



Departamento Jurídico  
Unidad de Dictámenes e  
Informes en Derecho  
S/K (734) 2023

731

*Jurídico*

**ORDINARIO:** \_\_\_\_\_

**ACTUACIÓN:**  
Aplica doctrina.

**MATERIA:**  
Instrumento colectivo. Asistente de la educación,  
establecimiento particular subvencionado.

**RESUMEN:**  
Informa al tenor de lo solicitado.

**ANTECEDENTES:**

- 1) Correos electrónicos de 03.05.2023 y 11.04.2023, de la Dirección Regional del Trabajo de Aysén, acompañando antecedentes.
- 2) Correos electrónicos de 12.04.2023 y 10.04.2030, de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, solicitando antecedentes.
- 3) Ordinario N°357 de 26.08.2022, de la Directora Regional del Trabajo, Región de Aysén.
- 4) Ordinario N°43 de 21.08.2021, del Rector del Liceo San Felipe Benicio; complementado por correo electrónico de 30.12.2021.

**SANTIAGO,**

18 MAY 2023

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)  
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO DE AYSÉN (S)**

Mediante Ordinario del antecedente 3) se solicitó informe al Departamento Jurídico para atender la presentación del antecedente 4).

El rector del establecimiento educacional particular subvencionado Liceo San Felipe Benicio solicitó un pronunciamiento jurídico que determine si corresponde pagar el beneficio pactado en instrumento colectivo que denomina "gratificación", a un asistente de la educación que no cumplió funciones ni presenciales ni telemáticas entre abril de 2020 y el 04.12.2020, por padecer de hipertensión arterial, esto es, una enfermedad de riesgo en el contexto de la pandemia causada por Covid-19.

Precisa el empleador, que el trabajador no se acogió a la ley de protección al empleo porque el establecimiento educacional pagó todas sus remuneraciones y obligaciones previsionales durante dicho período.

Sobre lo consultado, cumple anotar, que el convenio colectivo suscrito en el mes de agosto de 2020 entre el representante legal y presidente de la Fundación Educacional Liceo San Felipe Benicio y los trabajadores firmantes, tenido a la vista, dispone, en lo que interesa: "**TÍTULO VI GRATIFICACIONES**

*"Art. 24.- Todo trabajador del Liceo, con contrato fijo o de reemplazo, tendrá derecho a percibir una gratificación mensual de 5% de su remuneración líquida, durante el período lectivo (10 meses) o por el tiempo efectivamente trabajado, por concepto de desempeño laboral. Esta gratificación se pagará al término de la relación laboral o a fin de año, en dos pagos: uno a efectuarse en Noviembre y otro en Diciembre.*

*"Las diversas unidades del colegio (Técnica, Orientación, Pastoral e Inspectoría General) entregarán información semestral al rector sobre la base de un registro escrito de observaciones, informado y aceptado por el funcionario. La información entregada por los jefes de cada unidad servirá de base para la evaluación final que llevará adelante la Dirección del Establecimiento en la persona del Rector. De dicha evaluación dependerá la gratificación anual.*

*"Este beneficio se mantendrá mientras subsista el Financiamiento Compartido o en caso contrario se estudiará en conjunto la forma de mantener el beneficio de la gratificación.*

#### **DE LAS AMONESTACIONES**

*"Al respecto, se tendrá en cuenta las siguientes situaciones en que se aplicará un descuento en la gratificación anual del funcionario:*

*"1.- El funcionario es amonestado por escrito dos veces en un año: corresponde un 10% de descuento. Por cada amonestación adicional (tres en adelante), se descontará un 10% en la gratificación.*

*"2.- El funcionario evidencia reiteradas faltas de cumplimiento administrativo en el año (atrasos, inasistencias, mantención de registros, etc.): corresponde un 10% de descuento.*

*"3.- El funcionario incurre en negligencias graves comprobadas afectando a la integridad institucional: corresponde un 20% de descuento.*

*"A las anteriores situaciones, deben agregarse las medidas que contempla el Reglamento Interno que pueden llegar hasta la desvinculación dependiendo de la gravedad de las faltas."*

Precisado lo anterior, es dable indicar, que el artículo 42 del Código del Trabajo dispone, en lo pertinente: "*Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:*

*"e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador".*

El artículo 46 del mismo cuerpo legal establece: "*Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes*", estableciendo luego dos modalidades de pago para esta remuneración, en sus artículos 47 y 50.

De las normas transcritas es posible indicar, que el legislador permite a las partes pactar una gratificación convencional, siempre que ella no resulte inferior a la gratificación que, de acuerdo con las disposiciones legales, está obligado a pagar el empleador.

En relación con la obligación legal del empleador de gratificar anualmente a sus dependientes, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida, entre otros, en el Ordinario N°3.037, de 17.06.2015, señala que ella existe, cualquiera sea

el sistema de pago de la gratificación que utilice el empleador, cuando se reúnan copulativamente las siguientes condiciones:

- 1) Que se trate de establecimientos, ya sea mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas o cualquier otro, o de cooperativas;
- 2) Que estos establecimientos o empresas, con excepción de las cooperativas persigan fines de lucro;
- 3) Que estén obligados a llevar libros de contabilidad; y
- 4) Que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros.

Esta doctrina agrega que, de los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo, es posible colegir que, *"la ley ha facultado al empleador para eximirse de la obligación de gratificar en base al sistema contemplado en el artículo 47 del Código del Trabajo, esto es, repartir el 30% de sus utilidades líquidas, abonando o pagando al trabajador una suma equivalente al 25% de lo devengado por éste en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, caso en el cual el tope máximo de dicho beneficio no podrá exceder de 4,75 ingresos mínimos mensuales"*.

Por su parte, el Ordinario N°4.482, de 12.11.2014, de esta Dirección sostiene que, aunque el artículo 50 del Código del Trabajo establece que el pago de la gratificación realizada de acuerdo con dicha norma procederá sea cual fuere la utilidad líquida obtenida, ello no significa que ese beneficio tenga el carácter de "garantizado", es decir, que su procedencia no esté condicionada a la existencia de tales utilidades.

Agrega el pronunciamiento que, en razón de lo anterior, *"la única circunstancia en virtud de la cual, el empleador se encontraría obligado al pago de la gratificación legal, con prescindencia de considerar el resultado referente a las utilidades líquidas, devengadas en ejercicios financieros anteriores o futuros, corresponde a aquella en que las partes, dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad, han acordado un sistema de gratificación legal garantizado, manifestado así en los respectivos contratos individuales de trabajo o instrumentos colectivos"*.

Ahora bien, en el caso que se analiza es dable advertir, que la cláusula del convenio colectivo transcrita no corresponde al concepto legal de gratificación. En efecto, de la sola lectura de ella se advierte que se trata de una asignación que está sujeta al desempeño laboral de los trabajadores, sin perseguir la distribución de utilidades del empleador entre sus dependientes.

Dilucidado lo anterior, esto es, que el beneficio por el que se consulta no constituye gratificación, sino una asignación ligada al desempeño de los trabajadores es necesario determinar si las obligaciones contenidas en los instrumentos del trabajo resultan obligatorias para las partes durante el período en que en que el servicio educacional se prestó de forma remota, por acto de autoridad, durante el período de emergencia sanitaria motivada por Covid-19, que comprende el período por el que consulta el empleador.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Ordinario N°1.676 de 26.09.2022, sostiene: *"Ahora bien, el cumplimiento de la normativa sanitaria dictada con ocasión de la pandemia causada por COVID-19 no implica el término de la relación laboral que docentes y asistentes de la educación mantienen con sus respectivos empleadores. Por ello, las obligaciones que corresponden a estos trabajadores siguieron rigiéndose por sus respectivos contratos de trabajo"*.

Aplicando el criterio expuesto al caso particular, es dable anotar, que el convenio colectivo no perdió su vigencia, por lo que dicho instrumento debió ser cumplido por el empleador en los términos acordados en el mismo.

En efecto, el inciso 3° del artículo 5 del Código del Trabajo establece: "Los contratos individuales y los instrumentos colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente".

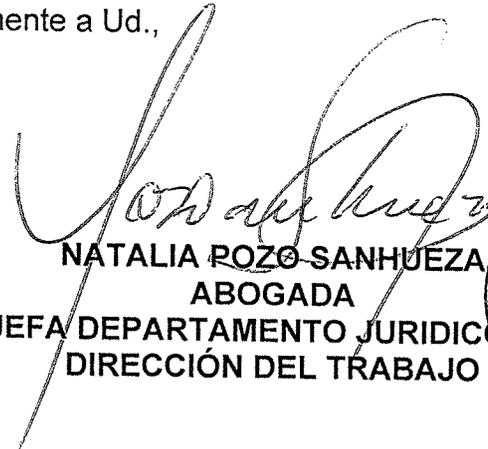
Sobre la disposición legal citada, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida en el Dictamen N°258/3 de 22.01.2021, sostiene que "son las partes involucradas en la suscripción de un instrumento colectivo vigente quienes podrán acordar por escrito su modificación o cese".

Es así como el empleador debió dar cumplimiento al artículo 24 del convenio colectivo, ya transcrito, en los términos acordados en dicha estipulación, esto es, pagando el beneficio en los meses de noviembre y diciembre con los descuentos acordados en el apartado denominado "de las amonestaciones", en caso de corresponder.

Corrobora lo anterior el hecho de que el pago de este beneficio se encuentra condicionado expresamente a que el establecimiento educacional perciba financiamiento compartido, pero no fue pactada como condición para su pago una obligación del trabajador de asistir físicamente a un lugar determinado. De ello se sigue que el acto de autoridad que estableció la prestación del servicio educacional de manera remota no permite la supresión del pago del emolumento, ya que ello supondría modificar unilateralmente la cláusula respectiva, al incluir una condición no consignada en ella.

Es cuanto cabe informar al tenor de lo solicitado.

Saluda atentamente a Ud.,

  
NATALIA POZO SANHUEZA  
ABOGADA  
JEFA DEPARTAMENTO JURIDICO(S)  
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



  
EP/KRF  
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control