



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/E (1179) 2020; E 33001 (1198)
2020; S/E (1246) 2020; E 37155
(1330) 2020; E 39962 (1403) 2020;
S/E (1415) 2020; S/E (1432) 2020;
E 43243 (1501) 2020; E 44866 (1550)
2020; E 55511 (1806) 2020

DICTAMEN N°: 1654 / 020

ACTUACIÓN:

Fija doctrina.

MATERIA:

Ley N°21.220. Establecimientos educacionales.

RESUMEN:

1) Nada impide que los docentes y asistentes de la educación puedan pactar con sus empleadores, ya sea al inicio de la relación laboral o durante su vigencia, la prestación de servicios bajo las modalidades trabajo a distancia o teletrabajo.

2) Dado que la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo requiere acuerdo de las partes, es dable concluir que, en términos generales, en ausencia de pacto entre las partes, y sin perjuicio de lo que los tribunales competentes resuelvan en cada caso concreto, la Ley N°21.220 no resulta aplicable a los docentes y asistentes de la educación que se encuentren prestando el servicio educacional de forma remota a partir de disposiciones normativas emanadas de la autoridad pertinente por la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

3) Aplicando el principio de ajenidad, atendido que la prestación de servicios por parte de los trabajadores en la relación laboral constituye una obligación de hacer, y que, por otra parte, corresponde al empleador administrar su empresa o hacerse cargo del riesgo de la misma, es el empleador quien, en toda modalidad de prestación de servicios por sus trabajadores, sean éstos remotos o presenciales, debe proveer los elementos o materiales necesarios para que sus dependientes puedan realizar las labores convenidas en sus contratos de trabajo.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 18.12.2020; 17.05.2021 y 10.06.2021 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
- 2) Ordinario N°074/4098 de 04.11.2020 del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación.
- 3) Ordinario N°2914 de 20.10.2020 de la Jefa del Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 4) Correo electrónico de 22.10.2020 de Pamela Vielma Atienza.
- 5) Correo electrónico de 02.09.2020 de Germán Contreras Morales.
- 6) Presentación de 26.08.2020 del Secretario General de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa.
- 7) Ordinario N°716 de 21.08.2020 del Director Regional del Trabajo de Valparaíso.
- 8) Correo electrónico de 13.08.2020 de la Coordinadora Jurídica de la Dirección Regional del Trabajo de Tarapacá.
- 9) Correo electrónico de 12.08.2020 de Robinson Bustos Miranda, que adjunta solicitud de pronunciamiento de la Secretaría General de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique.
- 10) Ordinario N°2313 de 10.08.2020. de la Jefa del Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 11) Presentación de 06.08.2020 de Eduardo Vásquez Silva.
- 12) Ordinario N°338 de 04.08.2020 del Director Regional del Trabajo de Magallanes y Antártica Chilena.
- 13) Presentación de 31.07.2020 del Colegio de Profesores de Chile A.G., Directorio Comunal Punta Arenas.
- 14) Pase N°806 de 27.07.2020 de la Jefa de Gabinete de la Directora del Trabajo (S).
- 15) Presentación de 23.07.2020 de Víctor Demaría Varas, en representación de la Corporación Educacional Lengua Madre de Placilla.
- 16) Presentación de 22.07.2020 de Guido Reyes Barra, 1° Vicepresidente Nacional del Colegio de Profesores de Chile A.G.
- 17) Ordinario N°268 de 13.07.2020 del Director Regional del Trabajo de Antofagasta.
- 18) Ordinario N°683/2020 de 06.07.2020 de la Inspectora Provincial del Trabajo de El Loa-Calama.
- 19) Correo electrónico de 03.07.2020 de Ariel Aguirre Flores, Presidente del Colegio de Profesores Provincial El Loa.
- 20) Ordinario N°263 de 02.07.2020 del Director Regional del Trabajo de Antofagasta.
- 21) Presentación de 26.06.2020 de Wilma Montecino Vargas, en representación de la Fundación Educacional Padre Mariano Avellana.

22) Ordinario N°443 de 23.06.2020 del Director Regional del Trabajo de La Araucanía.

23) Presentación de 19.06.2020 de Carlos Eduardo Soria, en representación de Fundación Claret.

FUENTES:

1) Decreto N°s 104 de 18.03.2020; 269 de 16.06.2020; 400 de 12.09.2020; 646 de 12.12.2020 y 72 de 13.03.2021, todos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

2) Decreto N°4 de 08.02.2020 del Ministerio de Salud.

3) Resolución Exenta N°591 de 25.07.2020, N°s 42 y 75.

4) Código del Trabajo, artículos 7° y 152 quáter G.

CONCORDANCIA:

Dictámenes N°4958/219 de 28.08.1992; 8177/331 de 18.12.1995; 1731/113 de 16.04.1998 y 1389/007 de 08.04.2020

SANTIAGO, 14 JUN 2021

DE: DIRECTORA DEL TRABAJO

A: SRA. PAMELA VIELMA ATIENZA
pamelavielma@gmail.com

SR. GERMÁN CONTRERAS MORALES
profegermancontreras@gmail.com

SR. JOSE PALMA VEGA
CORPORACIÓN MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE LA
MUNICIPALIDAD DE ÑUÑO A
CALLE JORGE WASHINGTON 116, Ñuñoa

SR. ROBINSON BUSTOS MIRANDA
CORPORACIÓN MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE LA
MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE
robinson.bustos@cormudesi.cl

SR. EDUARDO VÁQUEZ SILVA
evasquez@evsabogados.cl

SRA. SOLEDAD OVANDO ULLOA
SR. ENRIQUE VELASQUEZ VARGAS
SRA. MARCELA MUÑOZ VILLARROEL
SRA. ALICIA AGUILANTE VARGAS

COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE A.G., DIRECTORIO COMUNAL PUNTA ARENAS

regparenas@colegiodeprofesores.cl

SR. VÍCTOR DEMARÍA VARAS

CORPORACIÓN EDUCACIONAL LENGUA MADRE DE PLACILLA.

estudio@demariavaras.cl

SR. GUIDO REYES BARRA

COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE A.G.

greyes@colegiodeprofesores.cl

SR. ARIEL AGUIRRE FLORES

COLEGIO DE PROFESORES PROVINCIAL EL LOA

aaguirre01@gmail.com

SRA. WILMA MONTECINO VARGAS

FUNDACIÓN EDUCACIONAL PADRE MARIANO AVELLANA

COPIAPÓ N°1125, ANTOFAGASTA

SR. CARLOS EDUARDO SORIA

FUNDACIÓN CLARET

secrearia@institutoclaret.cl

Mediante presentaciones de los antecedentes 4), 5), 6), 9), 11), 13), 15), 16), 19), 21) y 23, se ha solicitado un pronunciamiento jurídico que determine si resulta aplicable la Ley N°21.220, que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, a los docentes y asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales, atendido que, debido al estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado por el brote del virus denominado COVID-19, la prestación del servicio educacional ha estado realizándose de forma remota.

Al respecto, el Colegio de Profesores señala que la prestación del servicio educacional de manera remota ha significado, en los hechos, que los trabajadores han debido utilizar sus propios computadores, celulares y demás implementos necesarios para hacer clases. Lo anterior, sin perjuicio que, además, los dependientes han debido pagar los aumentos de consumos de electricidad, servicios de internet, entre otros.

A su vez, y, en caso de que resulte aplicable la Ley N°21.220, se ha solicitado un pronunciamiento en relación a:

- 1.- Si los establecimientos educacionales deben dar cumplimiento a la totalidad de las disposiciones de la Ley N°21.220, o solo a alguna de ellas. En este último caso, cuáles serían estas.
- 2.- Si el empleador puede replicar las cláusulas de los contratos de trabajo de sus dependientes en los anexos que deban firmarse, por aplicación del artículo primero transitorio de la Ley N°21.220.
- 3.- Si el sostenedor puede requerir a sus dependientes que concurren presencialmente a los establecimientos educacionales para desempeñar sus labores utilizando los

computadores, servidores y conexiones del establecimiento, sin incurrir en la figura de la Ley N°21.220.

4.- Qué facultades posee el empleador frente a dependientes que se nieguen a suscribir el anexo de contrato de trabajo que establece el artículo primero transitorio de la Ley N°21.220.

5.- Cuáles son los derechos de los trabajadores de los establecimientos educacionales y los deberes de sus empleadores, de acuerdo con la Ley N°21.220.

Sobre el particular, y, como cuestión previa, cúpleme señalar que por medio del 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 COVID-19. A su vez, por Decreto N°104 de 18.03.2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se declaró estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio nacional, el que ha sido prorrogado por los Decretos N°s 269 de 16.06.2020; 400 de 12.09.2020; 646 de 12.12.2020 y 72 de 13.03.2021, de la misma repartición pública.

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. En un principio, suspendió las clases en todos los jardines infantiles y colegios del país.

Posteriormente, la misma autoridad suspendió las clases presenciales en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país, permitiéndose continuar con la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios establecidos por el Ministerio de Educación.

Actualmente, la Resolución Exenta N°43 de 15.01.2021, del Ministerio de Salud que "Dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19 y establece nuevo Plan 'Paso a Paso'", respecto de los establecimientos educacionales, prevé como medida general:

"34. Del funcionamiento de los establecimientos educacionales. Dispóngase, en las localidades que se encuentren en "Paso 1: Cuarentena" la suspensión presencial de las clases en todos los establecimientos de educación parvularia, sala cuna, básica y media, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios que establezca el Ministerio de Educación.

En las localidades que se encuentren en los Pasos 2, 3 y 4 de los que trata el Capítulo II de esta resolución, se permite el funcionamiento de salas cuna y de establecimientos de educación parvularia, básica y media, debiendo cumplirse con la normativa, instrucciones y protocolos emitidos por el Ministerio de Salud, con el objeto de asegurar las condiciones sanitarias de los establecimientos."

Finalmente, esta resolución, en sus disposiciones finales establece: "97. Déjase constancia que el incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de esta resolución y las resoluciones señaladas en el numeral anterior serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, en el Código Penal y en la ley N°20.393, según corresponda".

Consultado al efecto, el Ministerio de Educación ha informado, mediante Ordinario del antecedente 2), que los actos administrativos citados "...dan cuenta que,

por un acto de autoridad de naturaleza restrictiva, sumado a la evidente contingencia sanitaria, los establecimientos educacionales se han visto impedidos de ejercer su labor educacional de forma presencial.

Así las comunidades educativas de todo el país hacen los esfuerzos necesarios para realizar las clases en forma virtual, razón por la cual el Ministerio de Educación, en el mes de marzo del año en curso, ha desarrollado las llamadas 'Orientaciones Mineduc Covid-19', en la que se busca resguardar los aprendizajes de los estudiantes y garantizar el funcionamiento de los establecimientos para efectos de entregar los beneficios y apoyos a todos los estudiantes. Para ello, el equipo directivo de cada establecimiento educacional deberá velar que éste permanezca abierto a la comunidad, a través de la coordinación de turnos éticos. A mayor abundamiento, se indica que la actividad docente debe ser ejercida a través de medios digitales, lo que explica que la entrega material ha sido principalmente virtual y sólo cuando aquello no sea factible, se debe recurrir a la entrega física del material educativo.

Asimismo, la Superintendencia de Educación, por intermedio de Dictamen N°54, de 2020, flexibilizó el uso de los recursos de la Subvención Escolar Preferencial, con el fin de invertir en software, hardware y medios tecnológicos que permitan cumplir con los Planes y Programas de cada establecimiento educacional, así como para adoptar las medidas sanitarias que correspondan”.

Precisado lo anterior, y respecto de si resulta aplicable la Ley N°21.220 a la prestación del servicio educacional de manera remota durante la emergencia sanitaria, es dable informar lo siguiente:

1) Posibilidad de pactar el trabajo a distancia y teletrabajo

El inciso 1° del artículo 152 quáter G) del Código del Trabajo, señala:

“Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en un documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo. En ningún caso dichos pactos podrán implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración”.

Tal como lo ha señalado este Servicio en Dictamen N°1389/007 de 08.04.2020, *“...la prestación de servicios bajo estas modalidades requiere del acuerdo de las partes, el que puede alcanzarse tanto al inicio de la relación laboral como durante su vigencia...”*. De esta forma, aplicado a la hipótesis de los docentes y asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales, y en ausencia de una prohibición expresa de la ley al respecto, nada impide que estos trabajadores puedan pactar, ya sea al inicio de la relación laboral o durante su vigencia, la prestación de servicios bajo las modalidades a que se refiere la norma legal previamente citada.

Adicionalmente el mismo dictamen previamente citado devela con nitidez que *“...el legislador, al establecer la prohibición de menoscabar, a través de los pactos de trabajo a distancia y teletrabajo, los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, ha venido a reforzar la normativa contenida en el artículo 5°, inciso 2° del mismo Código del Trabajo, conforme al cual los derechos laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”*.

2) Aplicabilidad de la Ley N°21.220 a la prestación de servicios de docentes y asistentes de la educación

Sobre el particular, es importante señalar que el artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, reproducido parcialmente al inicio del punto anterior, señala que existe solo una forma de dar inicio a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, cual es, el acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes.

En el caso de los establecimientos educacionales, y ante la suspensión de las clases presenciales por parte de la autoridad sanitaria, el Ministerio de Educación a través de su Superintendencia, dispuso para todas las comunidades educativas, que *“...la actividad docente debe ser ejercida a través de medios digitales, lo que explica que la entrega del material ha sido principalmente virtual y sólo cuando aquello no sea factible, se debe recurrir a la entrega física del material educativo”* (Ordinario N° 540 de la Superintendencia de Educación de 17.03.2020).

De lo anterior se infiere que la implementación del servicio educacional de forma remota durante la crisis sanitaria causada por la propagación del COVID-19, obedece a disposiciones normativas y, por tanto, obligatorias emanadas de la autoridad pertinente. Dicha situación impidió en los hechos, tanto a los empleadores como a los trabajadores de los establecimientos educacionales, manifestar libremente su voluntad sobre prestar servicios en modalidad teletrabajo o trabajo a distancia.

Por todo lo referido anteriormente, y, atendido, como se ha dicho, que la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo requiere acuerdo de las partes, es dable concluir que, en términos generales, en ausencia de pacto entre las partes, y sin perjuicio de lo que los tribunales competentes resuelvan en cada caso concreto, la Ley N°21.220 no resulta aplicable a los docentes y asistentes de la educación que se encuentren prestando el servicio educacional de forma remota a partir de disposiciones normativas emanadas de la autoridad pertinente por la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

3) Obligación del empleador de proveer elementos o materiales necesarios para que sus dependientes que prestan sus servicios de manera remota puedan realizar las labores convenidas en sus contratos de trabajo

En lo que respecta a la situación planteada por el Colegio de Profesores, en orden a que los trabajadores han debido utilizar sus propios computadores, celulares y demás implementos necesarios para hacer clases, además de pagar aumentos de consumos eléctricos o servicios de internet, es dable señalar que el artículo 7° del Código del Trabajo dispone que:

“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos ser vicios una remuneración determinada”.

A propósito de la norma recién transcrita, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en los dictámenes N°4958/219 de 28.08.1994 y 8177/331 de 18.12.1995, que se refiere al tema, ha permitido concluir que: *“...los trabajadores que prestan servicio en virtud de un contrato de trabajo cumplen sus obligaciones contractuales realizando sus funciones en la forma convenida en el respectivo instrumento, circunstancia, que a la vez, autoriza para sostener que*

corresponde al empleador asumir aquellas que se derivan de la gestión o administración de su empresa.

En efecto, tales trabajadores realizan su trabajo 'por cuenta de otro' o 'por cuenta ajena' lo que de acuerdo al principio de ajenidad que caracteriza la relación jurídico laboral se traduce en que éstos son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y adoptar todas las medidas de resguardo y protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión".

De este modo, aplicando el principio de ajenidad, atendido que la prestación de servicios por parte de los trabajadores en la relación laboral constituye una obligación de hacer, y que, por otra parte, corresponde al empleador administrar su empresa o hacerse cargo del riesgo de la misma, es posible sostener que es el empleador quien, en toda modalidad de prestación de servicios por sus trabajadores, sean éstos remotos o presenciales, debe proveer los elementos o materiales necesarios para que sus dependientes puedan realizar las labores convenidas en sus contratos de trabajo. Mismo criterio que está contenido en el Dictamen N°1731//113 de 16.04.1998.

Lo recién expuesto constituye una situación de hecho que debe ser analizada caso a caso, sin que sea posible determinar de modo genérico qué herramientas o materiales deberían ser entregados por el empleador.

Finalmente, cumple señalar que, atendido lo expuesto en el presente informe, esta Dirección estima innecesario pronunciarse respecto de las consultas asignadas con los números 1, 2, 3, 4 y 5, realizadas por los requirentes.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y normativa invocada, cumplo con informar a Ud., que:

- 1) Nada impide que los docentes y asistentes de la educación puedan pactar con sus empleadores, ya sea al inicio de la relación laboral o durante su vigencia, la prestación de servicios bajo las modalidades trabajo a distancia o teletrabajo.
- 2) Dado que la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo requiere acuerdo de las partes, es dable concluir que, en términos generales, en ausencia de pacto entre las partes, y sin perjuicio de lo que los tribunales competentes resuelvan en cada caso concreto, la Ley N°21.220 no resulta aplicable a los docentes y asistentes de la educación que se encuentren prestando el servicio educacional de forma remota a partir de disposiciones normativas emanadas de la autoridad pertinente por la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.
- 3) Aplicando el principio de ajenidad, atendido que la prestación de servicios por parte de los trabajadores en la relación laboral constituye una obligación de hacer, y que, por otra parte, corresponde al empleador administrar su empresa o hacerse cargo del riesgo de la misma, es el empleador quien, en toda modalidad de prestación de servicios por sus trabajadores, sean éstos remotos o presenciales, debe proveer los elementos o materiales necesarios para que sus dependientes puedan realizar las labores convenidas en sus contratos de trabajo.

Saluda atentamente a Ud.,



Lilia Jerez Arévalo
LILIA JEREZ ARÉVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO



Lilia Jerez Arévalo
JDTP/LBP/MPK

Distribución

- Jurídico -Partes
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo