



SUBSECRETARÍA DE EDUCACIÓN

ORD.: 07/ 000576 /

ANT.: Oficio N°75.554, de 25 de junio de 2021, de la Cámara de Diputados de Chile.

MAT.: Informa sobre la posibilidad de encomendar a su División Jurídica un análisis de la correcta interpretación que debe darse a la aplicación de la ley 21.342, en las materias que señala, al tenor de lo que indica.

ADJ.: Oficio Ord. N°07/2387, de 27 de julio de 2021, del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación.



SANTIAGO, 16 AGO 2021

**DE: JORGE POBLETE AEDO
SUBSECRETARIO DE EDUCACIÓN**

**A: LUIS ROJAS GALLARDO
PROSECRETARIO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS**

Se ha recibido en esta Subsecretaría de Educación, el Oficio individualizado en el antecedente, mediante el cual las H. Diputadas Señoras Camila Rojas Valderrama, Marcela Sandoval Osorio, Claudia Mix Jiménez, MAITE Orsini Pascal, Catalina Pérez Salinas, Gael Yeomans Araya y los H. Diputados Señores Gabriel Boric Font, Jorge Brito Hasbún, Miguel Crispi Serrano, Marcelo Díaz Díaz, Tomás Hirsch Glodschmidt, Diego Ibáñez Cotroneo, Giorgio Jackson Drago y Gonzalo Winter Etcheberry, quienes en uso de la facultad conferida por el artículo 9° de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, solicita se informe sobre la posibilidad de encomendar a su División Jurídica un análisis de la correcta interpretación que debe darse a la aplicación de la ley 21.342, en las materias que señala, al tenor de lo que indica.

En virtud de lo anterior y, en cumplimiento de lo requerido, remito a usted el Oficio Ord. N°07/2387, de 27 de julio de 2021, del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación, que informa relativo a la materia consultada anteriormente por la Cámara de Diputados.

Por consiguiente y, en mérito de lo expuesto, solicito se tenga por cumplida la obligación de respuesta en comento.

Se despide atentamente,

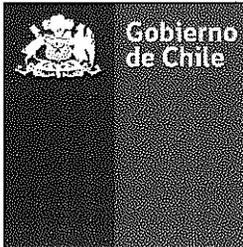


**JORGE POBLETE AEDO
SUBSECRETARIO DE EDUCACIÓN**



Distribución:

- Indicado
 - Gabinete Ministro
 - Gabinete Subsecretario
- Expediente **N°20.748-2021**



DIVISIÓN JURÍDICA

ORD N° 07/ 2387

ANT.: Oficio N° 75554, de 25 de junio de 2021, del Prosecretario de la Cámara de Diputados.

MAT.: Remite informe en relación con Ley N° 21.342.

27 JUL 2021

**A: JORGE POBLETE AEDO
SUBSECRETARIO DE EDUCACIÓN**

**DE: NICOLÁS ORTIZ CORREA
JEFE DIVISIÓN JURÍDICA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

Que, en relación con el oficio citado en el antecedente, se ha solicitado a esta División, realizar un análisis de la correcta interpretación que debe darse a la aplicación de la Ley N° 21.342, que Establece Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral para el Retorno Gradual y Seguro al Trabajo en el Marco de la Alerta Sanitaria Decretada con Ocasión de la Enfermedad de Covid-19 en el País.

Preliminarmente, es necesario hacer presente que el artículo 78 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.070, que aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación ("Estatuto Docente"), indica que las relaciones laborales entre los profesionales de la educación y los empleadores educacionales del sector particular, así como aquellas existentes en los establecimientos cuya administración se rige por el Decreto Ley N° 3.166, de 1980, serán de **derecho privado**, y se regirán por las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias en todo aquello que no esté expresamente establecido en el Título V del Estatuto Docente. En lo referente al resto de los profesionales de la educación, las normas de su contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el mismo Estatuto Docente.

En relación con aquellos asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos particulares subvencionados, según lo señalado en el artículo 56 de la Ley N° 21.109, Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública, en adelante "Estatuto de los Asistentes", le son aplicables las disposiciones del Párrafo I del Título III de dicha norma, y en lo no regido, su relación laboral ese encuentra regida por el Código del Trabajo y las normas que resulten aplicables de la Ley N° 19.464.

Luego, la Ley N° 21.220, publicada con fecha 26 de marzo de 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, y que busca, según el mensaje de S.E el Presidente de la República, hacerse cargo del uso de los avances tecnológicos y nuevas formas de comunicación como herramientas de inclusión laboral, permitiendo el desarrollo integral de los trabajadores, sin que ello signifique un menoscabo en sus condiciones laborales y salariales, aspecto que debe considerarse como principio rector al momento de fijar la interpretación de la Ley N°



21.220 antes citada, modificó la normativa relativa a jornada laboral e incorporó un capítulo IX al Título II del Código del Trabajo relativo a los contratos especiales.

Como es de público conocimiento, a partir del mes de diciembre de 2019, se produjo un brote mundial del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19. En virtud de lo anterior, y dentro de las medidas que nuestro ordenamiento constitucional y legal otorgan al Presidente de la República, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, dictó el Decreto Supremo N° 104, de 2020, que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública, en el territorio de Chile, prorrogado por los Decretos Supremos N°s 269 y N° 400, de 2020, del mismo origen.

Posteriormente, el Ministerio de Salud, por intermedio de la Resolución Exenta N° 180, de 2020, cuya duración ha sido extendida por diversas resoluciones, suspendió las clases presenciales en todos los establecimientos educacionales del país y a través de la Resolución Exenta N° 88, de 2020, del Ministerio de Hacienda en su artículo segundo numeral 8° dejó exceptuada de la paralización de actividades, al personal docente y asistente de la educación que cumpla turnos éticos.

A través de la Resolución Exenta N° 591, de 2020, del Ministerio de Salud, en su capítulo II, se estableció el denominado "Plan Paso a Paso", señalado que las medidas sanitarias dispuestas por el citado acto se establecerán 5 etapas o fases, según criterios definidos por la autoridad y dispuso la suspensión presencial de las clases en todos los establecimientos de educación parvularia, básica y media, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, sin perjuicio de que las SEREMIS de Educación respectivas podrían levantar individualmente esta medida por establecimientos, niveles o cursos.

Por su parte, mediante la Resolución Exenta N° 43, del Ministerio de Salud, del 15 de enero de 2021, se dispuso lo siguiente: *"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. 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."*

Desde su implementación, la situación sanitaria, económica y social de nuestro país ha cambiado, lo que hizo necesario una modificación del referido, la cual fue anunciada por el presidente de la República y distintos secretarios de Estado el día 8 de julio de 2021. La referida modificación respondió a los avances percibidos en el proceso de vacunación implementado por el Ministerio de Salud, que ya alcanza aproximadamente a 13 millones de personas que cuentan con al menos una dosis dentro de su esquema de vacunación. De esta forma, el actual contexto pandémico permitió realizar modificaciones al Plan Paso a Paso enfocadas en equilibrar de mejor manera los objetivos sanitarios y las restricciones implementadas en diferentes ámbitos para enfrentar la pandemia. En este orden de ideas, la abundante evidencia nacional e internacional respecto a la irremplazable presencialidad para el desarrollo del proceso educativo y la urgencia en recuperarla para nuestro país, fue uno de los principales fundamentos para permitir, entre otras modificaciones, la apertura de establecimientos

educacionales en Fase "Paso 1 cuarentena", y, por cierto, en las demás etapas del Plan Paso a Paso.

Por su parte, los actos administrativos dictado en el contexto del Plan Paso a Paso dan cuenta que, por **un acto de la autoridad sanitaria** 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 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 para 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 de material ha sido principalmente virtual y sólo cuando aquello no sea factible, se debe recurrir a la entrega física de material educativo.

Asimismo, el día sábado 19 de junio de 2021 se realizó la "Jornada de Escucha Ciudadana Plan Paso a Paso", que tuvo múltiples puntos de vista y experiencias sobre el referido plan. Dicha instancia congregó a más de 175 personas pertenecientes a alrededor de 140 organizaciones, entre expertos de salud, representantes de la sociedad civil, dirigentes gremiales y autoridades de Gobierno. En la jornada se constituyeron 15 mesas de trabajo y 3 plenarios donde se compartieron los principales aprendizajes y reflexiones que ha dejado para nuestro país la pandemia de COVID-19. Esta jornada se repitió con la misma metodología el día miércoles 30 de junio, con 150 actores y representantes de gremios del sector educacional con el propósito de entender las inquietudes ciudadanas respecto a la situación de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en el ámbito escolar.

Posteriormente, con fecha 16 de junio de 2021 se publicó en el Diario Oficial, la Resolución Exenta N° 644, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que establece un Tercer Plan "Paso a Paso". Tratándose de las actividades educacionales, dicha resolución autorizó el funcionamiento de los establecimientos de educación parvularia, sala cuna, básica y media en cualquiera de los Pasos de que trata el Capítulo II de esta resolución, debiendo cumplirse con la normativa, instrucciones y protocolos emitidos por los Ministerios de Salud y de Educación, con el objeto de asegurar las condiciones sanitarias de los establecimientos. Sin perjuicio de lo anterior, aquellos establecimientos que, a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente acto administrativo, se encuentren localizados en "Paso 1: Cuarentena" solo podrán funcionar si cuentan con una autorización previa de la Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva. Esta autorización no será requerida si el establecimiento educacional reanudó sus clases presenciales durante el presente año escolar, debiendo registrarse en ese caso por lo dispuesto en el inciso anterior. Con todo, si el establecimiento se encontraba funcionando por haber estado ubicado en una localidad en Paso 2, 3 o 4, y dicha localidad retrocede, no necesitará de la autorización dispuesta en el numeral anterior.

Ahora bien, en virtud de que los servicios educacionales se han prestado durante estos meses en forma remota, surge la duda si estamos en presencia de trabajo a distancia o teletrabajo en los términos de la Ley N° 21.220. Para ello es necesario

¹ <https://www.mineduc.cl/orientaciones-mineduc-covid-19/>

analizar lo señalado por diferentes instituciones competentes en la materia. En lo referente a la naturaleza del trabajo de docentes y profesionales de la educación, debe remitirse a la postura del Ministerio señalada en el **Oficio Ord. N° 07/1.895, de 2021, del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación.**

I. Ministerio de Educación

Ante la suspensión de las clases presenciales por la autoridad sanitaria, la Superintendencia de Educación, a través del Ordinario N° 540, de fecha 17 de marzo de 2020, 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"*.

La División Jurídica de esta cartera de Estado, con fecha 4 de noviembre de 2020, mediante su Oficio Ordinario N° 07/4.098, dirigido a la Jefa del Departamento Jurídico y Fiscal de la Dirección del Trabajo señalando que, si bien, la prestación de servicios de los profesionales y asistentes de la educación se realiza fundamentalmente por la vía señalada, y excepcionalmente de manera presencial, lo anterior se debe a la contingencia generada por el Covid-19, y ha sido dispuesto así mediante el correspondiente acto de autoridad, por lo que no sería aplicable a este respecto las disposiciones de la Ley N° 21.220, por los siguientes fundamentos de derecho:

- a) El artículo 6° del Estatuto Docente define la Docencia de Aula como *"la acción o exposición personal directa realizada en forma continua y sistemática por el docente, inserta dentro del proceso educativo"* y, por otro lado, el artículo 2° de la Ley N° 19.464, establece una clasificación de las funciones de los asistentes de la educación. Ambos artículos, refuerzan la idea que, por la naturaleza de las funciones que docentes y asistentes realizan, no es posible que sus labores se efectúen vía teletrabajo en los términos de la mencionada Ley N° 21.220, ya que el proceso de enseñanza-aprendizaje del cual participan y colaboran, requiere instrucción, exposición directa, presencial y en el mismo sitio;
- b) El Decreto con fuerza de Ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370, Ley General de Educación, con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, del mismo origen, sólo en su artículo 24 contempla clases semipresenciales para la modalidad de educación de adultos, pero no para la modalidad regular o tradicional, ya que por la naturaleza de los servicios que prestan los establecimientos educacionales que imparten dichos niveles, no podrían ser realizados de forma remota;
- c) La actual situación fáctica de trabajo a distancia -no confundir con la definición legal de reciente incorporación- no es más que el cumplimiento de la obligación contenida en letra f) de artículo 10° de la normativa señalada en la letra anterior, relativa a la obligación del sostenedor de garantizar la continuidad del servicio educacional y de las obligaciones contenidas en los artículos 184 y 184 bis del Código del Trabajo sobre protección a los trabajadores;
- d) El artículo 152 quáter G, del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 21.220, expresa que para que estemos frente a la figura del teletrabajo se

requiere acuerdo de las partes, ya sea en el contrato de trabajo o en anexo, y sin dicho consentimiento, no existe dicha figura, sino como se mencionó anteriormente la actual realización de trabajos fuera de los establecimientos educacionales es consecuencia de un acto de autoridad, y este a su vez de un caso fortuito;

- e) A su vez el artículo 152 quáter I, establece que cualquiera de las partes podrá unilateralmente revocar el pacto con aviso de 30 días a la otra, no siendo las actuales condiciones de trabajo el caso en comento, fundamentalmente porque ninguna de las partes podría revocar los señalados actos de autoridad;
- f) Específicamente respecto a los profesionales de la educación cabe indicar que el artículo 79 del Estatuto Docente, indica las estipulaciones mínimas que debe contener un contrato de trabajo del sector particular, entre ellas la determinación de la jornada semanal de trabajo, diferenciándose las funciones docente de aula de otras actividades contratadas y el lugar y horario para la prestación del servicio, considerando trabajado el tiempo que utilice en un mismo día para trasladarse de un establecimiento a otro en virtud de la misma relación laboral, desprendiéndose de la citada normativa que la regla general es que los profesionales de la educación deben realizar sus tareas en las dependencias del establecimiento en que se trate, de manera presencial.
- g) Misma conclusión se arriba respecto de los asistentes de la educación, quienes conforme al artículo 38, 39 y 40 de su Estatuto, aplicable a los establecimientos del sector particular en esta materia, sus funciones pueden desarrollarse en uno o más establecimientos educacionales, se considera trabajado el tiempo que ocupe en su traslado en virtud de la misma relación laboral y es obligación del sostenedor proporcionar infraestructura adecuada para ejercer el derecho a colación;
- h) La Ley N°21.220, fue establecida por el legislador para tiempos de normalidad jurídica y social, de lo cual da cuenta el Mensaje Presidencial de agosto 2018, donde se deja claro que su objetivo era adaptar la normativa a los actuales contextos sociales y tecnológicos, así como ayudar a incorporar a la fuerza laboral a sectores que han tenido dificultades para ello (lejanía de centros urbanos, discapacidad, tercera edad, etc.). En cambio, la actual pandemia representa una situación de caso fortuito, según ha concluido la Contraloría General de la República en Dictamen N° 3.610, de 2020. Por lo demás, el contexto de la pandemia solo se tuvo en cuenta en una etapa avanzada de la discusión legislativa;
- i) La Resolución Exenta N° 591, de 2020, del Ministerio de Salud, y sus posteriores modificaciones, han permitido levantar la suspensión de clases y el funcionamiento presencial de establecimientos de educación, previa autorización para reanudar las mismas por los respectivos SEREMIS de Educación, cumpliendo la normativa, instrucciones y protocolos emanados por el Ministerio de Salud, medidas que refuerzan la idea de que no es posible la aplicación de la Ley N° 21.220, ya que lo que busca la autoridad educativa y sanitaria es el retorno a clases presenciales;
- j) Finalmente, conforme a los actos de autoridad, dictados a través de los actos administrativos señalados al comienzo de este informe, los que declaran el estado de catástrofe y prohibición de clases presenciales, limitan en gran

forma el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que corresponde al principio rector de la contratación en el derecho privado, lo que podría generar eventualmente un menoscabo de los derechos que el Código del Trabajo reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración, cuestión que no es permitida por la Ley N° 21.220.

De la misma forma que la duración de la pandemia es un hecho totalmente fortuito, la disminución de su peligrosidad y, eventualmente, la relajación de las disposiciones de la autoridad es también una posibilidad a tener en cuenta, lo que supondría eventualmente el regreso paulatino a clases presenciales. El contrato de trabajo, por el contrario, tiende a la estabilidad en el tiempo, por lo que la fijación en el mismo de condiciones de teletrabajo no depende de las variaciones de las decisiones administrativas, sino de la voluntad de las partes.

II. Contraloría general de la República y Dirección del Trabajo

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República contenida, entre otros, en los Dictámenes N° 5.324, de 2007, N° 74.521, de 2011, N° 22.813, de 2013, ha concluido que los establecimientos particulares subvencionados son instituciones de carácter privado, de manera tal que el personal que ahí labora no reviste el carácter de funcionario público, siendo dichos empleadores personas jurídicas de derecho privado y, por ende, la función de determinar el sentido y alcance de la legislación laboral a su respecto pertenece a la Dirección del Trabajo. En este sentido, la mencionada Dirección, en su Dictamen N° 1.654, de 2020, dispuso 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 los trabajadores de los establecimientos educacionales manifestar libremente su voluntad sobre prestar servicios en modalidad teletrabajo o trabajo a distancia.*

Por 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 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".

En lo relativo a la situación laboral de los profesionales de la educación que se desempeñen en establecimientos municipales o dependientes de Servicios Locales de Educación Pública, el Ente Contralor ha dispuesto, en su Dictamen N° E102495, de 2021, que tratándose de estos docentes, ellos se rigen por la Ley N° 19.070 (Estatuto Docente), y su vínculo con la Municipalidad o el Servicio Local de Educación Respectivo -si fueron traspasados-, es de naturaleza estatutaria, el que se materializa a través de la dictación de un acto administrativo que incorpora al profesional a una dotación docente, como titular o como contratado, y no a través de la celebración de un contrato de trabajo, razón por la cual no es aplicable la normativa de la Ley N° 21.220.

III. Jurisprudencia

Al respecto no existen pronunciamientos de parte de la Corte Suprema. Si embargo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, en Causa RIT N° I-17-2020, bajo el mismo criterio planteado por la División Jurídica del Ministerio de Educación, acogió la reclamación judicial interpuesta por la Universidad Tecnológica de Chile INACAP en contra de la Inspección Regional del Trabajo de Arica, por haber sido multada al incumplir las exigencias establecidas en la Ley de Teletrabajo respecto de sus funcionarios docentes. En este sentido, la sentencia aluda señala que “[s]e constata que el funcionario nunca tuvo en consideración la situación que afecta a la Universidad respecto de la suspensión de clases presenciales por acto de la autoridad, de la necesidad y obligatoriedad de impartir las clases, y que no concurren los requisitos del trabajo a distancia o del teletrabajo de la Ley N° 21.220, que modifica el Código del Trabajo en esas materias”.

“Por tanto, en la especie no resulta aplicable la Ley N° 21.220, ya que la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en este caso, no surge de un acuerdo entre las partes, y jamás pudo surgir de ello, precisamente por la imposición legal y del acto administrativo, y por tanto la voluntad del empleador quedó sujeta a la fuerza de ambas circunstancias y por ende nunca podrá surgir una convención válida”.

“Además, ninguna de las características de esta modalidad de trabajo, relacionadas en el considerando precedente, pueden cumplirse en el caso de autos, así, las partes no pueden disponer unilateralmente, como tampoco de común acuerdo, volver a las condiciones originalmente pactadas, mientras estén vigentes las medidas de resguardo de la autoridad de salud; no puede existir trabajo presencial en dependencias de la empresa, por la falta de alumnos. Esa imposibilidad se explica únicamente por la circunstancia que no existe teletrabajo o trabajo a distancia en los alcances de la Ley antes citada”.

Luego, en causa Rol N° 99-2020, la Corte de Apelaciones de Arica confirmó la referida sentencia laboral, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por la Inspección del Trabajo aduciendo que *“en la especie no resulta aplicable la Ley N° 21.220, ya que la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en este caso, no surge de un acuerdo entre las partes, y jamás pudo surgir de ello, precisamente por la imposición legal y del acto administrativo, y por tanto la voluntad del empleador quedó sujeta a la fuerza de ambas circunstancias y por ende nunca podrá surgir una convención válida [...] De esta manera, no se divisa en el fallo atacado contradicción alguna en sus razonamientos, para concluir en que si bien existió un trabajo a distancia, la Universidad fue compelida a cumplir esta nueva modalidad de laborar, no siendo procedente la Ley N°21.220 y todos sus efectos.”.*

IV. Dirección del Trabajo y Ley N° 21.342

En primer lugar, es del caso hacer presente que, con fecha 1° de junio de 2021, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.342, que Establece Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral para el Retorno Gradual y Seguro al Trabajo en el Marco de la Alerta Sanitaria Decretada con Ocasión de la Enfermedad de Covid-19 en el País y Otras Materias que Indica, cuyas normas ley se aplicarán durante el tiempo en que esté vigente la alerta sanitaria decretada con ocasión del brote del Nuevo Coronavirus Covid-19.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° de la mencionada Ley, el empleador se encuentra en la obligación de implementar la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- Que la naturaleza de las funciones que preste el trabajador lo permita;
- Que el trabajador consienta en ello; y
- Que el trabajador se encuentre en una de las hipótesis señaladas por la misma norma.

Tratándose del primer requisito, será el empleador el que determinará si la naturaleza de las funciones desarrolladas por el trabajador puede realizarse a través de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Para efectos de dicha determinación, el empleador deberá sujetarse a las funciones señaladas en el respectivo contrato de trabajo a la fecha de la publicación de la Ley N° 21.342, sin que puedan considerarse modificaciones posteriores al día antes indicado y que incidan en la naturaleza de las funciones por el trabajador, a menos que, objetivamente, ellas supongan un mejoramiento de las condiciones de trabajo, como podría ser el aumento de remuneraciones.

Asimismo, el artículo 10° de la referida Ley establece un seguro individual de carácter obligatorio, en favor de los trabajadores del sector privado con contratos sujetos al Código del Trabajo y que estén desarrollando sus labores de manera presencial, total o parcial, conforme lo señalado en el artículo siguiente, para financiar o reembolsar los gastos de hospitalización y rehabilitación de cargo del trabajador, asociados a la enfermedad COVID-19. Se excluyen de esta obligatoriedad, aquellos trabajadores que hayan pactado el cumplimiento de su jornada bajo las modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo de manera exclusiva.

A raíz de lo anterior, la Dirección del Trabajo, mediante Dictamen N° 1.702, de 2021, enfatiza que la contratación de este seguro es obligatoria tanto respecto de aquellos trabajadores sujetos al contrato ordinario de trabajo, como también a los contratos especiales, como ocurre con el contrato de aprendizaje, de trabajadores agrícolas, de trabajadores de casa particular, de trabajadores de empresas de servicios transitorios, alumnos que están desarrollando práctica profesional (siempre que estén sujetos en su relación laboral al Código del Trabajo. Por el contrario, no existe tal obligación cuando se trata de trabajadores del sector público, pues los mismos no están comprendidos en la normativa en análisis.

A juicio de este Ministerio, si bien actualmente la prestación de servicios de los profesionales y asistentes de la educación se realiza por turnos, manera telemática, y adicionalmente de manera presencial, contemplando, además, paralelamente, un régimen mixto, lo anterior se debe a la contingencia generada por el Covid-19, y ha sido dispuesto así mediante el correspondiente acto de autoridad, por lo que no sería aplicable a este respecto las disposiciones de la Ley N° 21.220, y consecuentemente

las de la Ley N° 21.342, por las razones normativas y de jurisprudencia administrativa que pasarán a explicarse.

En la misma línea, la Dirección del Trabajo mediante su Dictamen N° 1.654/2020, de fecha 14 de junio de 2021, ha señalado que *"la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo a distancia o teletrabajo requiere de acuerdo de las partes, es dable concluir que, en términos generales, en ausencia de pacto entre las partes, y sin perjuicios de los 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"*. Frente a, concluye la Dirección del Trabajo, que:

- a) 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 de trabajo a distancia o teletrabajo.
- b) 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 causada por el COVID-19.
- c) 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.

Sin otro particular, saluda a Ud.,



NICOLÁS ORTIZ CORREA
JEFE DIVISIÓN JURÍDICA
*** MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

NOC/JPC

Distribución:

- Indicado
 - Gabinete Ministro
 - Gabinete Subsecretario
 - Of. De Partes División Jurídica
- Expediente 20.748-2021



OFICIO N° 75554
INC.: solicitud

lrg/ogv
S.50°/369

VALPARAÍSO, 25 de junio de 2021

Por orden del señor Presidente de la Cámara de Diputados, cúpleme poner en su conocimiento la petición de las Diputadas señoras CAMILA ROJAS VALDERRAMA, MARCELA SANDOVAL OSORIO, CLAUDIA MIX JIMÉNEZ, MAITE ORSINI PASCAL, CATALINA PÉREZ SALINAS y GAEL YEOMANS ARAYA y los Diputados señores GABRIEL BORIC FONT, JORGE BRITO HASBÚN, MIGUEL CRISPI SERRANO, MARCELO DÍAZ DÍAZ, TOMÁS HIRSCH GOLDSCHMIDT, DIEGO IBÁÑEZ COTRONEO, GIORGIO JACKSON DRAGO y GONZALO WINTER ETCHEBERRY, quienes, en uso de la facultad que les confieren los artículos 9° de la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, y 308 del Reglamento de la Cámara de Diputados, han requerido que se oficie a US. para que, al tenor de la solicitud adjunta, informe a esta Cámara sobre la posibilidad de encomendar a su División Jurídica un análisis de la correcta interpretación que debe darse a la aplicación de la ley 21.342, en las materias que señala, acogiendo los planteamientos que formula.

Me permito hacer presente que, si la respuesta a este oficio contuviere materias reservadas o secretas, deberá señalarlo en forma destacada e indicar el fundamento legal de tal calificación, en cumplimiento a lo ordenado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Lo que tengo a bien comunicar a US., conforme a lo dispuesto en las señaladas disposiciones.

Dios guarde a US.

LUIS ROJAS GALLARDO
Prosecretario de la Cámara de Diputados

AL SEÑOR MINISTRO DE EDUCACIÓN



<https://extranet.camara.cl/verificardoc>



Para: Diputado Diego Paulsen Kehr, Presidente de la Cámara de Diputadas y Diputados.

Oficio: Ministerio de Educación

Materia: Solicita lo que indica

Fecha: 22 de junio del 2021

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y artículo 308 del Reglamento de la Cámara de Diputados y Diputadas, venimos en solicitar que se oficie al Ministerio de Educación, para solicitar lo siguiente:

La Ley 21.342, recientemente aprobada por el Congreso Nacional, regula una serie de cuestiones relativas al retorno gradual y seguro al trabajo presencial en el marco de la pandemia por Covid-19. Dentro de éstas, se establece:

- Obligatoriedad de implementar trabajo a distancia o teletrabajo para las personas de alto riesgo de salud o que cumplan labores de cuidados;
- Protocolo de Seguridad Sanitaria Laboral Covid-19;
- Licencias médicas por Covid-19 -de cualquier naturaleza- que sean pagadas desde el primer día, independiente del tiempo por el cual se otorgue el reposo médico;
- Seguro individual obligatorio de salud asociado al Covid-19, en favor de trabajadores del sector privado, para cubrir costos de hospitalización y rehabilitación.

Al respecto, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación, don Nicolás Ortiz Correa, envió el oficio N°1895, con fecha 14 de junio, a la Directora del Trabajo, doña Lilia Jerez Arévalo, solicitando pronunciamiento jurídico sobre el sentido y alcance de la mencionada Ley, y su aplicación. Asimismo entrega su opinión en las materias consultadas:

“A juicio de este Ministerio, si bien actualmente la prestación de servicios de los profesionales y asistentes de la educación se realiza por turnos, manera telemática, y adicionalmente de manera presencial, contemplando, además, paralelamente, un régimen mixto, lo anterior se debe a la contingencia generada por el Covid-19, y ha sido dispuesto así mediante el correspondiente acto de autoridad, por lo que no sería aplicable a este respecto las disposiciones de la Ley N°21.220, y consecuentemente las de la Ley N°21.342...”

Para argumentar lo anterior, se realiza una distinción entre los trabajadores de la educación que se rigen por estatutos de derecho público y cuya interpretación de la normativa laboral le corresponde a la Contraloría General de la República, y aquellos trabajadores con vínculos laborales



de naturaleza privada cuya interpretación de la normativa laboral corresponde a la Dirección del Trabajo. En ambos casos, por argumentos distintos, a juicio de la cartera, no les aplica la Ley en cuestión:

A) En el caso de profesionales de la educación de dependencia de Servicios Locales de Educación (SLEP) y Municipalidades, se señala que el **vínculo es de naturaleza estatutaria, y que se materializa mediante decreto de incorporación a la dotación municipal, y no a través de la celebración del contrato de trabajo**. En caso de los asistentes de la educación dependientes de los SLEP, se señala que adquieren la calidad de funcionarios públicos; y los asistentes dependientes de Municipalidades, se les aplica normas específicas, y supletoriamente el Código del Trabajo en materias no reguladas. Por su parte, las educadoras de párvulos de dependencia municipal están afectas al Estatuto Docente, y los dependientes de Junji están sujetas al Estatuto Administrativo.

“Por lo anterior, en opinión de esta Secretaría de Estado, todos estos trabajadores se encuentran excluidos de la aplicación de la ley N°21.342”

B) Para el caso de:

1. Profesionales de la Educación, Educadores de Párvulo y Asistentes de la Educación de dependencia de Corporaciones Municipales;
2. Profesionales de la Educación, Educadores de Párvulos, Asistentes de la Educación dependientes de establecimientos particulares subvencionados y particulares pagados, y del D.L. 3166, de 1980, del Ministerio de Educación (administración delegada)
3. Educadores de Párvulos y Asistentes de la Educación dependientes de establecimientos administrados por Fundación Integra, Establecimientos de educación parvulario financiado por Junji Vía Transferencia de Fondos, y Establecimientos Integra administrados por un tercero (CAD);

“En opinión de esta Secretaría de Estado, la obligación de implementar la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia, de conformidad con el Capítulo IX, Título II del Libro I del Código del Trabajo, no son aplicables a los trabajadores enunciados en los números 1, 2 y 3 precedentes, toda vez que la naturaleza propia de las funciones de los profesionales de la educación, educadores de párvulos y asistentes de la educación, de dependencia de derecho privado, como ya fue señalado en el cuerpo del presente informe no permiten la realización de sus funciones en la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia. Si en los hechos, se ha efectuado por la vía telemática y de turnos se debe a la contingencia generada por el Covid-19, y ha sido dispuesto mediante el correspondiente acto de autoridad, a saber, Decreto N°4 de 2020 del Ministerio de Salud y Resolución Exenta N°43, de 2020, de la Subsecretaría de Salud y sus posteriores modificaciones.”



Por otro lado, es relevante mencionar el ordinario de fecha 4 de noviembre de 2020, enviado por el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación a la Dirección del Trabajo, respecto al sentido y alcance de la Ley 21.220, conocida como “Ley de Teletrabajo”, en virtud del cual se señala que esta ley no sería aplicable a docentes y asistentes de la educación, con el mismo argumento estatutario y otros, los cuales, a nuestro juicio, no son lo suficientemente sólidos y coherentes para justificar la exclusión.

La Ley 21.220 modifica el Código del Trabajo, el cual es de aplicación supletoria para docentes y asistentes de la educación, siempre que sus respectivas leyes o estatutos especiales nada digan de un tema en específico. Por lo que en caso que el Estatuto Docente regule las materias de la Ley de Teletrabajo, claramente ésta no aplicaría. No obstante, haciendo un análisis del estatuto, de la Ley 19.464 y de la Ley 21.109 no hay regulación al respecto. Ahora bien, corresponde determinar si la propia Ley 21.220 excluye a los trabajadores del ámbito educativo de su campo de aplicación, situación que tampoco ocurre. Por lo tanto, no se observan razones para la exclusión de docentes y asistentes de la educación de la Ley de Teletrabajo.¹

Respecto al argumento en razón de la falta de voluntad de las partes y el acto de autoridad, que dice relación con la exigencia legal de un acuerdo entre las partes para acordar el teletrabajo, una especie de *conditio sine qua non*, que -en palabras del ministerio- no se daría en el mundo educativo, ya que las clases están suspendidas por un acto de autoridad. Si bien esto es cierto, los establecimientos educativos se encuentran en la misma posición de una empresa en una comuna en cuarentena, un acto de autoridad que imposibilita el cumplimiento presencial de las funciones contratadas. Dicha situación en ningún caso es voluntaria, por lo que siguiendo la misma lógica ningún empleador podría aplicar la ley de teletrabajo.²

Asimismo, aunque el sistema educativo y su normativa esté pensado en la presencialidad, y no permitiría la realización de sus funciones en la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia, tal como lo señala el ordinario N° 1895, en los hechos se ha efectuado por la vía telemática, y por ende, en base al principio de supremacía de la realidad, según el cual, más allá de las expresiones jurídicas siempre debe primar lo que ocurre en la realidad, es menester y pertinente la aplicación de ambas leyes a los y las trabajadoras de la educación.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Educación, pretende dejar fuera a todos los trabajadores de la educación de las regulaciones generales que se han legislado en el contexto de pandemia por Covid-19 para resguardar los derechos de las y los trabajadores. Lo que a nuestro juicio, representa una discriminación y abierta desprotección de garantías y condiciones mínimas para quienes han logrado sostener bajo sus hombros el sistema educativo en un momento tan difícil como

¹ Véase en

<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ley-de-teletrabajo-y-su-aplicacion-a-docentes-y-asistentes-de-la-educacion-del-sector-particular>

² Ibid.



el que vivimos, vulnerando entre otras cosas, el principio de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Asimismo, no han realizado ningún otro tipo de regulación que pretenda hacerse cargo del vacío normativo en el que se encuentran las y los trabajadores de la educación.

Por lo anterior, solicito a la división jurídica del Ministerio de Educación, que en uso de sus facultades interpretativas para asesorar a las autoridades del Ministerio (artículo 11 de la Ley 18.956), se refiera a los puntos mencionados.

Sin otro particular,

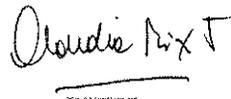
BANCADA FRENTE AMPLIO




FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. CAMILA ROJAS V.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. MARCELA SANDOVAL D.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. GONZALO WINTER E.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. CLAUDIA MIX J.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. TOMÁS HIRSCH G.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. JORGE BRITO H.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. MARCELO DÍAZ D.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. MAITE ORSINI P.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. MIGUEL CRISPÍ S.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. GAEL YEOMANS A.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. GIORGIO JACKSON D.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. DIEGO IBÁÑEZ C.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. CATALINA PÉREZ S.


FIRMADO DIGITALMENTE
H.D. GABRIEL BORIC F.

