



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 21164 (1315) 2019

1455

ORDINARIO: _____

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina. 3 MAY 2021

13 MAY 2021

MATERIA:

Asistentes de la educación, Ley N°21.109.
Colación. Feriado.

RESUMEN:

1) Los acuerdos de las partes sobre el derecho a colación, pactados en forma previa a la entrada en vigencia del artículo 39 de la Ley N°21.109 para los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados, deben mantenerse en los mismos términos, en la medida que supongan para los trabajadores un beneficio mayor que el establecido en la ley.

2) No existe obligación legal de registrar en el respectivo sistema de control de asistencia el tiempo destinado a colación, sin perjuicio del derecho que asiste al empleador de incorporar tal obligación en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

3) El legislador no estableció formalidades para el llamado a cumplir labores esenciales durante el feriado, establecido en el inciso 2° del artículo 41 de la Ley N°21.109, sin perjuicio de que las partes puedan convenir la manera en que deba realizarse la respectiva comunicación.

4) La Dirección del Trabajo, carece de competencia para pronunciarse sobre si determinados hechos podrían configurar causal de terminación de la relación laboral, materia que es facultad privativa de los tribunales de justicia.

5) No es posible hacer una calificación en abstracto de las labores esenciales a que pueden ser llamados los asistentes de la educación durante el feriado, toda vez que ellas dependen de la necesidad de cada establecimiento educacional.

6) Los días trabajados por los asistentes de la educación durante el feriado, por haber sido llamados a cumplir labores esenciales, no pueden

ser compensados en dinero, debiendo otorgarse otros días de descanso durante el año, en la época en que acuerden las partes.

7) El feriado de los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados está regulado exclusivamente por la norma especial del artículo 41 de la ley N°21.109, sin que resulten aplicables el feriado progresivo y proporcional del Código del Trabajo.

ANTECEDENTES:

1) Instrucciones de 04.05.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.

2) Dictamen N°998/7 de 19.03.2021.

3) Ordinario N°1.546 de 20.06.2019, del Inspector Provincial del Trabajo Temuco.

4) Presentación de 13.06.2029 de don Cristian Toloza Bravo.

SANTIAGO,

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SR. CRISTIAN TOLOZA BRAVO
cristiantolozabravo@gmail.com**

Mediante presentación del antecedente 4), usted ha realizado las siguientes consultas a esta Dirección, todas ellas relativas a las disposiciones de la Ley N°21.109 en establecimientos educacionales particulares subvencionados:

1. ¿Es obligatorio a los trabajadores ejercer su derecho de colación exclusivamente dentro de los establecimientos en las instalaciones habilitadas o es posible y debe permitírseles salir del establecimiento a ejercer dicho derecho en otro lugar distinto que el trabajador elija, considerando que este período es ahora imputable a jornada de trabajo? Ello, atendido que es usual que los asistentes de la educación ejerzan su derecho a colación fuera del establecimiento educacional.

2. ¿Debe registrarse la salida y entrada del período de colación del trabajador?

3. ¿Se puede descontar los atrasos que incurra el trabajador para reincorporarse a sus labores al término del período de colación, cuando esta exceda los 30 minutos que la ley establece imputables a la jornada?

4. ¿Puede otorgarse un período mayor de 30 minutos para que el trabajador ejerza el derecho a colación, dentro o fuera del establecimiento?

5. ¿Solo sería imputable a la jornada 30 minutos, y el resto del mayor tiempo utilizado y autorizado para ejercer su derecho a colación es no imputable a la jornada?

6. ¿Cómo debe plasmarse la instrucción y/o designación del trabajador que deberá asistir a prestar labores en período de vacaciones enero y febrero?

7. ¿La simple negativa o inasistencia del trabajador para asistir a cumplir las labores encomendadas en período de enero y febrero, puede ser considerada como causal de incumplimiento al contrato de trabajo o inasistencia injustificada?

8. ¿Puede clasificarse dichas labores y al respectivo trabajador a cargo de estas, como de una actividad cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra?

9. ¿Pueden ser convocados los asistentes de la educación a cumplir labores propias de procesos de matrícula de alumnos nuevos y/o antiguos necesarios para el inicio del nuevo año escolar, si así lo dispone el Director del establecimiento, se le notifica e instruye al trabajador en forma oportuna antes del término del año escolar?

10. ¿Quién decide la o las fechas del año académico siguiente en los que se compensarán los días trabajados en los meses de enero y febrero?

11. ¿Puede, de común acuerdo, compensarse en dinero los días trabajados por el asistente de la educación en enero y febrero, o siempre debe compensarse con idénticos días de descanso o vacaciones durante el año académico?

12. ¿Cómo se calculan las vacaciones proporcionales de un asistente de la educación cuyo contrato termina antes del mes de diciembre o antes que termine el año académico?

Sobre lo consultado es posible informar lo siguiente:

En lo que respecta a las preguntas signadas con los números 1, 4 y 5, es dable anotar, que el artículo 39 de la Ley N°21.109, dispone: *“La jornada semanal ordinaria de trabajo de los asistentes de la educación regulados en esta ley no podrá exceder de 44 horas cronológicas para un mismo empleador, incluyendo 30 minutos de colación para aquellos trabajadores contratados por, a lo menos, 43 horas.*

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que la distribución de la jornada diaria fuere igual o superior a 8 horas, ésta incluirá 30 minutos destinados a colación, aun cuando la jornada semanal sea inferior a 43 horas. El tiempo utilizado para la colación no podrá ser interrumpido, salvo casos de fuerza mayor.

El tiempo que el asistente de la educación utilice en un mismo día para trasladarse de un establecimiento a otro en virtud de una misma relación laboral, se considerará trabajado para todos los efectos de esta ley, y el costo de movilización será de cargo del empleador. Ambas circunstancias deberán señalarse expresamente”.

Sobre la disposición legal citada, la jurisprudencia de esta Dirección, contenida en el Dictamen N° 3.445/22 de 11.07.2019, señala que: *“de la norma del artículo 39, inciso 1° y 2°, se desprende que la imputabilidad de los 30 minutos de descanso para colación a la jornada de trabajo procederá en alguno de los siguientes casos:*

- *Asistentes de la educación contratados por, a lo menos, 43 horas semanales, independiente de la duración de la jornada diaria.*
- *Asistentes de la educación contratados por menos de 43 horas semanales, pero cuya jornada diaria sea igual o superior a 8 horas.*

“Es relevante destacar que por expresa disposición legal, el tiempo de 30 minutos para colación está incluido dentro de la jornada, vale decir, será imputable a la misma, por así establecer expresamente la norma al señalar ‘...incluyendo 30 minutos para colación...’

“Cabe señalar que en el evento de haberse pactado un descanso para colación por un tiempo mayor o en condiciones más favorables a las previstas en la norma legal citada, dicho pacto deberá mantenerse en iguales términos, pudiendo las partes imputar el descanso pactado a aquel establecido por la misma causa en

el citado artículo 39, en la medida que aquel represente para los trabajadores un beneficio superior al que establece la ley.

“Con esto, el exceso sobre 30 minutos no corresponde ser imputado a la jornada ni remunerado y/o compensado en cualquier forma por el empleador, independiente de la modalidad de su pacto u otorgamiento”.

Aplicando lo expuesto a las preguntas formuladas es posible señalar, que los pactos respecto al descanso dentro de la jornada deben mantenerse en los mismos términos, en la medida que suponga para los trabajadores un beneficio mayor al establecido en la ley.

De este modo, no puede limitarse, luego de la entrada en vigencia del artículo 39 de la Ley N°21.109 para los establecimientos particulares subvencionados, los lugares en los que los asistentes pueden hacer uso del derecho a colación.

A su vez, si las partes habían acordado un descanso dentro de la jornada por un período superior a media hora, dicho pacto debe mantenerse, imputando 30 minutos de ese descanso a jornada, si el asistente de la educación está contratado por, a lo menos, 43 horas semanales, independiente de la duración de la jornada diaria; o cuando fue contratado por menos de 43 horas semanales, pero cuya jornada diaria sea igual o superior a 8 horas.

Con respecto a la pregunta signada con el número 2, cabe señalar, que la doctrina vigente de esta Dirección acerca del registro, en el respectivo sistema de control de asistencia, del tiempo destinado a colación está contenida en el Dictamen N°6.150/273 de 07.11.1996, según la cual *“no existe inconveniente jurídico alguno para que el empleador, en uso de sus facultades de administración, adopte medidas que impliquen el deber de registrar el tiempo de que se trata en el respectivo sistema de control de asistencia, debiendo en tal caso incorporar la obligación en que dicha medida se traduzca, en el respectivo reglamento interno de orden, higiene y seguridad de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo”.*

En lo relacionado con la pregunta 3, cumple anotar, que la jurisprudencia vigente de este Servicio sobre la procedencia jurídica de descontar remuneraciones en caso de incumplimiento de jornada laboral por parte del trabajador está contenida, entre otros, en el Ordinario N° 1.223 de 16.03.2017, cuya copia se remite para su conocimiento.

Acerca de la pregunta 6 es dable indicar, que el artículo 56 de la Ley N°21.109 dispone: *“Las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la presente ley se aplicarán a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998.*

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos educacionales regidos por el decreto ley N° 3.166, del Ministerio de Educación Pública, de 1980.

La facultad establecida en el inciso segundo del artículo 41, para estos casos, será ejercida por el director de cada establecimiento educacional”.

A su vez, el artículo 41, del mismo cuerpo legal, establece: *“Los asistentes de la educación gozarán de feriado por el período de interrupción de las actividades escolares entre los meses de enero y febrero o el que medie entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente, así como durante la interrupción de las actividades académicas en la época invernal de cada año. Durante dichas interrupciones, podrán ser convocados a cumplir actividades de capacitación, hasta por un período de tres semanas consecutivas.*

Sin perjuicio del inciso anterior, aquellos asistentes de la educación que desarrollen labores esenciales para asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar, las que incluirán, a lo menos, aquellas de reparación, mantención, aseo y seguridad del establecimiento educacional, así como aquellas que determine mediante acto fundado el Director Ejecutivo, podrán ser llamados a cumplir con dichas tareas, en cuyo caso se les compensará en cualquier otra época del año los días trabajados.

Con todo, se podrá fijar como fecha de término del feriado estival, cinco días hábiles previos al inicio del año escolar.

Para el caso del personal de los jardines infantiles financiados por la Junta Nacional de Jardines Infantiles vía transferencia de fondos, la capacitación se realizará preferentemente durante el mes de enero”.

Sobre la base de las disposiciones legales citadas, la jurisprudencia de esta Dirección ha sostenido, en el Dictamen N°3.445/22, ya citado, en cuanto a la forma en que se debe comunicar el llamado a cumplir labores esenciales, que: *“la ley no establece formalidades. Ello no obsta a que las partes puedan convenir, en razón de la autonomía de la voluntad, la manera en que deba realizarse la respectiva comunicación”.*

Es menester anotar, que el pronunciamiento citado precisa que, a diferencia de los trabajadores que laboran en establecimientos dependientes de Corporaciones Municipales, en el caso de los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados, *“el llamado a cumplir las labores esenciales no requerirá acuerdo del trabajador”.*

En cuanto a las preguntas números 7 y 8, cabe anotar, que la ponderación de los hechos que podrían configurar una causal de expiración del contrato de trabajo, es de exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia.

En efecto, el artículo 168 del Código del Trabajo dispone, en su inciso 1º: *“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:*

- a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;*
- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;*
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160”.*

Al respecto este Servicio ha señalado, en el Ordinario N°5.317 de 07.11.2017, que *“la Dirección del Trabajo carece de competencia para calificar si ciertos hechos configuran una causal de término de contrato, como asimismo, para establecer cuál de aquellas previstas por la ley debería invocarse en un caso específico o cuando concurren determinadas circunstancias.*

Ello, por cuanto la facultad de efectuar tal calificación, como asimismo, de resolver sobre la procedencia del pago de las indemnizaciones legales que pudieren corresponder, son materias de competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia.

De ello se sigue que la cláusula del contrato de trabajo, en virtud de la cual el empleador efectúa una preconfiguración de la causal de término de la relación laboral, es sin perjuicio de lo que decidan los tribunales de justicia”.

En lo relativo a la pregunta 9, el aludido Dictamen N°3.445/22 señala: *“la determinación de las labores a cuyo llamado deberá acudir el asistente de la educación, dependerá de la necesidad de cada establecimiento educacional, no resultando posible hacer una precalificación de las labores en abstracto, así como tampoco resulta posible circunscribir las labores a una categoría específica de asistente de la educación”.*

Sobre las preguntas 10 y 11 cumple indicar, que sobre la base de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley N°21.209, ya transcrito, la jurisprudencia administrativa de este Servicio señala, también en el Dictamen N°3.445/22, que *“la ley establece que los asistentes que fueron llamados a cumplir labores esenciales tendrán derecho a que se les compense los días trabajados en cualquier otra época del año. Cabe señalar que atendida la naturaleza irrenunciable del derecho que se compensa, no procede compensar en dinero los días de feriado de que haya sido privado el asistente de la educación, como consecuencia del cumplimiento de las labores esenciales.*

Para determinar la oportunidad en que será otorgado el feriado compensatorio, las partes deberán alcanzar un acuerdo que fije la época en que se hará efectivo, resultando procedente su otorgamiento de manera fraccionada”.

Aplicando lo expuesto a las consultas formuladas, es posible anotar, que los días trabajados durante el feriado, por aquellos asistentes llamados a cumplir labores esenciales, deben ser compensados con otros días de descanso durante el año en la época en que hayan acordado las partes, sin que proceda su compensación en dinero.

En lo relativo a la pregunta 12, es posible señalar, que en base a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley N°21.109, el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019, sostiene que: *“En cuanto al feriado progresivo, atendida la extensión del feriado otorgado en el inciso 1° del artículo 41 y considerando que la ley no contempla la posibilidad de ampliar el feriado en razón de la antigüedad, no resulta aplicable en la especie la norma del feriado progresivo contenida en el artículo 68 del Código del Trabajo.*

“Lo mismo ocurre con el feriado proporcional, toda vez que como consecuencia de la normativa especial que rige a los asistentes de la educación en materia de feriado, no resultan aplicables en tal aspecto las normas del Código del Trabajo”.

Por tanto, a los asistentes de la educación cuyos contratos terminen antes del término del año escolar, no les asiste el derecho a feriado proporcional.

Finalmente, cumple anotar que, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N°998/7 de 19.03.2021, *“los efectos de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la ley N° 21.109 que regulan aquellas materias referidas a las funciones, jornada de trabajo, deber de protección del empleador y feriado, se extienden a los asistentes de la educación desarrollen funciones profesionales, técnicas, administrativa y auxiliares”.*

En consecuencia, sobre la base de la normativa y consideraciones anotadas, es posible informar:

1) Los acuerdos de las partes sobre el derecho a colación, pactados en forma previa a la entrada en vigencia del artículo 39 de la Ley N°21.109 para los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados, deben mantenerse en los mismos términos, en la medida que supongan para los trabajadores un beneficio mayor que el establecido en la ley.

2) No existe obligación legal de registrar en el respectivo sistema de control de asistencia el tiempo destinado a colación, sin perjuicio del derecho que asiste al empleador de incorporar tal obligación en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

3) El legislador no estableció formalidades para el llamado a cumplir labores esenciales durante el feriado, establecido en el inciso 2º del artículo 41 de la Ley Nº21.109, sin perjuicio de que las partes puedan convenir la manera en que deba realizarse la respectiva comunicación.

4) La Dirección del Trabajo, carece de competencia para pronunciarse sobre si determinados hechos podrían configurar causal de terminación de la relación laboral, materia que es facultad privativa de los tribunales de justicia.

5) No es posible hacer una calificación en abstracto de las labores esenciales a que pueden ser llamados los asistentes de la educación durante el feriado, toda vez que ellas dependen de la necesidad de cada establecimiento educacional.

6) Los días trabajados por los asistentes de la educación durante el feriado, por haber sido llamados a cumplir labores esenciales, no pueden ser compensados en dinero, debiendo otorgarse otros días de descanso durante el año, en la época en que acuerden las partes.

7) El feriado de los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados está regulado exclusivamente por la norma especial del artículo 41 de la ley Nº21.109, sin que resulten aplicables el feriado progresivo y proporcional del Código del Trabajo.

Saluda atentamente a Ud.,



JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO

JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LR
LB/KRF
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control
- Inspección Provincial del Trabajo Temuco
- Incluye: Copia del Ordinario Nº 1.223 de 16.03.2017, de la Dirección del Trabajo ✓