

Dictamen 3445/22, de 11 de julio de 2019, Dirección del Trabajo.

Mediante las presentaciones ya individualizadas en el antecedente, se han formulado ante esta Dirección del Trabajo una serie de consultas orientadas a precisar el alcance de la ley N°21.109 que "Establece un Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública", modificada por la ley N°21.152 publicada en el Diario Oficial de 25.04.2019. Al respecto, cabe señalar que dicho estatuto responde a la necesidad de fijar el régimen laboral de los asistentes de la educación traspasados a los servicios locales de educación conforme a lo dispuesto en la ley N°21.040 que "Crea el Sistema de Educación Pública".

El inciso 1º del artículo cuadragésimo primero transitorio de la referida ley N°21.040, señala que se traspasan a los Servicios Locales de Educación Pública, por el solo ministerio de la ley y sin solución de continuidad, los asistentes de la educación, regidos por la ley N°19.464, que se desempeñen en establecimientos educacionales dependientes de municipalidades o corporaciones municipales creadas de conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N°1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, que se encuentren prestando servicios en los establecimientos educacionales ubicados en el ámbito de competencia territorial de dichos Servicios Locales, en la fecha que indica.

El inciso 3º añade que los asistentes de la educación serán traspasados a los servicios locales de educación con un régimen laboral de estatuto propio, vale decir, la Ley N°21.109.

1.1 Competencia.

Por su parte, el inciso 1º del artículo 3º del citado cuerpo legal (Ley N°21.109) dispone: "Las relaciones laborales entre los servicios locales y los asistentes de la educación de su dependencia se regirán por las disposiciones de esta ley y, para estos efectos, serán considerados como funcionarios públicos." Con todo, cabe hacer presente que en lo no regulado expresamente por la ley se aplicará supletoriamente el Código del Trabajo.

De ello se sigue que con motivo del traspaso, los asistentes de la educación pasan a integrar la dotación del respectivo Servicio Local de Educación Pública, siendo considerados como funcionarios públicos y, en tal condición, la fiscalización y control corresponde a la Contraloría General de la República.

Corroboran lo anterior la doctrina de esta Dirección contenida en Ordinarios N°2592, de 06.06.18 y 2319, de 30.05.17 y el dictamen N°24.717, de 2018 de dicho ente contralor.

En tal sentido, se hace presente que la competencia de este Servicio en lo que respecta a la ley en estudio (Ley N°21.109), se circunscribe a precisar el alcance de aquellas normas que resultan aplicables a los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales del sector municipal que aún no han sido traspasados a los Servicios Locales de Educación, así como también a aquellos que prestan servicios en establecimientos particulares subvencionados y a los del D.L. 3.166.

En lo que atañe a los asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, cabe precisar que por expresa disposición del artículo 56 de la ley N°21.109, les

serán aplicables aquellas disposiciones contenidas en el Párrafo 1º del Título III del cuerpo legal citado.

Asimismo, esta nueva normativa también tiene aplicación respecto de los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos regidos por el D.L. 3.166, de 1980, que "Autoriza entrega de la administración de determinados establecimientos de educación técnico profesional a las instituciones o a las personas jurídicas que indica", o de administración delegada. Sin embargo, para precisar el alcance de la mencionada normativa a los asistentes de la educación de los establecimientos señalados se ha estimado pertinente solicitar la opinión de la División Jurídica del Ministerio de Educación, para cuyos efectos se remitió el Ordinario N°2150, de 11.06.2019.

En definitiva, la competencia de este Servicio se encuentra radicada en la interpretación de la normativa aplicable a:

- a) Asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales del sector municipal que aún no han sido traspasados a los Servicios Locales de Educación;
- b) Asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos particulares subvencionados; y
- c) Asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos regidos por el D.L. 3.166, de 1980.

1.2 En cuanto a la temporalidad del traspaso de los asistentes de la educación.

En cuanto al proceso de traspaso del servicio educacional cabe señalar que de acuerdo al artículo 8º transitorio de la ley N°21.040, el traspaso se efectuará a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de entrada en funcionamiento del Servicio Local de Educación.

Luego, del artículo 6º transitorio de la citada ley aparece que la entrada en funcionamiento de los Servicios Locales de Educación es un proceso gradual que se extiende hasta junio de 2025, prorrogable hasta el 31.12.2030.

Así, a la fecha, y de acuerdo a lo dispuestos en los artículos 6º y 8º transitorios de la LEY N°21.040.-, ha sido traspasado el servicio educacional del sector municipal correspondiente a las siguientes comunas:

- a) Cerro Navia, Lo Prado y Pudahuel, perteneciente al Servicio Local de Educación de Barrancas;
- b) Andacollo y Coquimbo perteneciente al Servicio Local de Educación de Puerto Cordillera;
- c) Alto del Carmen, Freirina, Huasco y Vallenar perteneciente al Servicio Local de Educación de Huasco;
- d) Carahue, Nueva Imperial, Puerto Saavedra, Teodoro Smith y Toltén perteneciente al Servicio Local de Educación de Costa Araucanía.

II. ANTECEDENTES LEGALES

La ley N°21.109, publicada en el Diario Oficial con fecha 02.10.2018, modificada por la ley N°21.152, publicada en el Diario Oficial de 25.04.2019, regula el estatuto funcionario de los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública.

Es la misma ley N°21.109 la que, para estos efectos, define a los asistentes de la educación en su artículo 2º, señalando que son "(...) los funcionarios que, desempeñándose en uno o más establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública, sin perjuicio de su forma de financiamiento, incluidos aquellos establecimientos de educación parvularia financiados vía transferencia de fondos, colaboren en el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes y la correcta prestación del servicio educacional, a través de funciones de carácter profesional distintas de aquellas establecidas en el artículo 5º del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Educación, promulgado el año 1996 y publicado el año 1997; técnicas; administrativas o auxiliares."

El inciso 2º del mismo artículo, señala que "Se considerará asimismo asistente de la educación al personal que cumpla funciones en internados escolares que dependan de los servicios locales."

Se hace presente que el concepto transcrito corresponde al de asistente de la educación que cumple funciones en los Servicios Locales de Educación, cuya competencia -como ya fue indicado- corresponde a la Contraloría General de la República. Sin embargo, contribuye a entender el concepto y funciones de estos trabajadores, independiente de la competencia del organismo que los fiscalice.

III. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PARTICULAR

A continuación, se analizan y abordan las principales materias que han sido objeto de consultas ante este Servicio, y que dicen relación, principalmente, con la aplicación de las normas de la ley N°21.109 a los asistentes de la educación que prestan servicios en los distintos establecimientos educacionales que son competencia de esta Dirección del Trabajo.

Aplicabilidad de la Ley N°21.109 que "Establece un Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública"

Para tales efectos distinguiremos entre el tipo de establecimiento educacional en que el asistente de la educación se desempeña actualmente:

- 1) Establecimientos educacionales ya traspasados desde municipalidades o corporaciones municipales, en su caso, al Servicio Local de Educación Pública.
- 2) Establecimientos educacionales que aún no han sido traspasados desde municipalidades o corporaciones municipales, al Servicio Local de Educación Pública.
- 3) Establecimientos de educación particular subvencionado regidos conforme al decreto con fuerza de ley N°2, del Ministerio de Educación, de 1998.

4) Establecimientos regidos por el D.L. 3.166, de 1980, del Ministerio de Educación Pública que "Autoriza la entrega de la administración de determinados establecimientos de educación técnico profesional a las instituciones o a las personas jurídicas que indica", también denominados establecimientos educacionales de administración delegada.

1) Asistentes de la Educación de establecimientos educacionales ya traspasados desde municipalidades o corporaciones municipales, en su caso, al Servicio Local de Educación Pública

El inciso 1° del artículo 1° de la ley N°21.109 establece que "La presente ley regula el estatuto funcionario de los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública (en adelante "el servicio local" o "el servicio")".

Por su parte, el artículo 1° transitorio del citado cuerpo legal establece que la ley entrará en vigencia en la fecha de su publicación respecto de los servicios locales que se encuentren prestando el servicio educacional³.

De ello se puede sostener que a partir del 02.10.2018, fecha de publicación de la ley N°21.109, los asistentes de la educación que se desempeñaban en establecimientos educacionales del sector Municipal y que fueron traspasados a los Servicios Locales de Barrancas, Puerto Cordillera, Costa Araucanía y Huasco, serán acreedores de todos los derechos y beneficios establecidos en esta nueva normativa, incluido el pago de las asignaciones correspondientes, como, asimismo, deberán cumplir con las obligaciones que la misma establece desde la fecha ya señalada, de acuerdo al artículo 1° transitorio del mismo cuerpo legal.

Con todo, cabe recordar -tal como fue expresado en la primera parte de este Dictamen- que los asistentes de la educación que se desempeñan en los Servicios Locales de Educación son considerados funcionarios públicos y en tal condición la fiscalización y control corresponde a la Contraloría General de la República.

2) Asistentes de la Educación de establecimientos educacionales que aún no han sido traspasados desde municipalidades o corporaciones municipales, en su caso, al Servicio Local de Educación Pública.

En lo que respecta a los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales del sector municipal que aún no han sido traspasados al servicio local, la ley en comento comenzará a regir una vez efectuado el traspaso del establecimiento al Servicio Local de Educación respectivo, sin perjuicio de la aplicación transitoria de ciertas disposiciones que serán analizadas más adelante.

El inciso 1° del artículo 4° transitorio de la ley N°21.109 señala que "Las disposiciones de la presente ley comenzarán a aplicarse desde el traspaso del servicio educacional al servicio local respectivo. En consecuencia, dichas disposiciones no producirán efecto respecto de aquellas municipalidades o corporaciones municipales que continúen prestando el servicio educacional. Asimismo, los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos dependientes de éstas continuarán rigiéndose por las normas que actualmente le son aplicables."

De tal forma, mientras no ocurra el traspaso, los asistentes de la educación de establecimientos educacionales del sector municipal seguirán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley N°19.464, siendo competente para su fiscalización este Servicio, en cuanto dependan de las Corporaciones Municipales y no de las Municipalidades, pues en este último caso la competencia corresponde a la Contraloría General de la República.

Por su parte, el inciso 2º del artículo cuarto transitorio establece que los asistentes de la educación que aún no han sido traspasados a los Servicios Locales les serán aplicables las disposiciones que dicho inciso indica. En efecto, la citada norma dispone:

"No obstante lo señalado en el inciso anterior, a los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos dependientes de aquellas municipalidades o corporaciones municipales que continúen prestando el servicio educacional, se les aplicarán las siguientes disposiciones del presente estatuto, a contar de las fechas que a continuación se señalan:

- a) Desde la publicación de la presente ley, el artículo 42 y los numerales 2) y 3) del artículo 52.
- b) A partir del 1º de enero del año 2019, el Párrafo 2º del Título I y los artículos 13, 14, 39 y 41. Respecto a lo establecido en el inciso segundo del artículo 41, el llamado a cumplir labores esenciales requerirá el acuerdo del trabajador.
- c) A contar de la fecha señalada en el artículo séptimo transitorio de la presente ley, el artículo 50."

En forma previa a entrar al análisis de la normativa que se indica, cabe precisar que la aplicación es solo para los asistentes de la educación que prestan servicios en el establecimiento educacional, excluyendo de dicha aplicación a quienes prestan servicios en el nivel central de las corporaciones.

Aclarado lo anterior, cabe abocarse al análisis de la normativa señalada y los efectos de la misma según la oportunidad en que resulte aplicable.

a. Normativa que resulta aplicable desde el 02.10.18 (fecha de publicación de la ley N°21.109) a los asistentes de la educación de establecimientos del sector municipal que aún no han sido traspasados.

De acuerdo a la letra a) del inciso 2º del artículo cuarto transitorio, los artículos aplicables son: el artículo 42 y los numerales 2) y 3) del artículo 52.

- Feriado de los asistentes de la educación de los establecimientos de educación parvularia financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

De acuerdo al artículo 42, los asistentes de la educación de los establecimientos de educación parvularia financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, tendrán derecho al feriado conforme a las disposiciones de la Ley N°20.994, cuyo artículo único dispone:

"Los establecimientos de educación parvularia financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles tendrán un receso o suspensión de actividades regulares durante todo el mes de febrero de cada año, incluyendo las actividades de sus trabajadores y trabajadoras, quienes harán uso de su feriado legal durante dicho receso y, en lo que exceda a éste,

gozarán de un permiso especial remunerado. Este receso también se hará efectivo durante una semana en el mes de julio de cada año, de acuerdo a la resolución que para dichos efectos deberá dictar la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Lo anterior, sin perjuicio que durante estos períodos de receso o suspensión de actividades regulares, se implementen en dichos establecimientos programas estivales o invernales específicos para atender al párvulo, según fuesen las necesidades de la comunidad, con personal contratado especialmente para dichos efectos, lo que será exclusivamente de cargo y costo de sus sostenedores".

Del precepto citado se desprende que los asistentes de la educación de los establecimientos de educación parvularia financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles tendrán un feriado durante el período de receso o suspensión de actividades regulares del establecimiento, esto es, durante todo el mes de febrero de cada año, y, en lo que exceda a éste, gozarán de un permiso especial remunerado. Este receso también se hará efectivo durante una semana en el mes de julio de cada año, de acuerdo a la resolución que para dichos efectos deberá dictar la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

- El numeral 2) del artículo 52 hace aplicable a los asistentes de la educación el artículo 3° de la ley N°19.464, referido a las inhabilidades que afectan a los mismos y a la exigencia de idoneidad psicológica requerida para el desempeño de sus funciones⁴.

Importa destacar en este aspecto, lo preceptuado en el inciso final del citado artículo 3° de la ley 19.464, en el sentido que la idoneidad psicológica debe ser acreditada en forma previa a la celebración del contrato de trabajo.

- El numeral 3) del artículo 52 se refiere al aumento de remuneraciones establecido en el artículo 7° de la Ley N°19.464 para el personal asistente de la educación que cumple funciones en los establecimientos educacionales del sector municipal, el cual es proporcional a la jornada de trabajo y su monto mensual, deberá determinarse en enero de cada año y será permanente por el período anual respectivo.

b. Normativa que resulta aplicable desde el 01.01.2019 a los asistentes de la educación de establecimientos del sector municipal que aún no han sido traspasados.

De acuerdo a la letra b) del inciso 2° del artículo cuarto transitorio, resultan aplicables el párrafo 2° del Título I (que señala las categorías de los asistentes de la educación de acuerdo a la función que desarrolla y sus competencias técnicas) como también los artículos 13, 14, 39 y 41, de la ley N°21.109.

Ahora bien, para efectos de este pronunciamiento, nos abocaremos a los dos últimos artículos mencionados, esto es, los artículos 39 y 41 de la ley N°21.109, por contener aspectos relevantes a ser considerados, esto es, la jornada de trabajo y feriado.

- Jornada de Trabajo: El artículo 39 establece:

"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".

De la norma transcrita se desprende lo siguiente:

i. Jornada máxima semanal: a contar del 01.01.19, los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales dependientes de Corporaciones Municipales que continúan prestando el servicio educacional, no podrán estar afectos a una jornada ordinaria superior a las 44 horas cronológicas semanales. De ello se sigue que a contar de la citada fecha tales asistentes de la educación ya no se rigen por la jornada ordinaria máxima de 45 horas semanales contemplada en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo.

Conforme a ello, 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.

ii. Descanso para colación: 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.

Finalmente, el inciso 2º del artículo 39 de la ley en estudio, señala que "El tiempo utilizado para la colación no podrá ser interrumpido, salvo casos de fuerza mayor."

Respecto de esta norma, no resulta procedente que este Servicio califique en abstracto situaciones de hecho que podrían calificarse como fuerza mayor para estos, efectos, por la particularidad en la prestación de los servicios de que se trata, debiendo analizarse caso a caso al momento de su ocurrencia.

- Feriado de los asistentes de la educación. Al respecto el artículo 41 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".

Del precepto legal citado se desprenden las siguientes reglas:

i) Oportunidad para hacer uso del feriado: el feriado de los asistentes de la educación será, 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. En tal aspecto, importa destacar que la ley permite fijar como fecha de término del feriado estival, cinco días previos al inicio del año escolar.

De ello se sigue 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 respecta al año escolar, el artículo 23 del Decreto N°453, de 1991, del Ministerio de Educación Pública, que Aprueba Reglamento de la Ley N°19.070, Estatuto de los profesionales de la Educación, dispone:

"Se entiende por año escolar el período fijado de acuerdo a las normas que rigen 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".

La norma citada establece el período que, por regla general, comprende el año escolar, sin embargo, de conformidad al artículo 8° del Decreto N°289, de 2010, del Ministerio de Educación, corresponde a la Secretaría Regional Ministerial fijar por resolución anual el calendario escolar regional.

De ello se sigue que el término del año escolar puede prolongarse más allá del 31 de diciembre, así como también se puede anticipar su inicio, a una fecha previa al 1° de marzo.

Se desprende, entonces, que la extensión del feriado será menor en aquellos casos que se postergue el término de año escolar o se anticipe su inicio.

Asimismo, los asistentes de la educación tendrán derecho a feriado, durante la interrupción de las actividades académicas en la época invernal de cada año.

ii) Convocatoria a capacitación durante el feriado: la ley dispone que los asistentes podrán ser convocados a capacitación, hasta por tres semanas consecutivas.

En el caso del personal de establecimientos de educación parvularia financiados vía transferencia de fondos por la Junta Nacional de Jardines Infantiles, la convocatoria a capacitación se realizará de preferencia en el mes de enero de cada año, pues -tal como ya fue expuesto- estos asistentes tendrán derecho a feriado en la época de receso o suspensión de actividades regulares durante todo el mes de febrero de cada año.

iii) Llamado a cumplir labores esenciales: en lo que respecta a la interrupción del feriado dispuesta en el inciso 2° del citado artículo 41, cabe señalar 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, (...)".

Lo anterior permite sostener que 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.

Una vez determinadas las labores esenciales, el llamado a cumplirlas requiere, por expresa disposición de la letra b) del artículo 4° transitorio de la ley N°21.109, del acuerdo del trabajador.

De ello se sigue 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.

En lo que respecta a la persona en quien recaerá la facultad de determinar las labores esenciales, cabe señalar que la norma en análisis alude exclusivamente al Director Ejecutivo, figura que conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 84 de la ley N°21.040, es homologable a la del Jefe del Departamento de Administración de la Educación Municipal. En efecto, el referido inciso 2° señala:

"Asimismo, cada vez que la normativa señalada en el inciso anterior se refiera al Jefe del Departamento de Administración de la Educación Municipal, debe entenderse referido el Director Ejecutivo de los Servicios Locales. En aquellos casos en que dichas normas aludan a los establecimientos del sector municipal, la referencia debe entenderse hecha, a su vez, a los establecimientos dependientes de los Servicios Locales".

De la norma legal citada aparece que la ley ha asimilado la figura del Director Ejecutivo, presente en los Servicios Locales de Educación, con la del Jefe del Departamento de Administración de la Educación Municipal.

Luego, atendido que los cargos mencionados (Director Ejecutivo y Jefe del Departamento de Administración de la Educación Municipal) no existen en los establecimientos educacionales del sector municipal administrados por Corporaciones Municipales, la facultad para determinar las labores esenciales para asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar en dichos establecimientos, deberá recaer en el representante legal del sostenedor, quien posee una calidad análoga a la del Director Ejecutivo. Tal conclusión es concordante con la opinión que sobre la materia mantiene la División Jurídica del Ministerio de Educación, la que mediante Ordinario N°07/4415 de 06.12.2018, ha señalado que "...en el caso de aquellos establecimientos educacionales que no han sido traspasados, quien debe determinar mediante acto fundado qué otras labores se entenderán como esenciales, es el representante legal de sostenedor, quien es el análogo del Director Ejecutivo, respecto de los Servicios Locales de Educación Pública."

Con todo, el acto por el que se determinan las labores a las que serán llamados los asistentes de la educación durante su feriado, deberá contener las razones que sirven de fundamento para determinar el carácter esencial de las mismas.

Finalmente, en cuanto a la forma en que se debe comunicar el llamado a cumplir labores esenciales, el que, como ya fue señalado, requiere del acuerdo del trabajador, cabe señalar 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.

iv) Obligación de compensar los días trabajados durante el feriado: 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.

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.

Lo anterior se traduce en que desde el 01.01.19, el feriado de los asistentes de la educación, que se desempeñan en establecimientos educacionales administrados por una Corporación Municipal, 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.

c. Normativa que resulta aplicable a partir del año escolar siguiente a aquel en que se encuentre tramitado totalmente el Reglamento.

De acuerdo a la letra c) del inciso 2° del artículo cuarto transitorio de la ley N°21.109, los asistentes de la educación del sector municipal que aún no han sido traspasados a los Servicios Locales de Educación tendrán derecho a percibir el bono de desempeño laboral a partir del año escolar siguiente a aquel en que se encuentre tramitado totalmente el Reglamento a que hace alusión el artículo 51 de la Ley N°21.1095.

3) Asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998.

Al respecto cabe señalar que el artículo 9, N° 5 de la ley N° 21.152, publicada en el Diario Oficial de 25.04.2019, incorporó a la ley N°21.109, el artículo 56, 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".

Previo al análisis particular, cabe destacar que por expresa disposición del artículo 56, la aplicación de las normas indicadas a los asistentes de la educación de establecimientos particulares subvencionados, se circunscribe, exclusivamente, a aquellos "...que prestan servicios en educación parvularia, básica y media...", vale decir, a quienes cumplen labores relacionadas con el proceso de aprendizaje y de mejoramiento de la educación; lo que permite descartar de la aplicación de sus normas a los asistentes de la educación que cumplen funciones administrativas o auxiliares en establecimientos particulares subvencionados, los que se regirán por la normativa del Código del Trabajo y supletoriamente por la ley N°19.464, por cuanto sus funciones no son de apoyo al proceso educativo y de aprendizaje.

Precisado lo anterior corresponde analizar las normas que el artículo 56 hace aplicable a los asistentes de establecimientos particulares subvencionados.

- Modificación de funciones: al respecto el artículo 38 establece:

"Los asistentes de la educación tendrán derecho a que se respeten las funciones para las que fueron contratados, las que podrán desarrollarse en uno o más establecimientos educacionales.

Asimismo, el director del establecimiento educacional podrá, excepcionalmente, encomendar labores determinadas, distintas de las estipuladas en el contrato, a uno o más asistentes de la educación para permitir la normal prestación del servicio educacional o para facilitar el desarrollo de actividades extracurriculares, siempre y cuando estas labores correspondan a la misma categoría de asistentes de la educación en la que se encuentra contratado, correspondan exclusivamente a funciones propias del servicio educacional y se deban ejecutar dentro de la jornada ordinaria de trabajo.

Excepcionalmente, ante la ausencia transitoria de un docente, los asistentes de la educación profesionales preferentemente psicopedagogos podrán ser destinados a cubrir una determinada clase, con el propósito de mantener el correcto funcionamiento de los establecimientos educacionales.

Con todo, en ningún caso a los asistentes de la educación se les podrá encomendar labores que pongan en riesgo su integridad física. La infracción a esta norma será considerada grave para los efectos establecidos en el artículo 73 de la ley N°20.529, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera configurarse."

Al respecto cabe señalar que una de las estipulaciones mínimas que debe contener todo contrato de trabajo es aquella que refiere a la determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar en que deben prestarse, de acuerdo al artículo 10 del Código del Trabajo.

En cuanto a la naturaleza de los servicios, la jurisprudencia de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N°2790/133, de 05.05.95, ha sostenido, que la determinación de los servicios debe ser entendida en el sentido de establecer o consignar en forma clara y precisa el trabajo específico para el cual ha sido contratado el dependiente, sin que ello importe pormenorizar todas las tareas que involucran los servicios contratados, puesto que, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, todo contrato debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obliga no sólo a lo que en ellos se

expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen.

Lo anterior, obedece a la intención del legislador de que el dependiente conozca con certeza el o los servicios que deberá prestar, en términos de evitar que este aspecto quede sujeto al arbitrio del empleador.

De ello se sigue que este Servicio haya resuelto que no se ajustan a derecho cláusulas genéricas o amplias que podrían dejar al arbitrio del empleador las labores a desarrollar, o bien, que señalen funciones indeterminadas o cualquiera otra que no otorgue certeza al dependiente de las tareas específicas que se obliga a realizar para obtener el pago de su remuneración.

Del modo señalado se advierte que la norma que se analiza configura una excepción, que faculta al director del establecimiento educacional a encomendar funciones determinadas, distintas a las que fueron estipuladas. Sin embargo, el ejercicio de dicha atribución debe tener por objeto alguna de las siguientes alternativas, de acuerdo a lo que se desprende de la normativa analizada:

- a) Permitir la normal prestación del servicio educacional, o
- b) Facilitar el desarrollo de actividades extracurriculares.

Por su parte, para encomendar funciones distintas a las estipuladas se deberá dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

- a) Las labores encomendadas deben corresponder a la misma categoría de asistentes de la educación en la que se encuentra contratado el respectivo asistente;
- b) Deben corresponder exclusivamente a funciones propias del servicio educacional, y
- c) Se deban ejecutar dentro de la jornada ordinaria de trabajo.

En lo que respecta a las categorías, importa señalar el numeral 1 del artículo 52 de la ley N°21.109 reemplazó el artículo 2 de la ley N°19.464, lo que se traduce en que las funciones de los asistentes de la educación de establecimientos particulares subvencionados deberán responder a alguna de las categorías señaladas en el artículo 5 de la ley N°21.109.

- Jornada de trabajo y colación: Al respecto cabe remitirse al análisis ya efectuado sobre el artículo 39.

Es dable señalar que de acuerdo al inciso 1º del artículo 38, los asistentes de la educación podrán desarrollar sus funciones en uno o más establecimientos educacionales. Ello explica que el inciso final del artículo 39 disponga que 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 previstos en la ley, y el costo de movilización será de cargo del empleador. Con todo, se establece que ambas circunstancias deberán señalarse expresamente.

De acuerdo al artículo 40 el empleador deberá proporcionar a los asistentes de la educación una infraestructura adecuada para ejercer el derecho a colación, incluyendo entre las instalaciones, servicios higiénicos.

- Feriado de los asistentes de la educación: Cabe recordar que la aplicación de las normas de la ley N° 21.109 a los asistentes de la educación de establecimientos particulares subvencionados es sólo para aquellos que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, de forma permanente y en aula.

En tales circunstancias, el feriado de tales asistentes de la educación será aquel previsto en el artículo 41 de la ley N°21.109, extensamente analizado al tratar la normativa aplicable a los asistentes de la educación de establecimientos del sector municipal aun no traspasados, con el único alcance que, tratándose de establecimientos particulares subvencionados, el llamado a cumplir las labores esenciales no requerirá acuerdo del trabajador.

Finalmente, cabe precisar 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.

IV. CONCLUSIONES

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar lo siguiente:

1. Los asistentes de la educación traspasados a los Servicios Locales de Educación revisten el carácter de funcionarios públicos y, en tal condición, la interpretación de las disposiciones de la ley N°21.109 le corresponde de manera exclusiva a la Contraloría General de la República.
2. Los asistentes de educación que se desempeñan en establecimientos educacionales dependientes de Municipalidades o Corporaciones Municipales y que no han sido traspasados a los Servicios Locales de Educación, le serán aplicables las disposiciones de la ley N°21.109, expresamente señaladas en el inciso 2° de su artículo cuarto transitorio, las que regirán en la oportunidad que el mismo precepto indica.
3. Los asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, le serán aplicables las disposiciones del Párrafo I del Título III de la ley N°21.109, en la forma descrita en el cuerpo del presente informe.
4. En lo que respecta a la aplicación de las disposiciones de la ley N°21.109 a los asistentes de la educación que prestan servicios en establecimientos educacionales regidos por el D.L. N°3.166, de 1980, del Ministerio de Educación Pública, se ha requerido mediante Ordinario N°2150, de 11.06.19, informe a la División Jurídica del Ministerio de Educación.

Saluda a Ud.,

MAURICIO PEÑALOZA CIFUENTES

DIRECTOR NACIONAL DEL TRABAJO