



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 167500 (281) 2022

Jurídica

ORDINARIO N°: 466

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Competencia Dirección del Trabajo, potestad de mando, pregunta genérica. Ley N°21.220, establecimiento educacional particular pagado.

RESUMEN:

- 1) Que este Servicio carece de competencia para emitir el pronunciamiento solicitado, por tratarse de materias que inciden en la potestad de dirección y administración, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al empleador.
- 2) Esta Dirección se ha pronunciado sobre la prestación de servicios a distancia o teletrabajo en establecimientos educacionales en los Dictámenes N°s 1.654/20 de 14.06.2021 y 2.958/61 de 30.12.2021.
- 3) Que esta Dirección debe abstenerse de emitir el pronunciamiento jurídico solicitado, por tratarse de una consulta de carácter genérico sobre la configuración de cláusulas tácitas

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 16.03.2022, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Ordinario N°1308-1663/2021 de 30.09.2021, de la Inspectora Comunal del Trabajo (S) Santiago Sur Oriente.
- 3) Presentación de 29.09.2021 de la Federación de Sindicatos de Colegios Privados (FESICOP).

SANTIAGO, 21 MAR 2022

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

A: SRES. FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE COLEGIOS PRIVADOS
[REDACTED]

Mediante presentación del antecedente 3), han solicitado un pronunciamiento jurídico que determine:

1. Si resulta ajustado a derecho que los establecimientos educacionales particulares pagados impongan a los docentes la obligación de realizar clases de manera híbrida, esto es, realizando al mismo tiempo docencia de aula con un número de alumnos y de manera remota con otros, luego de terminado el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, es decir, después del 30.09.2021.

2. Si es procedente que el empleador pacte con los profesionales de la educación que las labores docentes se realicen de acuerdo con las disposiciones de la Ley N°21.220, que Modifica el Código del Trabajo en Materia de Trabajo a Distancia.

3. Si resulta jurídicamente procedente que el empleador disponga que las funciones docentes se realicen mediante teletrabajo, cuando el establecimiento educacional se encuentra cerrado por razones ajenas a la pandemia causada por COVID 19 como, por ejemplo, que el establecimiento sea sede para rendir la Prueba de Transición Universitaria o de votaciones. Añade que históricamente los docentes gozaron de un permiso pagado mientras duran esos impedimentos, por lo que el requerimiento de realizar labores de manera remota supondría una modificación unilateral de sus contratos de trabajo.

Con respecto a la pregunta 1, es posible anotar, que por Decreto N°4 de 08.02.2020, del Ministerio de Salud, se declaró alerta sanitaria en todo el territorio de la República, para enfrentar la amenaza de salud pública causada por la propagación del nuevo coronavirus 2019.

En este contexto, y en lo que interesa a este pronunciamiento, la autoridad sanitaria ha dictado diversas resoluciones que disponen medidas por el brote de Covid-19, las que han oscilado entre la suspensión de las clases presenciales en la totalidad de los establecimientos educacionales, para luego pasar a la suspensión de las clases presenciales en todos los establecimientos, permitiéndose continuar con la prestación del servicio educacional de manera remota conforme a los criterios establecidos por el Ministerio de Educación, hasta finalmente permitir el funcionamiento de los establecimientos en cualquier etapa del plan paso a paso si se da cumplimiento a la normativa, instrucciones y protocolos emitidos por los Ministerios de Salud y de Educación, con el objeto de asegurar las condiciones sanitarias.

Al efecto, el numeral 38 de la Resolución Exenta N°994 de 01.10.2021, del Ministerio de Salud, que Establece Cuarto Plan Paso a Paso, dispone: *"Del funcionamiento de los establecimientos de educación parvularia, sala cuna, básica y media. El funcionamiento de los establecimientos de educación parvularia, sala cuna, básica y media, en cualquiera de los Pasos de que trata el Capítulo II de esta*

resolución, deberá cumplir con la normativa, instrucciones y protocolos emitidos por los Ministerios de Salud y de Educación, con el objeto de asegurar las condiciones sanitarias de los establecimientos".

Pues bien, el Ministerio de Educación, mediante Ordinario N°844 de 19.11.2020, impartió los lineamientos generales para la planificación del año escolar 2021, estableciendo que *"El establecimiento educacional debe resguardar el acceso a clases presenciales de todos los estudiantes en jornada regular. Solo cuando por efecto de las medidas sanitarias no sea posible que lo anterior se cumpla, se deberá planificar medidas de educación mixta, bajo las siguientes dos alternativas: Dividir los días en dos jornadas o alternar los días para grupos diferentes dentro de un mismo curso. Estas jornadas presenciales acortada, deberán ser complementadas con procesos formativos a distancia, tal como se realizó este 2020".*

Cabe tener presente que, junto con estos lineamientos, el Protocolo de Medidas Sanitarias para Establecimientos Educacionales correspondiente al segundo semestre del 2021 indica que las clases presenciales son voluntarias para las familias, siendo estas quienes deben decidir libremente si envían al alumno al colegio. Agrega el protocolo, entre los pilares para las clases presenciales, al sistema híbrido, esto es, *"se priorizan las clases presenciales, combinadas con clases remotas cuando sea necesario, asegurando la educación para todos los estudiantes del país".*

Luego, mediante Ordinario N°05/1.278 de 28.09.2021 de la División General de Educación, fueron actualizadas las medidas sanitarias para establecimientos educacionales, a partir del 01.10.2021, liberando los aforos en aquellos niveles en que, al menos, el 80% de los estudiantes cuente con esquema completo de vacunación, lo que permitiría recibir a todos los estudiantes de ese nivel de manera presencial de forma simultánea.

Con todo, la asistencia presencial de los estudiantes siguió siendo voluntaria para las familias, y se advierte que la implementación de la actualización contempla el principio de gradualidad, que permite a los establecimientos educacionales adoptar medidas acordes a su contexto y a las necesidades de cada comunidad educativa.

De lo anterior se sigue, que durante el año escolar 2021 el Ministerio de Educación entregó al empleador -en aquellos casos en que por efecto de las medidas sanitarias no fuera posible recibir a todos los estudiantes de forma presencial simultáneamente- la determinación de dividir los días en dos jornadas o alternar los días para grupos diferentes dentro de un mismo curso, con el correspondiente complemento de procesos formativos a distancia.

En este sentido, entonces, adoptar una u otra de las alternativas señaladas forma parte de la potestad de administración del empleador, decisión que no perdió fuerza solo por el hecho del término del estado de excepción constitucional, ya que la implementación de las nuevas medidas sanitarias para los establecimientos educacionales fue gradual, y dependiente de las necesidades de cada comunidad educativa.

Atendido que la materia que se somete a consideración de este Servicio incide directa y exclusivamente en la potestad de administración del empleador, es menester señalar que esta Dirección carece de competencia para emitir el pronunciamiento solicitado.

En efecto, conforme con la legislación vigente, el empleador cuenta con atribuciones y facultades privativas para administrar su empresa, que emanan del derecho de dominio correspondiente. El Código del Trabajo se remite a esta facultad, en el inciso cuarto de su artículo 306, al precisar que *"No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma"*.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en el Ordinario N° 907, de 11.02.2016, sostiene *"corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa, organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno, es absoluta, toda vez que debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad"*.

Es dable agregar, que el Ordinario N° 1.165, de 20.03.2013, señaló que *"(..) la ley hace recaer sobre el empleador obligaciones precisas en materia de administración y dirección, que no pueden ser renunciadas ni modificadas por éste, de modo que no resulta procedente traspasar esta responsabilidad a la Dirección del Trabajo cuya función es la de fiscalizar, entre otros, el cumplimiento de tales deberes"*.

En cuanto a la pregunta 2, es dable indicar, que esta Dirección se ha pronunciado sobre la prestación de servicios a distancia o teletrabajo en establecimientos educacionales en los Dictámenes N°s 1.654/20 de 14.06.2021 y 2.958/61 de 30.12.2021, cuyas copias se acompañan para vuestro conocimiento.

En relación con la consulta 3, cumple informar que la doctrina sobre las cláusulas tácitas y derechos adquiridos de este Servicio, contenida en el Ordinario N° 3.735, de 18.07.2016, entre otros, sostiene que la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de la voluntad como de una tácita, y que esta última se constituye por la *"realización reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, situaciones éstas que determinan la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita se consignan en el contrato de trabajo"*.

Agrega el pronunciamiento que lo anterior autoriza para afirmar que la relación laboral expresada en un contrato de trabajo que consta por escrito no solo queda enmarcada en las estipulaciones de dicho instrumento, sino que también por los pagos y las prácticas que, sin estar escriturados, han sido aplicados constantemente por las partes por un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, dando así lugar a un consentimiento tácito entre ellas que determina la existencia de cláusulas tácitas, las que deben entenderse como parte integrante del respectivo contrato.

Ahora bien, en la especie se solicita un pronunciamiento genérico y abstracto respecto a la existencia de una cláusula tácita relativa a un permiso pagado cuando los establecimientos educacionales cierran por situaciones puntuales, tales como

ser local de votación para elecciones o ser sede para rendir la Prueba de Transición Universitaria.

Al respecto es menester indicar que para la Dirección del Trabajo no es posible emitir el pronunciamiento solicitado, ya que la configuración de las cláusulas tácitas no es uniforme para todas las situaciones, sino que su existencia depende de las características propias de cada caso.

En consecuencia, en mérito de la normativa anotada, cumplo con informar:

1. Que este Servicio carece de competencia para emitir el pronunciamiento solicitado, por tratarse de materias que inciden en la potestad de dirección y administración, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al empleador.

2. Esta Dirección se ha pronunciado sobre la prestación de servicios a distancia o teletrabajo en establecimientos educacionales en los Dictámenes N°s 1.654/20 de 14.06.2021 y 2.958/61 de 30.12.2021.

3. Que esta Dirección debe abstenerse de emitir el pronunciamiento jurídico solicitado, por tratarse de una consulta de carácter genérico sobre la configuración de cláusulas tácitas.

Saluda atentamente a Ud.,



JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

LR
LBP/KRF
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control
- Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente
- Incluye: Copia de los Dictámenes N°s 1.654/20 de 14.06.2021 y 2.958/61 de 30.12.2021, de la Dirección del Trabajo.