bien el teletrabajo según la Ley N° 21.645 no es aplicable al sector público, los criterios de selección y las condiciones establecidas por otras leyes deben considerar la situación de los funcionarios y funcionarias que tienen responsabilidades de cuidado especiales.

El Dictamen de la Contraloría es claro en determinar la no aplicación al sector público de la Ley sobre Conciliación Familiar y Teletrabajo, que es de uso exclusivo para las y los trabajadores del sector privado; sin embargo, genera jurisprudencia vinculante en cuanto al criterio de causal de preferencia para asignación de cupos de teletrabajo en el sector público, teniendo siempre en consideración los siguientes requisitos, a saber:

- Ser funcionario o funcionaria pública que tenga bajo su cuidado a niños y/o niñas menores de 14 años o una persona con dependencia severa
- Que las funciones que ejerce sean teletrabajables.
- Sólo el 20% de la dotación total de las y los funcionarios del servicio, cualquiera sea el régimen laboral podrán tener esta modalidad de trabajo. (Pudiendo ser autorizado por DIPRES un 15% extra de la dotación)
- Se deben cumplir al menos tres jornadas diarias presenciales en las dependencias institucionales dentro de la jornada semanal, no siendo eximiente de la exigencia de presencialidad el cuidado ya descrito.
- No se aplicará a los funcionarios y funcionarias pertenecientes a la planta Directiva; a quienes desempeñen funciones de jefatura según lo defina la o el jefe superior de servicio y que no se encuentren en la planta directiva; a quienes presten atención directa presencial a público o en terreno según lo defina la o el jefe superior de servicio. La jefa o el jefe de servicio podrá establecer otras excepciones mediante resolución con el objeto de asegurar la continuidad de los servicios de la institución.

Por lo tanto,. La Contraloría General de la República en su Dictamen E443357 de 24.01.2024 ha señalado en relación a los criterios de selección lo siguiente:

“....para seleccionar a quienes se otorgará el mencionado teletrabajo, la jefatura superior del servicio debe tener en especial consideración los criterios indicados en el artículo 102 de la ley N° 21.647, entre los que se prevé la situación de los funcionarios o funcionarias que tengan bajo su cuidado a niños y niñas menores de 14 años o una persona con dependencia severa. Así, la circunstancia de encontrarse en las aludidas situaciones debe constituir una causal de preferencia para efectos de la selección del personal que se acogerá al teletrabajo, por lo que deberá beneficiarse con este, en primer término, a dichos funcionarios o funcionarias, y luego a aquellos que no están en esos supuestos, hasta cumplir el porcentaje máximo de la dotación permitido. Ello, por cierto, en la medida que se trate de funciones que pueden realizarse al amparo del régimen de teletrabajo del artículo 66 de la ley N° 21.526, extendido para el presente año por la ley N° 21.652.” (el subrayado y destacado es nuestro)

El dictamen en análisis aclara que el teletrabajo previsto en la ley N° 21.645, recientemente publicada, no es aplicable al sector público, y que el teletrabajo regulado en el artículo 66 de la ley N° 21.526 debe concederse prioritariamente al personal que tenga bajo su cuidado a niños y/o niñas menores de 14 años o una persona con dependencia severa. Todo ello con independencia de lo que regula el artículo 67 de la Ley N° 21.526 que presenta y prescribe otra operatividad, pero que para los efectos de la identificación del personal que puede desarrollar teletrabajo debe también contemplarse este criterio prioritario que establece el Órgano de Control.