



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e informes en
Derecho
S/E (2700)2023, E330995(27)2023

DICTAMEN N°: 67 / 01

MATERIA:

Fija sentido y alcance de la Ley N°21.645, publicada en el Diario Oficial con fecha 29.12.2023, 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.

ANTECEDENTES:

Pase N°15 de 03.01.2024, de Jefa de Gabinete
Director del Trabajo

FUENTES:

- 1) Ley N°21.645, publicada en el Diario Oficial el 29.12.2023;
- 2) Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas;
- 3) Convenios OIT 156, 103;
- 4) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres de 1979 (CEDAW);
- 5) Código del Trabajo, artículos 67, 76 bis, 152 quáter O bis, 152 quáter O ter, 194 y 376;
- 6) D.F.L. N°1 de 1997, del Ministerio de la Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación;
- 7) Decreto N°453 de 1992 del Ministerio de la Educación, que aprobó el Reglamento de la Ley N°19.070;
- 8) Decreto N°969 de 1933, que Aprueba el Reglamento para la aplicación del Título IV del Libro I del Código del Trabajo.

CONCORDANCIA:

Dictámenes N°3342/48 de 01.09.2014, N°3.190/176, de 02.06.1997, N°2856/162 de 30.08.2002, Dictamen N° 287/14, de 11.01.1996, N°2474/57 de 30.06.2003, Ordinario N°1914 de 24.05.2019

SANTIAGO, 26 ENE 2024

DE: DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO

A: JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN (S)

Por necesidades del Servicio se ha estimado procedente fijar el sentido y alcance de la 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, publicada en el Diario Oficial con fecha 29.12.2023.

Precisado lo anterior, cúpleme informar a Ud. lo siguiente, en relación con el alcance y sentido de la normativa legal en estudio:

I. OBJETIVO DE LA LEY

En primer lugar, es necesario referirse al objetivo o finalidad perseguido por el legislador con la nueva normativa el que, según aparece de manifiesto en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República mediante el cual envió a tramitación el respectivo proyecto de ley, fue incorporar al Código del Trabajo el derecho de las personas trabajadoras, durante la vigencia de su relación laboral, que desempeñan labores de cuidado de un niño o niña menor de catorce años o que tengan a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida, a que todo o parte de su jornada diaria o semanal pueda ser desarrollada bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cuando la naturaleza de sus funciones lo permita y cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

Junto con ello, establecer también como beneficio, respecto de las mismas personas ya señaladas que tengan el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años o adolescente menor de 18 años con discapacidad o situación de dependencia severa o moderada, la posibilidad de un feriado preferente, en concordancia con el periodo de vacaciones definidas por el Ministerio de Educación y de una modificación transitoria de los turnos o la distribución de la jornada diaria y semanal.

De esta forma, se pretende cumplir con las orientaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como una forma de poder avanzar hacia un trabajo decente con enfoque a los derechos humanos, resguardando a las personas trabajadoras en

todas las dimensiones al momento de tener que compatibilizar responsabilidades que trascienden el ámbito laboral¹.

II. ASPECTOS GENERALES

a) De la nueva denominación del Título II del Libro II del Código del Trabajo.

De acuerdo con el numeral 5 del artículo único de la ley N°21.645, se reemplaza la denominación de dicho título “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” por la siguiente: “De la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”.

Así también, el numeral 6, letra b) de la precitada norma, en el inciso primero del actual artículo 194 del Código del Trabajo, que ha pasado a ser tercero, reemplaza la frase inicial: “La protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar” por la siguiente: “*La protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”.

Cabe recordar que, con anterioridad, la Ley N°20.764 de 18.07.2014 sustituyó su denominación por aquella que se reemplaza en virtud de la ley en estudio para extender la protección de dichas normas no sólo a la mujer trabajadora, sino que también al padre trabajador, incentivando así la corresponsabilidad de ambos en el cuidado de los hijos y propugnando una conciliación entre familia y trabajo (Aplica Dictamen N°3342/48 de 01.09.2014).

b) De los principios que rigen la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La nueva normativa legal en estudio, en su numeral 6, agrega en el artículo 194 del Código del Trabajo, los nuevos incisos primero y segundo, pasando el actual inciso primero a ser inciso tercero y así sucesivamente.

Se establece que el Título “De la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” se regirá por los siguientes principios:

a) El principio de parentalidad positiva.

Este principio incluye las capacidades prácticas y funciones propias de las y los adultos responsables para cuidar, proteger, educar y asegurar el sano desarrollo a sus hijos e hijas.

Es necesario tener presente que este principio constituye un nuevo planteamiento respecto a la forma en que se ejercen la maternidad y la paternidad, de acuerdo al rol actual de niños y niñas en las familias y la sociedad, reconociendo la manera en que estos se vinculan con sus progenitores, en tanto se los considera sujetos de derechos que deben ser garantizados por los Estados.

¹ Historia de la ley, pág.14.

Esta última idea, acuñada a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, adoptada el año 1989 y ratificada por Chile al año siguiente, impone la necesidad de redefinir las relaciones y actividades en las que madres y padres se implican para cuidar y educar a sus hijos. Dicha Convención establece, expresamente, en el numeral primero de su artículo 18, que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Tal como indica la Organización Internacional del Trabajo, “el modelo tradicional de políticas relativas a la maternidad exige un cambio conceptual que se dirija hacia la parentalidad, entendida como el cuidado que ambos progenitores deben asumir con respecto a sus hijos e hijas”². De esta forma, la corresponsabilidad parental contribuye a la superación de la idea de que las mujeres son, de forma exclusiva, responsables de las labores del hogar y de cuidado y permite una parentalidad orientada al bienestar de los hijos e hijas que se sustente en un vínculo libre de violencia hacia ellos.

b) El principio de corresponsabilidad social.

El numeral 6) letra a) de la ley señala que este comprende la promoción en la sociedad de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, especialmente de las personas trabajadoras que ejercen labores de cuidado no remunerado.

Respecto de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es dable tener presente que, de acuerdo con lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en informe denominado “*Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y personal en el mundo*”, elaborado en el año 2023, el equilibrio saludable entre la vida laboral y personal de las/os trabajadoras/es se erige como un valor que orienta no solo las políticas estatales respecto del trabajo remunerado sino que también las políticas o acciones que los empleadores pueden establecer en el marco de sus facultades, para propender que tanto el número de horas como la ordenación del tiempo de trabajo aseguren horarios predecibles o flexibles que faciliten dicho equilibrio.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo reconoce expresamente que “(...) la limitación del número de horas de trabajo para proteger la salud de los trabajadores se considera importante desde hace más de un siglo. En cambio, la búsqueda de un equilibrio entre el trabajo y la vida privada como aspiración social destacada se planteó mucho más tarde, a raíz de una mayor concienciación de los responsables políticos sobre la dificultad de los trabajadores para conciliar la vida personal con el trabajo remunerado. La concientización surgió a raíz del declive del «modelo de sustentador masculino» de la familia tras la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral y la consiguiente adopción de

² Informe OIT (2009) “Trabajo y Familia. Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social”. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_111376.pdf

un «modelo de doble sustentador», en el que todos los adultos tienen, en principio, un trabajo remunerado”³.

De acuerdo con lo anterior, “(...) el mercado de trabajo requiere promover una redistribución de las responsabilidades entre hogares, mercado y Estado. En el mercado laboral las responsabilidades familiares deben dejar de ser un factor de discriminación, mientras que el Estado debe reconocer el cuidado como un derecho garantizado”⁴.

Este principio se desprende del Convenio N°156 de 1981 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de la OIT, ratificado por Chile en el año 1994. Dicho convenio señala en su artículo 4°, letra b) que, respecto de ellos y con el fin de lograr una igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deben adoptarse medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales y que tengan en cuenta sus necesidades en materia de condiciones de empleo y de seguridad social.

Lo anterior, debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 5° del mismo, que también establece la necesidad de adoptar medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales que tengan en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación comunitaria.

Además, el artículo 11 del Convenio N°156 reconoce el rol de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, indicando que las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen derecho a participar de manera adecuada a las condiciones y prácticas nacionales, en la elaboración y aplicación de medidas destinadas a hacer efectivas las disposiciones del Convenio.

Por su parte, es dable tener presente que, con anterioridad a la adopción del Convenio N°156, el artículo 16, numeral 1, letra d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres de 1979 (CEDAW), ratificada por Chile en 1989, ya señalaba que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, reconocerles los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos y, en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

b) El principio de protección a la maternidad y la paternidad.

Desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, ha sido una preocupación central de su quehacer la protección de la

³ Informe OIT. (2023) “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y personal en el mundo”. Pág. 1. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_883389.pdf

⁴ Informe OIT-PNUD (2009) “Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social”. Resumen Ejecutivo. Pág. 32. https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/resumenejecutivo.pdf

maternidad, cuyo objetivo es resguardar la salud de la madre y el hijo/a por nacer y protegerla frente a la discriminación.

De acuerdo con ello, en el año 1952 se adoptó el Convenio N°103 sobre la protección de la maternidad que aumentó el alcance y los niveles de protección para las mujeres en caso de maternidad y fue ratificado por Chile el año 1994.

Dicho organismo ha señalado, que luego de la adopción del Convenio N°183⁵ de la OIT sobre protección de la maternidad, mediante el cual se revisaron las disposiciones del Convenio N°103, la protección de la maternidad consiste en un conjunto de medidas públicas encaminadas a garantizar el derecho a trabajar de las mujeres en edad reproductiva sin amenaza de discriminación, incluido el acceso al trabajo en condiciones de seguridad económica y de igualdad de oportunidades, y unas condiciones de trabajo justas, decentes y protección social. Estas medidas comprenden la protección de la salud, el embarazo y la atención de salud materna e infantil, la licencia de maternidad, la seguridad del ingreso y protección del empleo y la no discriminación en el empleo, y medidas para la lactancia materna⁶.

Es así como, a partir de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres de 1979 (CEDAW), ratificada por Chile en 1989, que incluyó la noción de responsabilidades familiares, pudo abordarse desde una perspectiva de igualdad el debate sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. De la protección de la mujer respecto de su capacidad productiva se ha evolucionado hacia la noción de que los trabajadores de ambos sexos deben compartir las responsabilidades familiares, con el objeto de asegurar la igualdad de oportunidades.

En tal sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) han indicado que una de las principales responsabilidades del Estado es activar políticas que incentiven la participación de los hombres en las actividades del cuidado. Entre ellas, facilitar el proceso de adopción de licencias de parentalidad remuneradas y de duración adecuada, que pueden ser tomadas después de terminar la licencia de maternidad, por ambos cónyuges de modo secuencial y en forma compartida, sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él. Por consiguiente, la propuesta de parentalidad se inserta como una nueva medida complementaria a las políticas de conciliación entre Trabajo y Familia y representa un primer avance hacia una modernización de la legislación laboral de protección de la maternidad, ampliando las opciones para asumir responsabilidades laborales y familiares, disponible para los hombres tanto como para las mujeres⁷.

De esta forma, "(...) el concepto de parentalidad en las políticas de protección social en el ámbito laboral responde a la necesidad de reducir la

⁵ Este convenio no ha sido ratificado por nuestro país.

⁶ Informe OIT (2023) "Alcanzar la igualdad de género en el trabajo". Pág.102. El Convenio N°103 de 1952, fue revisado por la Organización Internacional del Trabajo, que adoptó el Convenio N°183 de 2000.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_870825.pdf

⁷ Informe OIT-PNUD (2013) "Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad". Pág. 8. https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/113B09_86_span.pdf

discriminación en el mercado laboral debido a un desequilibrio de género de las responsabilidades familiares y de reconocer el cuidado como un derecho garantizado por el Estado. De este modo, se pretende promover la incorporación y desarrollo de las mujeres en mundo del trabajo y la participación equitativa de hombres y mujeres en el cuidado, a fin de lograr, así, una mejor compatibilización entre el ámbito familiar y laboral para ambos”⁸.

Los principios antes indicados, que regirán las normas previstas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, se encuentran orientados a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres, buscando preservar tanto la salud y bienestar de los niños y niñas, como el de sus progenitores y progenitoras.

Ahora bien, de acuerdo con la parte final del nuevo inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, dichos principios deberán aplicarse siempre en concordancia con las responsabilidades y facultades de administración que este Código reconoce al empleador.

Al respecto, es dable considerar que la jurisprudencia administrativa de esta Dirección del Trabajo, contenida en el Dictamen N°3190/176, de 02.06.1997, ha sostenido que si bien la ley delimita la administración y dirección de la empresa, concibiendo las facultades de administración del empleador como un sector independiente y de su exclusiva determinación, es indispensable recordar que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dispuesto por la normativa en estudio, es necesario tener presente que el artículo 5° del Código del Trabajo señala:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

Cabe anotar que, respecto de su alcance, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida en Dictamen N°2856/162 de 30.08.2002, ha señalado que *“(...) la incorporación en el inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo, de la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, idea que había sido ya expresada por la jurisprudencia de este Servicio (Dictamen N° 287/14, de 11.01.1996), tiene un hondo significado. Dicha norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Como se señaló, esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral.*

⁸ Ibídem. Págs. 27-28.

(...) Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales, siendo ésta no una afirmación teórica o meramente simbólica sino que un principio o valor normativo -función unificadora o integradora de los derechos fundamentales- que de forma ineludible debe irradiar y orientar la aplicación e interpretación de las normas laborales, debiendo darse primacía, de manera indiscutible a aquéllos por sobre éstos. Se crea pues, un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y su objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos”.

Conforme con lo anterior, los empleadores, teniendo en consideración, en cada caso, la naturaleza de la relación laboral y los servicios prestados, deberán promover el equilibrio entre el trabajo y la vida privada, realizando acciones destinadas a informar, educar y sensibilizar sobre la importancia de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por medio de campañas de sensibilización y difusión realizadas directamente por el empleador o a través de los organismos administradores de la ley N°16.744.

Para ello, la Superintendencia de Seguridad Social, mediante una norma de carácter general, entregará las directrices para la ejecución de estas acciones y para la entrega de información por parte de las entidades administradoras de la ley N°16.744.

III. DEL DERECHO AL TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS QUE DESEMPEÑAN LABORES DE CUIDADO NO REMUNERADO

El legislador ha incorporado, mediante el numeral 3 de la ley y a continuación del artículo 152 quáter O, el epígrafe denominado: “Del derecho al trabajo a distancia o teletrabajo de las personas trabajadoras que desempeñan labores de cuidado no remunerado”, el que establece la obligación del empleador de ofrecer a la persona trabajadora que todo o parte de su jornada diaria o semanal pueda ser desarrollada bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permita.

Beneficiarios.

Este ofrecimiento debe realizarse a la persona trabajadora, durante la vigencia de la relación laboral y que, sin recibir remuneración, i) tenga el cuidado personal de un niño o niña menor de 14 años o, ii) se encuentre a cargo del cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida.

La circunstancia de encontrarse en alguna de las situaciones que ameritan el ofrecimiento de teletrabajo por parte del empleador deberá acreditarse mediante:

- a) Certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto del niño o niña o resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personal del menor; o

- b) Certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad o el documento emitido por el Ministerio de Desarrollo Social conforme la información contenida en el instrumento establecido en el artículo 5° de la ley N°20.379 (instrumento que permita la caracterización socioeconómica de la población nacional, según lo establezca un reglamento expedido a través del Ministerio de Planificación, suscrito, además, por el Ministro de Hacienda) y Familia o el instrumento que reemplace, que dé cuenta de la calidad de cuidador o cuidadora.

Procedimiento.

1. La persona trabajadora deberá presentar su requerimiento por escrito, acompañando los documentos señalados en el artículo 152 quáter O bis y formulando una propuesta en la que se contenga la combinación fija de tiempos de trabajo presencial en el establecimiento, instalación o faena de la empresa, y de tiempos de trabajo fuera de ellas, pudiendo distribuir tiempos presenciales y a distancia durante la jornada diaria o semanal, los que no podrán superar los límites diarios y semanales de trabajo, esto es, 10 horas diarias y 45 o 40 horas semanales, de acuerdo a la entrada en vigencia de la Ley N°21.561 de 26.04.2023 que modificó el Código del Trabajo con el objeto de reducir la jornada laboral.

El empleador deberá dar respuesta dentro de los quince días siguientes, pudiendo ofrecer una fórmula alternativa o rechazar la propuesta, en cuyo evento deberá acreditar que la naturaleza de las funciones de la persona trabajadora no permite la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, como por ejemplo (enumeración no taxativa):

- Labores que requieran que la persona trabajadora se encuentre presencialmente en su puesto de trabajo; o
- La atención presencial de público; o
- Que por necesidades organizativas sean requeridas para la realización de los servicios de otros trabajadores; o
- Labores de atención de servicios de urgencia, guardias o similares;
- Cuando no existan condiciones de conectividad en el lugar en el que se desarrollarán las labores; o
- Cuando el organismo administrador del seguro determine que el lugar en el que se desarrollarán las labores no cumple con condiciones de seguridad y salud adecuadas, de acuerdo con lo previsto en el inciso cuarto del artículo 152 quáter M.

En ningún caso, el ejercicio de este derecho por parte de la persona trabajadora implicará una alteración en las condiciones pactadas, o que el empleador tenga que disponer de un reemplazo o cambios de horarios o funciones de otros trabajadores.

2. Si la persona trabajadora requiere realizar una modificación a la distribución de la jornada establecida, deberá dar aviso por escrito al empleador con una anticipación mínima de treinta días, quien deberá pronunciarse de conformidad al procedimiento establecido anteriormente.

3. En el caso que ocurra una causa sobreviniente, la persona trabajadora podrá volver unilateralmente a las condiciones originalmente pactadas en el contrato de trabajo. Igual derecho le corresponde al empleador cuando concurra alguna de las circunstancias contempladas respecto de la naturaleza de las funciones. Para estos efectos, las partes deberán dar aviso por escrito con una anticipación mínima de treinta días.

4. El empleador deberá consignar en un documento anexo al contrato de trabajo:

- a) La identificación del trabajo de cuidado no remunerado de la persona trabajadora y el medio de verificación que habilita para el ejercicio del derecho;
- b) La fórmula de combinación de tiempos de trabajo presencial en establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa y de tiempos de trabajo fuera de ellas.

En todo lo demás que sea compatible se aplicarán las normas del Capítulo IX del Título II, del Libro I del Código del Trabajo, referido al trabajo a distancia o teletrabajo.

IV. DERECHO PREFERENTE PARA HACER USO DEL FERIADO LEGAL DURANTE LAS VACACIONES DEFINIDAS POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN CONFORME AL CALENDARIO ESCOLAR

Conforme al nuevo inciso final del artículo 67 del Código del Trabajo, agregado mediante la Ley N°21.645, se establece un derecho preferente para hacer uso del feriado legal durante las vacaciones definidas por el Ministerio de Educación conforme al calendario escolar.

Ahora bien, dado que el legislador establece este derecho preferente para hacer uso del feriado respecto de una época determinada, esto es, el período de vacaciones definidas por el Ministerio de Educación, conforme al calendario escolar respectivo, es dable tener presente que, de acuerdo al artículo 8 del Decreto Supremo N°289 de 2010 que fija normas generales sobre calendario escolar, corresponde a las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación aprobar la elaboración de un calendario regional, sobre la base de las normas generales contenidas en dicho decreto; considerando las particularidades de la región respectiva.

Agrega el precitado artículo que: *“(...) Asimismo, deberán darlo a conocer a los establecimientos educacionales de su región y enviar una copia a la División de Educación General del Ministerio de Educación, antes del 15 de diciembre del año anterior a su entrada en vigencia”.*

De lo anterior se desprende que, anualmente, las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación deben aprobar un calendario escolar para la región respectiva, antes del 15 de diciembre, el que regirá para el año escolar siguiente al de su aprobación.

Dicha prerrogativa se encuentra establecida en el artículo 36 de la Ley N°20.370 de 02.07.2010, que Establece la Ley General de Educación, normativa que indica que el Ministerio de Educación debe reglamentar la duración mínima del año escolar y las normas en virtud de las cuales los organismos regionales respectivos determinen las fechas o períodos de suspensión y de interrupción de actividades escolares.

Por su parte, el artículo 23 del D.S. N°453 de 1991, que Aprueba Reglamento de la Ley N°19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación, indica:

“Se entiende por "año escolar" el período fijado de acuerdo a las normas que rige el calendario escolar y que por regla general, abarca el período comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de diciembre de cada año.

Se entiende por "año lectivo" el período comprendido dentro del año escolar en el que los alumnos concurren a clases y que, generalmente abarca 38 semanas”.

Así también, el Decreto N°289 de 2010 que Fija normas generales sobre calendario escolar, establece en su artículo 1°, que:

“El año escolar abarcará el período comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de cada año, ambas fechas inclusive. Sin embargo, para aquellos establecimientos educacionales que por su situación geográfica u otros factores no pudieran iniciar o terminar sus actividades en las fechas indicadas, el Secretario Regional Ministerial de Educación que corresponda podrá fijar fechas diferentes”.

Además, el artículo 2° de dicho decreto establece que:

“El año escolar comprenderá todas las actividades necesarias para la planificación, perfeccionamiento y finalización de las distintas actividades que comprende el quehacer de un establecimiento educacional, es decir, el año lectivo y el período de vacaciones”.

De acuerdo con las disposiciones legales citadas, es dable concluir que el período de vacaciones escolares, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 67 del Código del Trabajo, es aquel período en que los alumnos no concurren a clases dentro del año escolar, es decir, dentro del lapso que, por regla general, abarca el período comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de diciembre de cada año, fijado de acuerdo con las normas que rigen el calendario escolar. De igual forma, se desprende que las vacaciones escolares abarcan el tiempo que se encuentra fuera del año escolar, el que corresponde, en general, a los meses de enero y febrero, en que los alumnos tampoco asisten a los establecimientos educacionales.

Dicha conclusión es congruente con la historia fidedigna de la normativa en estudio, pues la H. Senadora Sepúlveda, al fundamentar su voto favorable ante la Sala del Senado respecto de la iniciativa legal en comento, señaló: *“Tenemos que avanzar en esa línea, que es importante, más allá de la conciliación, que considero muy relevante pensando en la familia, más allá de si el trabajador es hombre o*

*mujer. También debe haber adaptación en las épocas de vacaciones de invierno y de verano, para que aquellos padres con hijos menores puedan tener un privilegio, lo cual me parece a mí igualmente un avance muy importante e interesante*⁹.

Lo anterior, además, guarda relación con la doctrina institucional vigente contenida en Dictamen N°5263/097 de 13.12.2010 que, aplicando lo dispuesto en el artículo 23 del D.S. N°453 de 1991, que Aprueba Reglamento de la Ley N°19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación, señala en lo pertinente con la materia analizada que: “(...) los docentes de que se trata se encuentran obligados a concurrir al establecimiento educacional a prestar servicios no obstante haber terminado el año lectivo, vale decir, aún cuando los alumnos hayan dejado de asistir a clases. Ello considerando que el feriado de los profesionales de la educación se inicia, solo una vez llegado el mes de enero o bien, una vez terminado el año escolar, según corresponda”.

Beneficiarios

Las personas trabajadoras que tengan el cuidado personal de:

- a) Un niño o niña menor de catorce años; o
- b) Un adolescente menor de 18 años con discapacidad o dependencia severa o moderada.

Procedimiento

El trabajador solicitará el feriado preferente al empleador, al menos, con treinta días de anticipación acompañando:

- a) Certificado de nacimiento que acredite la filiación respecto del niño o niña o resolución judicial de un tribunal que otorga el cuidado personas del menor; o
- b) Certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad o el documento emitido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia o el instrumento que reemplace, que dé cuenta de la calidad de cuidador o cuidadora.

Sin perjuicio de lo dispuesto por la nueva ley, es necesario tener presente que el artículo 44 del Decreto N°969 de 1933, que Aprueba el Reglamento para la aplicación del Título IV del Libro I del Código del Trabajo limita la facultad del empleador para determinar la fecha en que concederá el feriado al trabajador que lo solicite de acuerdo con el artículo 43 de la misma preceptiva, estableciendo que:

“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”.

Al respecto, valga tener presente que la jurisprudencia de este Servicio sobre el derecho a feriado, contenida en Dictamen N°2474/57 de 30.06.2003,

⁹ Historia de la Ley, pág.74.

establece: "No resulta jurídicamente procedente que el empleador obligue a un dependiente a hacer uso de su descanso anual en el período que aquél determine, como tampoco, disponer en forma unilateral, el otorgamiento de sólo diez días continuos por tal concepto, toda vez que para que opere el fraccionamiento del beneficio es necesario el mutuo acuerdo de los contratantes. Igualmente no resulta jurídicamente procedente que el empleador obligue al trabajador a hacer uso de un mayor número de días de feriado que aquél que establece la ley, máxime si éstos son descontados en el correspondiente finiquito. Por el contrario, no existe impedimento legal alguno para que las partes de la relación laboral, de común acuerdo, pacten anticipar la concesión del beneficio de feriado anual o el otorgamiento de un lapso superior a los 15 días hábiles que, por tal concepto, señala la ley, toda vez que en tal caso el respectivo acuerdo implica un mejoramiento del beneficio legal".

Dicha doctrina ha sido reiterada, entre otros, en Ordinario N°1914 de 24.05.2019, que indica: "(...) El artículo 67 del Código del Trabajo, en sus incisos 1° y 3°, dispone:

"Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.

"El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio."

Por su parte, el artículo 70 del mismo cuerpo legal, en su inciso 1°, dispone:

"El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo".

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas, se infiere que todo trabajador que cuente con más de un año de servicios para un empleador tiene derecho a que éste le conceda un feriado anual de quince días hábiles con remuneración íntegra, el cual deberá ser otorgado, de preferencia en primavera o verano, según las necesidades del servicio.

Se infiere, asimismo, que el feriado debe ser continuo y que, por excepción, se admite su fraccionamiento sobre diez días hábiles siempre que existe acuerdo de las partes en tal sentido.

En relación con el beneficio en análisis, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida entre otros en dictamen N°2474/57. de 30.06.2003, ha sostenido que el mismo constituye un derecho que la ley reconoce al trabajador que cumple con el requisito de antigüedad antes mencionado, cuyo otorgamiento no está sujeto a condición alguna, bastando por lo tanto para impetrarlo, que el trabajador cumpla con el requisito antes mencionado.

Lo anterior permite afirmar que el dependiente, en su calidad de titular del beneficio de feriado, se encuentra facultado para solicitar que su empleador le otorgue de una sola vez los 15 días hábiles que por tal concepto establece la ley, salvo evidentemente que haya pactado el fraccionamiento del beneficio en los términos establecidos en el inciso 1° del artículo 70 del Código del Trabajo, antes transcrito y comentado.

Conforme a la misma jurisprudencia, no resulta jurídicamente procedente que el empleador obligue a un dependiente a hacer uso de su descanso anual en el período que él determine, como tampoco, que disponga en forma unilateral, el otorgamiento de sólo diez días continuos por tal concepto, o menos de ese tiempo,

toda vez que para que opere el fraccionamiento del beneficio es necesario, como ya se dijera, el mutuo acuerdo de los contratantes”.

V. DERECHO A LA MODIFICACIÓN TRANSITORIA DE LOS TURNOS O LA DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DIARIA Y SEMANAL.

Por su parte, el nuevo artículo 76 bis, agregado en virtud del numeral 2 de la ley, consagra el derecho a la modificación transitoria de los turnos o la distribución de la jornada diaria y semanal, cuando la naturaleza de sus funciones lo permita y la empresa funcione en un horario que sea compatible.

Beneficiarios.

Las personas trabajadoras que tengan el cuidado personal de:

- a) un niño o niña menor de catorce años o
- b) adolescente menor de 18 años con discapacidad o dependencia severa o moderada.

Procedimiento.

El trabajador efectuará una propuesta al empleador con treinta días de anticipación, a lo menos, a fin de que el empleador se pronuncie sobre ella. El empleador dará su respuesta dentro de los diez días siguientes a su presentación, pudiendo ofrecer una fórmula alternativa o rechazar la propuesta, en cuyo caso, deberá acreditar la o las circunstancias que justifican su rechazo.

El empleador debe dejar constancia en un anexo del contrato de trabajo, de la modificación transitoria, la que no implicará una alteración en la duración de la jornada de trabajo semanal, la naturaleza de los servicios prestados y en la remuneración de la persona trabajadora, o que el empleador tenga que disponer de un reemplazo o cambios de horarios o funciones de otros trabajadores.

VI. ACUERDO CON LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

Según lo establecido en el numeral 7 de la nueva normativa legal, que agrega un inciso final al artículo 376 del Código del Trabajo, las organizaciones sindicales podrán acordar con su empleador que, durante el período de vacaciones definido por el Ministerio de Educación, conforme al calendario del año escolar respectivo, las personas trabajadoras que, durante la vigencia de la relación laboral, tengan el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años o que tengan a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida, sin recibir remuneración por dicha actividad, puedan solicitar la reducción transitoria de su jornada laboral durante todo o parte de dicho período, volviendo a las condiciones originalmente pactadas una vez finalizado.

Al tenor de lo expuesto, el contenido del acuerdo al que pueden arribar los empleadores con las organizaciones sindicales es la reducción transitoria de la jornada laboral de los trabajadores afiliados a ellas, que se encuentren en alguna

de las situaciones señaladas por la ley, durante todo o parte del período de vacaciones definido por el Ministerio de Educación, de acuerdo con el calendario escolar respectivo.

Beneficiarios.

Este acuerdo favorece a las:

- a) Personas trabajadoras que tengan el cuidado personal de un niño o niña menor de catorce años;
- b) Personas trabajadoras que tengan a su cargo el cuidado de una persona con discapacidad o en situación de dependencia severa o moderada, no importando la edad de quien se cuida.

VII. VIGENCIA

De acuerdo con el artículo transitorio la ley entrará regir treinta días después de su publicación, esto es, el día 29 de enero de 2024, pues la nueva normativa legal fue publicada en el Diario Oficial con fecha 29.12.2023.

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°21.645 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.

Saluda atentamente a Ud.,



PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO



DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO


NPS/GMS/LBP/lbp

Distribución:

Jurídico
Partes
Control
Boletín
Deptos. DT
Subdirector
U. Asistencia Técnica
XVI Regiones
Ministra del Trabajo y Previsión Social
Subsecretario del Trabajo