



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 139329(894)2022

ORDINARIO N°: 1429 /

Jurídico

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Ley N°21.391. Docentes y Asistentes de la Educación.

RESUMEN:
Las disposiciones de la Ley N°21.391 no resultan aplicables a los docentes y asistentes de la educación toda vez que la enseñanza formal se funda en un sistema cuya base es la presencia o asistencia de alumnos, docentes y asistentes de a educación.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 03.08.2022, de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
2) Correo electrónico de 29.06.2022, de [REDACTED], Coordinador Jurídico, Dirección Regional del Trabajo del Maule.
3) Correo electrónico de 24.06.2022, de [REDACTED], Jefe Administrativo de Colegio Santo Tomás Talca.

SANTIAGO, 18 AGO 2022

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL(S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: [REDACTED]
JEFE ADMINISTRATIVO
COLEGIO SANTO TOMAS TALCA
[REDACTED]
[REDACTED]

Mediante correo electrónico del antecedente 3) se deriva consulta del antecedente 1) por la que solicita se clarifique si durante el período que se extiende desde el 04 al 06 de julio del presente, el docente o asistente de la educación puede acogerse a lo dispuesto en el Dictamen N°1050/18 de 15.06.2022, que fija sentido

y alcance de la Ley N°21.391, que “Establece Modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo para el cuidado de niños y niñas y personas con discapacidad física en los casos que indica”:

Agrega que el Ministerio de Educación en el documento denominado “Orientaciones a las Comunidades Educativas” señaló que dicho período no corresponde a vacaciones de invierno, sino que, se trata de un período de suspensión de clases en el que los establecimientos permanecerán abiertos para la atención de los estudiantes que no puedan permanecer en sus hogares, razón por la cual se entregan orientaciones sobre actividades pedagógicas a realizar.

Señala que como establecimiento educacional están evaluando establecer turnos éticos tanto para docentes como asistentes de la educación sin embargo algunos docentes le consultaron si podían acogerse al referido pronunciamiento y así evitar el turno ético.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

Como una cuestión previa, cabe señalar que mediante el Decreto N°4, de 05.02.2020, del Ministerio de Salud, se declaró estado de alerta sanitaria en todo el territorio nacional por el periodo de un año y se otorgaron facultades extraordinarias a las autoridades del Ministerio de Salud y también a los servicios públicos que integran dicho sector de forma que pudieran adoptar medidas y ejecutar acciones de salud pública como también aplicar otras medidas complementarias, todas ellas destinadas a prevenir y controlar en forma efectiva las posibles consecuencias sanitarias derivadas del brote del nuevo COVID 19.

La última prórroga de la vigencia del Decreto N°4 corresponde a la establecida en el Decreto N°31 de 18.03.2022, del Ministerio de Salud, que lo extiende hasta el 30 de septiembre de 2022, sin perjuicio de la facultad de poner término anticipado a dicho estado si las condiciones sanitarias así lo permiten o de prorrogarlo en caso de que estas no mejoren, conforme lo establece el artículo 10º, del referido Decreto.

Considerando que el aumento en el porcentaje de ocupación de las camas UCI Y UTI Pediátricas de 91% y 84%, respectivamente, producto del adelantamiento de la circulación viral, en conjunto con una circulación de virus VRS, influenza, parainfluenza, entre otros, además del virus SARS-CoV2, el Subsecretario de Salud Pública instruyó mediante Ord. A15 N°2786, de 14.06.2022 a las Secretarías Ministeriales Regionales para que en ejercicio de sus facultades procedieran a dictar los actos administrativos necesarios para suspender las clases una semana adicional a las vacaciones de invierno proyectadas en el calendario escolar vigente del Ministerio de Educación.

Es así como la Secretaría Regional Ministerial Región del Maule procedió a dictar la Resolución Exenta N°12.031 de 18.06.2022 que dispuso la suspensión de clases de todos los establecimientos de educación parvularia, básica y media de la región, desde el 30 de junio y hasta el 6 de julio del año en curso.

Por su parte, el calendario escolar del año 2022 fijado mediante la Resolución Exenta N°1387 de 20.12.2021, del Subsecretario Ministerial de Educación Región

del Maule, estableció que el período de vacaciones de invierno se extendería desde el lunes 11 de julio hasta el 22 de julio de 2022.

A su vez, el Ministerio de Educación, a través de su pág. Web. puso a disposición un documento denominado “Orientaciones a las Comunidades Educativas” en el que señala que se adicionan cinco días de suspensión de clases al receso de invierno establecido para todos los establecimientos educaciones del país de acuerdo a cada calendario escolar regional¹, periodo en que los establecimientos educacionales deben permanecer abiertos puesto que existen familias que requieren de su apoyo, en especial, del servicio de alimentación que proporciona la JUNAEB, como también de apoyo a los estudiantes que por diversas razones no pueden permanecer en sus casas, circunstancias por las que se orientó a los equipos directivos de los establecimientos para organizar turnos con los docentes y asistentes de la educación considerando el horario habitual de funcionamiento de cada establecimiento educacional.

Precisado lo anterior, el artículo único de la Ley N°21.391, incorporó el artículo 206 bis al Título II De la protección de la maternidad, paternidad y la vida familiar”, del Libro II del Código de Trabajo, cuyo texto dispone:

“Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I del presente Código, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de esta prerrogativa.

Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, y adoptare medidas que impliquen el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a los mismos, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. En este caso, el trabajador deberá entregar al empleador una declaración jurada de que dicho cuidado lo ejerce sin ayuda o concurrencia de otra persona adulta.

Esta modalidad de trabajo se mantendrá vigente durante el período de tiempo en que se mantengan las circunstancias descritas anteriormente, salvo acuerdo de las partes.

La misma regla del inciso primero se aplicará para aquellos trabajadores que tengan a su cuidado personas con discapacidad. Esta circunstancia deberá ser acreditada a través del respectivo certificado de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 56 de la ley N° 20.422, al que deberá acompañarse además la correspondiente copia del certificado, credencial o inscripción de discapacidad en el referido registro, emitido por la autoridad competente en los términos de los artículos 13 y 17, ambos de la citada ley, correspondientes a la persona cuyo cuidado tengan. Podrá asimismo acreditarse la discapacidad de esta última a través de la calidad de asignatario de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, conforme a los registros disponibles en el Sistema Nacional de Información de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social.”

¹ Decreto N°289 de 29.07.2010, de Ministerio de Educación, que “Fija normas generales sobre calendario escolar”, dispone en su artículo 8º que: Los Secretarios Regionales Ministeriales, por resolución anual aprobarán la elaboración de un calendario regional, sobre la base de las normas generales contenidas en este decreto, considerando las particularidades de la Región. Asimismo, deberán darlo a conocer a los establecimientos educacionales de su región y enviar una copia a la División de Educación General del Ministerio de Educación, antes del 15 de diciembre del año anterior a su entrada en vigencia.

De la disposición legal transcrita se desprende que en determinadas circunstancias, esto es, cuando la autoridad declare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador se encuentra obligado a ofrecer a los trabajadores que tengan el cuidado personal de al menos un niño(a) en edad prescolar o el cuidado de personas con discapacidad, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I, del Código del Trabajo, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permita.

Asimismo, dispone que, si en las circunstancias antes descritas adoptare medidas que se traduzcan en el cierre de los establecimientos de educación básica o que impidan la asistencia a los mismos, el empleador se encuentra obligado a ofrecer a los trabajadores que tengan el cuidado personal de al menos un niño(a) menor de doce años, la modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permitan.

Con relación a la posibilidad que los docentes y asistentes se puedan acoger a lo dispuesto en el artículo único, en particular, a la hipótesis establecida en el inciso segundo, cabe señalar que el periodo de suspensión de clases adicional al receso de invierno tuvo por objeto resguardar la capacidad de atención de la red de salud de niños, niñas y adolescentes considerando que la red de camas UCI y UTI pediátricas se encontraba saturada procurando con ello que los estudiantes permanecieran en sus hogares sin perjuicio que los establecimientos educacionales debieron mantenerse abiertos, con el objeto de dar respuesta a las diversas realidades de los estudiantes, conforme se describe en el documento "Orientaciones a las comunidades educativas."

Ahora bien, los supuestos que deben concurrir para que el empleador se vea compelido a ofrecer el trabajo a distancia o teletrabajo exigen a su vez que, las funciones desempeñadas por los trabajadores considerando su naturaleza permitan que se ejecuten a través de dicha modalidad.

Lo anterior, supone una calificación previa por parte del empleador, fundada en los criterios que rigen su actuar como cooperador en la prestación del servicio educacional. En tal sentido, la Superintendencia de Educación², señala que:

"Un análisis sistemático de la normativa educacional vigente lleva necesariamente a la conclusión de que el sistema educativo chileno se estructura sobre la base de la prestación educacional de manera presencial, al menos en la enseñanza formal o regular que realizan todos los establecimientos que cuentan con Reconocimiento Oficial del Estado o Autorización de Funcionamiento en el nivel parvulario.

Este requerimiento de presencialidad en la prestación del servicio, concibe el proceso educativo y formativo en el contexto de un aula y al interior de un establecimiento educacional que cumpla con todas las exigencias normativas y que pueda garantizar una relación directa entre docentes, asistentes de la educación y estudiantes o párvulos (...)"

Agrega el referido pronunciamiento que: "(...) la contingencia sanitaria provocada por la propagación del COVID-19 produjo condiciones extraordinarias que debieron ser enfrentadas por el sistema educativo, frente a las cuales se debió hacer uso de prácticas

² Dictamen N°63 de 20.06.2022.

de enseñanza de manera remota, a fin de evitar que los efectos de la pandemia comprometieran la continuidad del servicio, con pleno resguardo del derecho de la salud de todos los miembros de las comunidades escolares.

Jurídicamente, la aceptación y promoción de las actividades pedagógicas remotas fueron justificadas en el actual contexto de pandemia debido a su naturaleza de caso fortuito (...)".

Finalmente, señala que: "(...) las circunstancias especiales vividas a contar del año 2020 han servido para incorporar masivamente en la práctica del sistema educacional, herramientas pedagógicas para la educación remota que no estaban consideradas con anterioridad. Sin embargo, la implementación de este tipo de prácticas sólo procede respecto de situaciones excepcionalísimas que concurren con ocasión de un caso fortuito o circunstancias análogas. Este carácter residual se funda, primero, en que no se ha modificado el panorama normativo vigente que, como se vio, se erige en torno a la presencialidad y; segundo, en que no existe evidencia que permita sostener que la educación por vía remota sea capaz de sustituir todos los beneficios pedagógicos, sociales y emocionales que tienen las clases presenciales, en contraposición a los efectos de los mecanismos telemáticos del aprendizaje y la escolaridad"

De lo anterior se desprende que el sistema educacional se estructura sobre la base de la presencialidad, lo que supone la concurrencia de alumnos, docentes y asistentes de la educación al establecimiento educacional, en cuyas aulas y espacios se desarrollan las clases y el resto de las actividades educativas.

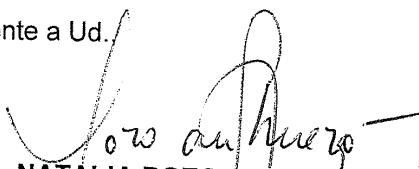
Asimismo, la utilización de medios remotos o telemáticos obedeció a la necesidad de mantener la continuidad en la prestación del servicio educacional y no, a una modificación de la modalidad de enseñanza.

De esta forma, y considerando que la enseñanza formal se funda en un diseño presencial, las disposiciones de la Ley N°21.391 no resultan aplicables a los docentes y asistentes de la educación.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia invocada, cumple con informar a usted:

Las disposiciones de la Ley N°21.391 no resultan aplicables a los docentes y asistentes de la educación toda vez que la enseñanza formal se funda en un sistema cuya base es la presencia o asistencia de alumnos, docentes y asistentes de la educación.

Saluda atentamente a Ud..



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



BP/CAS
Distribución
Jurídico
Partes