

**INFORME SOBRE LA LEGALIDAD DEL DICTÁMEN N° 3445/022 DEL  
DIRECTOR DEL TRABAJO QUE AFECTA A ASISTENTES DE LA  
EDUCACIÓN**

**Antecedentes**

1. El 2 de octubre del año 2018, se publicó la ley 21.109, que estableció el **“Estatuto de los Asistentes de la Educación”** que entiende como tales a todos aquellos trabajadores que laboran en la Educación Pública, **excluyendo la totalidad del personal docente**, el cual se rige por su propio Estatuto.
2. El artículo 56 de dicho Estatuto, incorporado por la ley 21.152, otorgó los beneficios contemplados en el Título III del Párrafo Primero de la Ley 21.109 (artículos 38, 39, 40 y 41) **A TODOS** asistentes de la educación que prestan servicios en los establecimientos todos los particulares subvencionados para los niveles de educación parvularia, básica y media.
3. El dictamen N° 3445/022 del Director del Trabajo de 11 de julio de 2019, estableció que sólo tendrían derecho a aquellos beneficios los asistentes de la educación particular subvencionada que se desempeñaran como profesionales y técnicos “en aula”, negándoles tal derecho a los que laborasen como administrativos y auxiliares.

**Principales disposiciones de aquel Estatuto que rigen la materia del informe.**

4. Cabe, entonces, destacar las siguientes disposiciones:
  - a. **“Artículo 2.- “Son asistentes de la educación, para efectos de esta ley, 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 5° 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.***

***Se considerará asimismo asistente de la educación al personal que cumpla funciones en internados escolares que dependan de los servicios locales”.***

- b. ***“Artículo 39.- 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”.***

- c. **“Artículo 41.- 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.***

- d. **“Artículo 56 (agregado a ésta por la ley 21.152).- 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”.***

- e. ***“Artículo cuarto transitorio inciso segundo: 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:***

***b) A partir del 1 de enero del año 2019, el Párrafo 2° 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”.***

**Derechos que el dictamen N° 3445/022negó específicamente a los administrativos y auxiliares de la educación particular subvencionada.**

5. A este respecto, interesa destacar los siguientes antecedentes:

- a) El Estatuto definió a todos los asistentes de la educación, sin distinción alguna, como quienes colaboran en el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes y en la correcta prestación del servicio educacional, **a través de funciones de carácter profesional**(distintas a las docentes), **técnicas, administrativas o auxiliares.**

- b) La jornada ordinaria de los asistentes de la educación no será superior a 44 horas cronológicas, incluyendo 30 minutos de colación, para aquellos que estén contratados a lo menos con 43 horas, acotando que:
- i. En los casos que la distribución de jornada diaria fuere igual o superior a 8 horas, también incluirá el tiempo de 30 minutos de colación, aun cuando la jornada sea inferior a 43 horas.
  - ii. El tiempo de traslado durante el día realizado entre un establecimiento y otro con un mismo empleador, será considerado como trabajado y será de costo de este último.
- c) El feriado de los asistentes de la educación será entre los meses de enero y febrero -o en el período que media entre término del año escolar y el inicio del siguiente-y, también, durante interrupción de actividades académicas en época invernal, de cada año, debiendo considerarse la posibilidad de que sean convocados a actividades de capacitación hasta por 3 semanas consecutivas. Cabe destacar que la regulación de feriado es para **todos los asistentes de la educación incluyendo profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares.** El legislador no hizo distinciones, y sólo regulo de modo expreso y excepcional ciertas situaciones referidas tareas destinadas a preparar el establecimiento para iniciar el nuevo año académico, y en este caso los días que se laboren deben compensarse.
- d) Ya señalamos que por disposición del artículo 56 del Estatuto de Asistentes de Educación, incorporado por la ley 21.152, los beneficios contemplados en el Título III del Párrafo Primero de la Ley 21.109 (artículos 38, 39, 40 y 41) se extendieron expresamente **A TODOS los asistentes de la educación particular subvencionada, incluidos, obviamente, quienes prestan servicios EN CALIDAD DE ADMINISTRATIVOS Y AUXILIARES.** Es a éstos quienes se les está violentando la garantía constitucional de la igualdad ante la ley que les asegura el artículo 19 N° 2 de la Carta

Fundamental **por causa** del dictamen N° 3445/022 de 11 de Julio de 2019 de la Dirección del Trabajo, norma administrativa que, en definitiva, constituye el acto ilegal y arbitrario del que derivan las situaciones abusivas que están ocurriendo en los hechos.

- e) Por otra parte, es necesario llamar la atención que **todos los asistentes de la educación que prestan servicios como tales en el sector público** en calidad de profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares, desde que los establecimientos en que laboran han sido traspasados a los Servicios Locales de la Educación, gozan **en plenitud y sin distinciones de la totalidad de los beneficios** contemplados en el Título III del Párrafo Primero de la Ley 21.109.

**LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO INFRINGIÓ EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEGALIDAD AL AFECTAR LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE REGULAN LA POTESTAD LEGISLATIVA.**

6. De los artículos 4, 6, 7, 19 N° 2, 10 y 11, 63 N°s 1, 2 y 4 y 64 de la Constitución Política de la República, se desprende que, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, sus modalidades, procedimientos y efectos de ésta, deben ser regulados por ley, al igual que las normas que regulan los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores de la educación, entre los cuales, se encuentran evidentemente, los asistentes de la educación. Aquellas normas otorgan, también, la potestad legisladora, o sea, la competencia para legislar --de manera exclusiva-- al Congreso Nacional y al Presidente de la República, como órganos colegisladores.
7. Sin embargo, a pesar de que existe la señalada reserva legal, la Dirección del Trabajo se atribuyó tal potestad al emitir el Dictamen N° 3445/022 de 11 de Julio de 2019, abocándose, sin habilitación institucional previa, a regular

dichas materias de ley, excediendo así, el marco de las disposiciones legales y constitucionales citadas en los dos numerales precedentes.

8. Con la emisión del señalado dictamen N° 3445/022, el Señor Director del Trabajo ejerció, evidentemente, **“potestades legislativas”** que no tiene. En efecto, en su página 14, después de transcribir el artículo 56 del Estatuto de los Asistentes de la Educación, agregado por la ley 21.152 (ya citado en el numeral 2 precedente), expresa:

*“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 No 19.464, por cuanto sus funciones no son de apoyo al proceso educativo y de aprendizaje”.** (El destacado con negrita y subrayado es nuestro). A renglón seguido, concluye señalando: *“Precisado lo anterior corresponde analizar las normas que el artículo 56 hace aplicable a los asistentes de establecimientos particulares subvencionados”.**

9. De esta manera, el Director del Trabajo **privó** a los asistentes de la educación que se desempeñan como administrativos y auxiliares de los beneficios o derechos contemplados en el **Párrafo 1° del Título III de la ley 21.109**, esto es, de los contemplados en los artículos 38, 39, 40 y 41 de este cuerpo legal.

10. Destacamos que **la arbitrariedad discriminadora y odiosa** del dictamen 3445/022 llega al punto de que --con el fin de que no exista duda de la exclusión que hace de los señalados derechos a los asistentes de la educación que prestan servicios como administrativos y auxiliares--, en su página 16, a continuación del epígrafe “**Feriatos de los asistentes de la educación**” expresa lo siguiente: “*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*”.
11. Es de toda evidencia que dicho acto administrativo, traducido en el dictamen, **excede los márgenes de la interpretación de una ley, o de la fijación de su sentido y alcance** o, como pretende, el Sr. Director del Trabajo, al definir su “**ACTUACIÓN**”, en la página 1, justo, debajo del número del dictamen, “**fijar doctrina**”. En efecto, el citado artículo 56, sin desatender su tenor literal, hace aplicable las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la ley 21.109 **A TODOS** los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos particulares subvencionados sin hacer **NINGUNA DISTINCIÓN** entre aquéllos que cumplen labores relacionadas con el proceso de aprendizaje y de mejoramiento de la educación y aquellos que cumplen funciones administrativas o auxiliares en dichos establecimientos.
12. Es más, examinando la historia fidedigna del establecimiento de la ley, solamente, cuando se pretendió introducir una distinción entre los asistentes profesionales y técnicos de la educación y los administrativos y auxiliares, ello no prosperó. Quedó, después en evidencia, durante toda la discusión en el Congreso, una suerte de acuerdo transversal de los parlamentarios, en orden a otorgar los beneficios del Título III del Párrafo Primero de la ley

21.109, **a todos** los asistentes de la educación, sin distinguir la función que desempeñasen.

13. Es, aun más, porque los asistentes que prestan servicios como administrativos y auxiliares **en establecimientos públicos (ya traspasados a los Servicios Locales)** de Educación Parvularia, Básica y Media gozan, sin discusión, de los derechos de jornada de 44 horas, colación de una hora y del feriado, establecidos en los artículos 39 y 41 de la Ley 21.109, respectivamente, derechos que, por la vía de **“fijar doctrina”** o de la interpretación administrativa de la ley (de su artículo 56), mediante el dictamen recurrido, se les **“expropia”** a los administrativos y auxiliares que cumplen **las mismas labores en los establecimientos particulares subvencionados**.

14. En consecuencia, la distinción de **“carácter expropiatorio”** que realiza el dictamen N° 3445/022 del Director del Trabajo entre tales dos “categorías” de asistentes de la educación, **no fija el sentido y alcance de la ley, no la interpreta y tampoco “fija doctrina”, sino que, simplemente, MODIFICA la ley, en cuanto introduce una distinción no querida ni formulada por el legislador,** tanto, porque los asistentes de la educación están definidos en el artículo 2 de la ley 21.109, incluyendo **a todos los que prestan servicios no docentes** como, porque el mismo artículo 56 **no hace distinción alguna**. Genera, además, una **inequívoca discriminación y, con ella, la afectación del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política del Estado**, como veremos.

15. De este modo podemos llegar a una conclusión evidente: Este dictamen, es hecho y un acto ilegal y arbitrario, porque violenta el principio de reserva de legalidad, pero que puede dar pie a acciones cautelares, porque su consecuencia fue la privación inmediata y efectiva de los derechos que gozaban los administrativos y auxiliares de la educación particular

subvencionada, **discriminándolos**, sin causa, respectos de los asistentes que cumplen funciones profesionales y técnicas.

16. El dictamen, en definitiva, es ilegal y arbitrario por tres razones:

- a) Infringió gravemente el **“principio de reserva legal”**, porque **“legisló”**, **arrogándose facultades**, sobre materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, y de seguridad social de los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados, en los niveles de educación parvularia, básica y media, categorización que, también, formula el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental. Tales materias, forman parte de la esfera propia de la ley, conforme lo mandata expresamente la Constitución, específicamente, en su artículo 63 N° 4. Así, **en el dictamen recurrido “se regularon administrativamente” materias legales mediante normas infra reglamentarias;**
- b) El Director el Trabajo lo emitió fuera del ejercicio de sus potestades, en tanto ha actuado sin tener competencias para ello, pues los únicos facultados para legislar son el Congreso Nacional y el Presidente de la República; Y,
- c) Trajo como consecuencia su inmediata aplicación por parte de los empleadores, **vulnerando derechos indubitados ya adquiridos** por administrativos y auxiliares de la educación particular subvencionada, en virtud del artículo 56 de la ley 21.109, lo que es de una gravedad tal que puede dar pie para que los asistentes de la educación afectados o sus organizaciones ocurran a los tribunales mediante recursos o acciones cautelares de sus derechos y beneficios conculcados.

Luis Eduardo Thayer Morel  
Abogado