



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 23440 (1401) 2019

juridico

ORDINARIO N°: 565

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Asistentes de la educación. Establecimiento educacional particular subvencionado. Ley N°21.109.

RESUMEN:

1) No resulta posible hacer una calificación a priori acerca de las labores esenciales a cuyo llamado deberá concurrir el asistente de la educación, como tampoco acerca de si las mismas deberán desarrollarse en una única jornada o en más días, atendido que ello depende de la necesidad de cada establecimiento educacional.

2) 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, siendo procedente su fraccionamiento.

3) 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.

4) En caso de que se fije como fecha de término del feriado cinco días antes del inicio del año escolar, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 41 de la Ley N°21.109, no deberán compensarse esos cinco días.

5) Desde el 25.04.2019, fecha de publicación de la Ley N°21.152, a los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados no les asiste el derecho a feriado proporcional.

6) Los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos particulares

subvencionados que hagan uso de licencia médica durante el feriado no podrán impetrar este beneficio en otra época del año, por esa causa.

7) El empleador no puede llamar a los asistentes de la educación a cumplir labores esenciales durante la interrupción de las actividades académicas en época invernal.

8) En los establecimientos particulares subvencionados corresponderá al director del establecimiento la facultad para determinar las labores esenciales.

9) Los efectos de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley N°21.109 se extienden o benefician al personal que cumple labores de nochera en establecimientos educacionales particulares subvencionados.

10) El empleador puede poner término a la relación laboral del asistente de la educación por la causal de necesidades de la empresa durante el feriado, dando aviso a lo menos con treinta días de anticipación, o bien, pagando al trabajador una indemnización en dinero sustitutiva del aviso previo. Lo anterior es, sin perjuicio que ese aviso solo tendrá validez en la medida que sea recibido por el trabajador.

11) El empleador deberá comunicar al momento del otorgamiento del feriado el llamado a cumplir labores esenciales, a los asistentes señalados para desempeñarlas.

12) 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.

13) La reducción de la jornada de los asistentes de la educación de 45 a 44 horas cronológicas semanales, establecida en el artículo 39 de la Ley N°21.109, no puede significar para el asistente de la educación una disminución de las remuneraciones que percibe.

ANTECEDENTES:

1) Instrucciones de 13.03.2023, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Correo electrónico de 08.02.2023, de Jefa de Departamento Jurídico y Fiscal (S).

3) Correo electrónico de 09.11.2022, de Jefa del Departamento Jurídico y Fiscal (S).

4) Pase N°1.095 de 09.11.2022, de Director del Trabajo.

5) Instrucciones de 19.05.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.

6) Presentación de 05.07.2019 de don [REDACTED] en representación de Fundación Educacional Rakidwan.

SANTIAGO,

19 ABR 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: SR. [REDACTED]
FUNDACIÓN EDUCACIONAL RAKIDWAN
[REDACTED]
AV. VALPARAÍSO N°1.370
QUILLOTA

Mediante presentación del antecedente 6), usted formula las siguientes consultas acerca de la Ley N°21.109 -que Establece un Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública- en los establecimientos educacionales particulares subvencionados:

1. Con respecto a las labores esenciales de los asistentes de la educación, ¿es factible citarlos en el período estival, en distintas fechas, a cumplir funciones en el establecimiento educacional?

2. Los días que los asistentes de la educación presten servicio en el período estival ¿deben ser compensados durante el año de manera continua o podrían otorgarse de forma parcial?. En este último caso, ¿quién determina el período en que deben ser recuperados estos días a compensar?

3. En relación al feriado de los asistentes de la educación, que no cumplen labores esenciales y que ingresan a la modalidad de feriado colectivo, en la eventualidad que sean desvinculados ¿les corresponde el pago de feriado proporcional?, o ¿se aplica el mismo criterio que para los docentes contenidos en la doctrina de la Dirección del Trabajo sobre la materia?

4. La normativa indica la posibilidad de fijar el término del feriado estival cinco días hábiles antes del inicio del año escolar, ¿también se deben devolver esos cinco días durante el año?

5. Respecto de los asistentes de la educación que tienen derecho a feriado progresivo ¿se aplicaría esta normativa, bajo el supuesto de que ahora están afectos a feriado colectivo?

6. Los asistentes de la educación que son desvinculados durante el año 2019 ¿corresponde que se le pague feriado proporcional?, en atención a que el primer feriado colectivo rige para el 2020.

7. ¿Qué pasa con el asistente de la educación que se encuentra con licencia médica durante el feriado estival o de vacaciones de invierno?, ¿se debe compensar en otra época del año? o ¿dada la especial naturaleza de la prestación educacional se pierde el derecho a su feriado?

8. En la hipótesis que los asistentes de la educación estuvieren afectos al pago de feriado legal y progresivo, si el trabajador es desvinculado, ¿el finiquito se calcula sobre la base dispuesta en el Código del Trabajo (art. 73), o se calcula bajo otra fórmula, en este último supuesto, ¿qué formula se aplicaría?

9. Es posible que, durante las vacaciones de invierno, el empleador cite un día a los auxiliares de aseo para cumplir labores, bajo el entendido que el Colegio debe estar preparado para el regreso escolar de los alumnos. En esta hipótesis ¿se debe compensar en el año o se puede pagar como hora extra?

10. En relación a las labores esenciales, ¿es factible que durante el período de vacaciones de invierno los asistentes de la educación que son esenciales presten servicios? o ¿solo puede existir esta declaración en el período estival?

11. La normativa indica que quien debe declarar las labores esenciales es el Director Ejecutivo, pero esta figura no existe en el ámbito de los establecimientos educacionales particulares subvencionados, por tanto, ¿se debe asimilar dicho cargo al de representante legal de la entidad educacional, el gerente o administrador del colegio o el director académico?

12. Las personas que realizan labores de nochera en establecimientos educacionales ¿deben ser considerados como asistentes de la educación?, en atención a que la ley habla de vigilantes y en la generalidad de los casos, estas personas no tienen curso de vigilantes y no cumplen esta función propiamente tal en los colegios.

13. ¿Qué pasa con el aviso de término por necesidades de la empresa dado a los asistentes durante el feriado colectivo? ¿se suspende el plazo de 30 días, si el aviso se da en diciembre?, ¿le puedo dar aviso de término durante el feriado colectivo?

14. ¿En qué fecha el empleador debe notificar al asistente de la educación que su labor es declarada esencial y la o las fechas que debe presentarse a prestar labores esenciales?

15. Los asistentes de la educación que tenían pactados 45 minutos o una hora de colación y que la realizan en el establecimiento educacional, en vista de lo señalado en la nueva normativa, ¿se puede seguir otorgando dicho período de colación, e imputar solo 30 minutos a la jornada y que el resto del descanso para colación no sea parte de la jornada ordinaria?, o ¿debe reducirse el tiempo de colación a 30 minutos?

16. En el caso de los asistentes de la educación, que tienen pactadas jornadas de colación de duración prolongada, porque concurren a sus casas a almorzar, ¿se puede seguir manteniendo la misma interrupción de jornada? o debe reducirse a 30 minutos su jornada de colación ¿podrían reclamar que es un derecho adquirido el tener jornadas de colación más extensas?

17. En vista de la reducción de la jornada de 45 a 44 horas, que pasa con aquellos asistentes de la educación, que tienen por convenio colectivo pactado ciertos beneficios en razón de las 45 horas contratadas, ¿se reduce el beneficio a la asignación que tienen los de 44 horas de contrato?

Sobre lo consultado, es posible informar lo siguiente:

En lo que respecta a la pregunta 1, cumple indicar, que el artículo 41 de la Ley N°21.109 dispone: *“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”.

En cuanto al llamado a cumplir labores esenciales, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019, ha sostenido que *“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. Lo anterior es sin perjuicio de las labores que el legislador -de modo meramente enunciativo- ha calificado como tales y que corresponden a aquellas que consisten en la reparación, mantención, aseo y seguridad del establecimiento educacional”.*

A su vez, dicho pronunciamiento precisa que: *“atendido el carácter excepcional de esta disposición, toda interpretación de la misma debe efectuarse de manera restrictiva, esto es, referida sólo a las labores que la norma autoriza, debiendo corresponder por tanto a (...) aquellas esenciales para asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar”.*

Aplicando el criterio expuesto a la pregunta que se analiza, es dable anotar, que no resulta posible hacer una calificación *a priori* acerca de las labores esenciales a cuyo llamado deberá concurrir el asistente de la educación, como tampoco acerca de si las mismas deberán desarrollarse en una única jornada o en más días, atendido que ello depende de la necesidad de cada establecimiento educacional.

Con todo, es menester precisar, que las labores esenciales sólo pueden tener por finalidad aquella que señala el legislador, esto es, *“asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar”.*

En lo relacionado con la pregunta 2, es menester anotar, que sobre la base de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley N°21.109, ya transcrito, la jurisprudencia administrativa de este Servicio señala, en el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019, 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 la consulta formulada, 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 y sin que proceda su compensación en dinero, pudiendo otorgarse de manera fraccionada.

En lo relativo a las preguntas signadas con los números 3, 5 y 8, cumple señalar, que en base a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley N°21.109, y específicamente en cuanto al feriado progresivo y proporcional de los asistentes de la educación, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en 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 que se desempeñan en establecimientos particulares subvencionados no les asiste el derecho a feriado progresivo ni proporcional.

Sobre la pregunta 4, es dable señalar, que el inciso 3° del artículo 41 de la Ley N°21.109 autoriza a fijar, como fecha de término del feriado, cinco días hábiles previos al inicio del año escolar.

En consecuencia, de acuerdo con el tenor literal de la norma, no se está frente a una interrupción del feriado, sino al ejercicio de una atribución que supone el término del beneficio en estudio en una fecha previa.

A su vez, cumple anotar, que el legislador no estableció, para este caso particular, la obligatoriedad de compensar esos 5 días, como sí lo hace para efectos del llamado a prestar servicios esenciales, por lo que cabe concluir que, en caso que el empleador haga uso de esta facultad, no deberá compensarlos. Así lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, en el Ordinario N°1.491 de 30.08.2022.

Cumple hacer presente, que, sobre esta disposición, el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019 señala: *“que para dar certeza sobre cuál será la oportunidad en que terminará el feriado del asistente de la educación, el empleador deberá comunicar, al momento de su otorgamiento, la fecha de término del mismo, pues si nada dice se entenderá que el feriado termina el día inmediatamente anterior al del inicio del año escolar”.*

En lo que dice relación con la pregunta 6, cabe señalar, que el artículo 9°, N°5, de la Ley N°21.152 incorporó el artículo 56 a la Ley N°21.109, que 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”.

Ahora bien, teniendo presente la regla de vigencia *in actum* de la ley laboral y el efecto inmediato de la ley, es dable sostener que desde la publicación de la Ley N°21.152, es decir, desde el 25.04.2019, los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados vieron sustituido su feriado legal.

En efecto, el descanso anual de estos trabajadores dejó de regirse por el artículo 74 del Código del Trabajo, pasando a regularse su feriado por lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N°21.109.

De ello se sigue, entonces, que a contar del 25.04.2019 a los asistentes de la educación de que se trata no les asiste el derecho a feriado proporcional.

De este modo, a los asistentes de la educación cuya relación laboral terminó después de la publicación de la Ley N°21.152 y antes de que concluyera el año escolar 2019, no les asistió el derecho al pago del feriado proporcional. Ello, sin perjuicio de lo que las partes pudieron acordar en razón de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la pregunta 7, es posible anotar, que por expreso mandato del legislador, el feriado de los asistentes de la educación de los establecimientos particulares subvencionados comprende, por regla general, 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. Asimismo, gozan de feriado durante la interrupción de actividades académicas en la época invernal de cada año.

En este sentido, entonces, no es el trabajador quien elige cuando hará uso del feriado legal, sino que es el propio legislador quien determina su ocurrencia y ejercicio.

Cabe agregar, que la disposición del artículo 41 de la Ley N°21.109 no establece la posibilidad de suspender el goce del feriado por la circunstancia de que el trabajador haga uso de licencia, cualquiera sea la causa de esta.

De ello se sigue, que los asistentes de la educación que hagan uso de licencia durante el feriado, no podrán impetrar este derecho en una época diversa a la que el aludido beneficio comprende, por esa causa (Ordinarios N°s 2.790 de 09.12.2021 y 12 de 05.01.2023).

En lo que atañe a las preguntas 9 y 10, cabe anotar, que de acuerdo con la jurisprudencia de este Servicio, contenida en el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019, *"el llamado al cumplimiento de labores esenciales solo podrá tener lugar durante el feriado correspondiente al período que medie entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente, sin que resulte procedente hacer el llamado durante la interrupción de las actividades académicas del período de invierno, toda vez que la ley ha señalado que las labores esenciales deben ir dirigidas a asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar"*.

En consecuencia, el empleador no puede llamar a los asistentes de la educación a cumplir labores esenciales durante la interrupción de las actividades académicas en época invernal.

Acerca de la pregunta 11, es menester señalar, que el inciso final del artículo 56 de la Ley N°21.109, establece: *"La facultad establecida en el inciso segundo del artículo 41, para estos casos, será ejercida por el director de cada establecimiento educacional"*.

Al efecto el Dictamen N°3.445/22, ya citado, indica *"que por expresa disposición del inciso final del artículo 56, en los establecimientos particulares subvencionados corresponderá al director del establecimiento la facultad para determinar las labores esenciales"*.

Sobre la pregunta 12, es posible anotar, que de acuerdo con el Dictamen N°998/7 de 19.03.2021, de esta Dirección, los efectos de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley N° 21.109, son aplicables al personal que cumple las labores de nochera en establecimientos educacionales particulares subvencionados.

En lo relacionado con la pregunta 13, es dable señalar, que en el caso de los asistentes de la educación de establecimientos particulares subvencionados, el aviso de término de contrato por la causal de necesidades de la empresa se rige por lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo, el que en su inciso 4°, dispone: *"Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una*

indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. Igual indicación deberá contener la comunicación de la terminación del contrato celebrado para una obra o faena determinada, cuando corresponda el pago de indemnización por el tiempo servido, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 163”.

De ello se sigue que, tratándose de la causal de necesidades de la empresa, el empleador debe dar aviso al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación, o bien, pagar al trabajador una indemnización en dinero sustitutiva del aviso previo equivalente a la última remuneración mensual devengada.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de dar aviso de término de contrato durante el feriado, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N°3.748/195 de 16.06.1995, sostiene: *“De consiguiente, concordando lo señalado precedentemente con la circunstancia de que el preaviso de término de contrato por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo no impide el normal ejercicio de los derechos y obligaciones que impone el contrato de trabajo, posible es sostener que no existe inconveniente legal alguno para que durante el período en que el trabajador esté haciendo uso de su feriado legal el empleador le dé el aviso de que se trata.*

Con todo, cabe hacer el alcance que si el término efectivo de los servicios por las causales antedichas se produjere antes de finalizado el feriado, el empleador estará obligado, si ello fuere procedente, a indemnizar por éste último concepto al trabajador por los días que faltaren para completar su feriado.

Por su parte, necesario es hacer presente que el aviso dado por el empleador durante el feriado sólo va a tener validez en la medida que sea recepcionado por el dependiente”.

Aplicando lo expuesto a la consulta formulada, es posible concluir, que el empleador puede poner término a la relación laboral del asistente de la educación, por la causal de necesidades de la empresa, durante el feriado, dando aviso a lo menos con treinta días de anticipación, o bien, pagando al trabajador una indemnización en dinero sustitutiva del aviso previo. Lo anterior es, sin perjuicio que ese aviso solo tendrá validez en la medida que sea recibido por el trabajador.

En lo que respecta a la pregunta 14, es posible señalar, que el artículo 41 de la Ley N°21.109 no establece la oportunidad en que el empleador deberá comunicar a los asistentes de la educación la época en que deberán presentarse a prestar labores esenciales.

No obstante lo anterior, en caso que el director del establecimiento educacional determine la existencia de labores esenciales que deban ser cumplidas durante el feriado de los asistentes, deberá ponerlo en conocimiento del personal llamado a cumplirlas en forma oportuna.

A su vez, el trabajador que verá interrumpido su descanso anual debe tener certeza de la época en que deberá concurrir al establecimiento educacional a desarrollar aquellas labores esenciales para las cuales fue llamado.

De ello se sigue, que el empleador deberá comunicar al momento del otorgamiento del feriado el llamado a cumplir labores esenciales a los asistentes llamados a desempeñarlas, pues si nada dice, deberá entenderse que el asistente gozará de su feriado de forma ininterrumpida, hasta el término del mismo (Aplica criterio contenido en el Dictamen N°3.445/22 de 11.07.2019).

En lo relacionado con las preguntas 15 y 16, es dable indicar, 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, 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.

En cuanto a la pregunta 17, es menester indicar, que sobre la base de los dispuesto en el artículo 39 de la Ley N°21.109, el Dictamen N°3445/22, ya citado, sostiene que “las partes que tengan pactada una jornada superior a las 44 horas semanales deberán proceder, de común acuerdo, a ajustarla al nuevo máximo legal, consignándolo en tales términos en los respectivos contratos de trabajo, debiendo el empleador, en el evento de no haber consenso al respecto, modificar unilateralmente el contrato con el solo objeto de adecuar a la ley la respectiva estipulación.

Lo anterior no puede, en caso alguno, significar para los asistentes de la educación una disminución de las remuneraciones que venían percibiendo con anterioridad a la reducción de jornada, toda vez que la ley no contempla norma alguna que permita la aplicación de una regla de proporción dirigida a rebajar su monto, como sí lo ocurre con la norma del artículo 7° de la N°19.464 que sí establece una regla de proporción para el aumento de remuneraciones”.

En consecuencia, la reducción de la jornada de los asistentes de la educación de 45 a 44 horas cronológicas semanales no puede significar para el asistente de la educación una disminución de las remuneraciones que percibe.

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 las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted que:

- 1) No resulta posible hacer una calificación *a priori* acerca de las labores esenciales a cuyo llamado deberá concurrir el asistente de la educación, como tampoco acerca de si las mismas deberán desarrollarse en una única jornada o en más días, atendido que ello depende de la necesidad de cada establecimiento educacional.
- 2) 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, siendo procedente su fraccionamiento.
- 3) 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.
- 4) En caso de que se fije como fecha de término del feriado cinco días antes del inicio del año escolar, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 41 de la Ley N°21.109, no deberán compensarse esos cinco días.
- 5) Desde el 25.04.2019, fecha de publicación de la Ley N°21.152, a los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados no les asiste el derecho a feriado proporcional.
- 6) Los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos particulares subvencionados que hagan uso de licencia médica durante el feriado no podrán impetrar este beneficio en otra época del año, por esa causa.
- 7) El empleador no puede llamar a los asistentes de la educación a cumplir labores esenciales durante la interrupción de las actividades académicas en época invernal.
- 8) En los establecimientos particulares subvencionados corresponderá al director del establecimiento la facultad para determinar las labores esenciales.
- 9) Los efectos de los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley N°21.109 se extienden o benefician al personal que cumple labores de nochera en establecimientos educacionales particulares subvencionados.
- 10) El empleador puede poner término a la relación laboral del asistente de la educación por la causal de necesidades de la empresa durante el feriado, dando aviso a lo menos con treinta días de anticipación, o bien, pagando al trabajador una

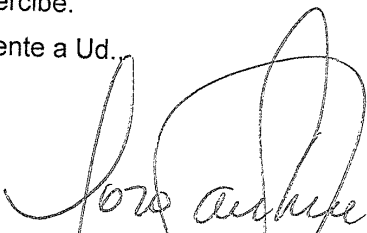
indemnización en dinero sustitutiva del aviso previo. Lo anterior es, sin perjuicio que ese aviso solo tendrá validez en la medida que sea recibido por el trabajador.

11) El empleador deberá comunicar al momento del otorgamiento del feriado el llamado a cumplir labores esenciales, a los asistentes señalados para desempeñarlas.

12) 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.

13) La reducción de la jornada de los asistentes de la educación de 45 a 44 horas cronológicas semanales, establecida en el artículo 39 de la Ley N°21.109, no puede significar para el asistente de la educación una disminución de las remuneraciones que percibe.

Saluda atentamente a Ud.


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




LBP/KRF
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control