



UNIVERSIDAD DE CHILE

Magíster Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Proyecto AFET

**LA PROBLEMÁTICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS COLEGIOS
PARTICULARES SUBVENCIONADOS**

Manuel Torres Sagredo
Santiago, 06 julio de 2021

ÍNDICE

1) Introducción

Derecho Laboral Educativo	4
---------------------------	---

2) Negociación Colectiva en Educación

a) Concepto de Negociación Colectiva	7
b) Panorama General de la Negociación Colectiva en Educación	11
c) El núcleo esencial del derecho a negociar colectivamente	12
d) La contraparte de los trabajadores en la negociación colectiva	14

3) La Negociación Colectiva y la Libertad de Enseñanza

a) El empleador y la libertad de enseñanza	16
b) El sostenedor y la libertad de empresa	20

4) La nueva realidad normativa como desafío para la Negociación Colectiva en Colegios Particulares Subvencionados

a) Contexto para la aplicación del artículo 304	22
b) Problemáticas que surgen para la negociación colectiva en colegios particulares subvencionados	24
c) Financiamiento de los colegios particulares subvencionados	25

5) Límites del sistema educacional a la negociación colectiva

a) La Carrera Docente	32
b) La composición de los beneficios pactados en un contrato colectivo educacional	40

c) Manifestaciones de la consolidación de la negociación colectiva en los colegios particulares subvencionados	42
6) Opinión de otros autores	
a) La postura expansiva	44
b) La postura restrictiva	45
c) Nuestra postura. El camino hacía una negociación ramal docente	54
d) La Paritaria Nacional Docente: Negociación ramal docente en Argentina	60
7) Conclusiones	63
8) Referencias Bibliográficas	66

1) Introducción

Derecho Laboral Educativo

El rubro educativo secundario ha sido fuertemente regulado en los últimos 10 años. Principalmente, en el ámbito propiamente educativo, pero también en el ámbito laboral. De hecho, este rubro cuenta con una ley especial en la materia, esto es, la Ley N° 19.070, conocido como estatuto docente.

En el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se impulsaron 3 grandes reformas: en materia tributaria, laboral y educativa. Las dos últimas tuvieron un impacto directo en los colegios. En esta etapa de reformas, dada la envergadura de las modificaciones, y la cantidad de leyes modificadas, fue posible observar el reforzamiento de instituciones jurídicas laborales al momento de crearse estas normas. Por ejemplo, a pesar de que el Código del Trabajo, en el artículo 4° inciso 3° establece que: *“Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”*, y de existir jurisprudencia en este sentido¹; al momento de dictarse la Ley N° 20.845, conocida como Ley de Inclusión Escolar², el legislador consideró igualmente necesario reiterar el espíritu de la misma institución jurídica, entendemos constatando la ley como fuente de la solidaridad, al señalar en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.845, denominada Ley de Inclusión, que:

“Quien haya transferido su calidad de sostenedor y la persona jurídica sin fines de lucro que la haya adquirido, serán solidariamente responsables por

¹ Véase: Jurisprudencia Judicial: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de noviembre de 2009, Rol 390-2009. Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2007, Rol 1457-2007. Jurisprudencia administrativa: Ordinario N° 3522/066, de 07.08.2006. Ordinario N° 0849/28, de 28.02.05.

² Ley N° 20.845, de inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del estado, promulgada el 29-05-2015; publicada el 08-06-2015; entrada en vigencia 01 de marzo de 2016. Modificada por las leyes: N° 20.993, de fecha 28-01-2017; N° 21.040, de fecha 24-11-2017; N° 21.052, de fecha 28-12-2017; N° 21.104, de fecha 06-08-2018; N° 21.152, de fecha: 25-03-2019.

todas las obligaciones laborales y previsionales, contraídas con anterioridad a la transferencia.

En ningún caso la transferencia de la calidad de sostenedor alterará los derechos y obligaciones de los trabajadores, ni la subsistencia de los contratos de trabajo individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo que los rijan, los que continuarán vigentes con el nuevo empleador, para todos los efectos legales, como si dicha transferencia no se hubiese producido”.

Como es posible observar, el espíritu es el mismo, esto es, que independiente de la calidad del nuevo empleador en clave laboral o el nuevo sostenedor en clave educacional, los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores, no experimentan variación alguna, debiendo soportar la nueva persona jurídica que asuma la titularidad de la calidad de empleador, los derechos que pertenecen a los trabajadores.

Otro ámbito en que es posible percibir la nueva realidad o la especificidad del estatuto especial de los trabajadores de la educación, es que para aquellos trabajadores que no realizan funciones docentes, igualmente cuentan con norma especial, que es la Ley N° 19.464, que rige a los denominados asistentes de la educación. Supletoriamente a esta norma, se aplica a los asistentes de la educación lo dispuesto en el Código del Trabajo. Sin perjuicio de ello, para los asistentes de la educación del sector público se dictó una ley especial, la ley N° 21.109, que establece un estatuto de los asistentes de la educación pública, resultando aplicable algunas normas de este estatuto a los asistentes de la educación del sector particular subvencionado³.

Durante el presente año, también se ha podido advertir la complejidad del estatuto especial del rubro educacional y las incompatibilidades que surgen con las normas laborales comunes. Por ejemplo, se discute actualmente si la ley de teletrabajo resulta aplicable o no a los trabajadores de este sector. Entre otras cosas, porque

³ Por ejemplo, el artículo 41 de la misma Ley, por mandato de la Ley N° 21.152, denominada Ley Miscelánea.

la suspensión de clases fue decretada por un acto de autoridad, a través de la dictación del Decreto Exento N°88 del Ministerio de Hacienda publicado en el Diario Oficial el día 08 de abril de 2020, que, en definitiva, suspendió las clases presenciales en los establecimientos de todo el país a raíz de la pandemia por Covid-19. La instrucción a realizar las clases desde el hogar, no fue por acuerdo entre las partes como requiere el artículo 152 quáter G., del Código del Trabajo, por el contrario, se sostiene es por acto de autoridad, por lo que, entre otros argumentos, el teletrabajo en los términos de la Ley N° 21.220 de fecha 26 de marzo de 2020, no aplicaría al rubro educacional en la situación actual⁴.

Otra problemática, es que la doctrina recientemente ha comenzado a prestar atención a este rubro y sus normas especiales. Por lo que el autor de una investigación debe comenzar su estudio sin encontrar mayor desarrollo en publicaciones e investigaciones en el área. Por ejemplo, la cátedra no existe en las mallas de derecho, no existe un manual en el cual apoyarse para el estudio e investigación de esta nueva rama del derecho.

Así las cosas, es claro que estamos ante un rubro que requiere estudio y publicaciones orientadas a abordar las problemáticas que en la práctica está dando a jueces, abogados, empleadores, trabajadores, sindicatos, etc. Ya que es un área que comienza a demandar dedicación y especialización para la resolución de los conflictos sometidos, por ejemplo, al conocimiento de los tribunales de justicia, o incluso al ente regulador, en este caso, la Dirección del Trabajo, ante la interposición de una fiscalización o en el ejercicio de la facultad de interpretación de la ley.

Hay quienes incluso comienzan a levantar la necesidad de establecer en las mallas de la carrera de derecho y pedagogía la inclusión de un ramo denominado: Derecho Educacional, en tanto, los estudiantes puedan acceder al conocimiento de las normas básicas que regulan esta área.

⁴ Al respecto, ver: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/laboral-personas/justicia-se-alinea-con-mineduc-y-senala-que-establecimientos/2020-11-26/120908.html> Última visita: 14-12-2020. Así también: Ordinario 1895 de 14 de junio de 2021, Ministerio de Educación. Dictamen 1654 de 14 de junio de 2021, Dirección del Trabajo. Dictamen N° 102.495 de 2021, Contraloría General de la República.

En definitiva, es posible determinar que los derechos laborales en el rubro educacional requieren profundización y análisis, lo cual será foco del presente documento que busca abordar una de las tantas problemáticas que surgen en la necesaria armonía que debe existir entre las normas generales –Código del Trabajo- y las normas especiales –estatuto docente, ley de subvenciones- para efectos de no entorpecer el ejercicio de los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores y trabajadoras de este rubro.

En este contexto de nuevas normas, una de las problemáticas en el rubro educacional, se centra en el ámbito de la negociación colectiva, siendo objeto de cuestionamientos el mantenimiento o derogación de ésta, para el sector particular subvencionado. Principalmente, debido a que las nuevas normas dan lugar a revisar el artículo 304, en que se dispone la autorización a negociar colectivamente para el sector particular subvencionado, a pesar que con la nueva normativa su presupuesto será casi exclusivamente de carácter público. En el presente trabajo se abordará esta problemática, analizando las escasas visiones en la materia, para luego proponer una postura al respecto, en este nuevo y dinámico escenario normativo para el rubro educacional.

2) Negociación Colectiva en Educación.

a) Concepto de Negociación Colectiva

Luego de la Ley N° 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales, se modificó, entre otras normas, el libro IV del Código del Trabajo y, específicamente, la Negociación Colectiva en Chile. A partir de esta reforma, ya no existe una definición legal de este derecho fundamental. Por lo cual nos queda acudir a la doctrina para efectos de determinar qué entenderemos por Negociación Colectiva.

Según los profesores Eduardo Caamaño y José Luis Ugarte, *“la negociación colectiva es una institución propia del Derecho del Trabajo, reconocida por las legislaciones de los distintos países, pero anterior a él, que persigue armonizar los intereses contradictorios de los actores laborales (trabajadores y empleadores organizados colectivamente), para que, de común acuerdo y con plena autonomía, fijen los salarios y condiciones de trabajo en conformidad a los procedimientos que establecen las respectivas legislaciones”*⁵.

Para el profesor Rodolfo Caballero, la negociación colectiva *“es un procedimiento, pero también un derecho fundamental, que se enmarca dentro de la trilogía que compone la libertad sindical, la que, junto con la huelga y la sindicación, busca equilibrar la asimetría que caracteriza a la relación entre empleador y trabajador”*⁶.

Para los profesores Francisco Walker y Pablo Arellano, resulta necesario hacer una distinción en un sentido amplio y uno restringido para comprender lo que entenderemos por negociación colectiva. De este modo, en un sentido amplio, entenderemos por tal *“la que se efectúa entre los trabajadores organizados y los empleadores y/o el Estado con el objeto de lograr acuerdos a nivel de establecimiento, de empresa, de profesión o de industria, de la región o de la nación, en materias que interesan a los trabajadores”*⁷. En un sentido restringido, la negociación colectiva *“se circunscribe al objetivo de lograr un mejoramiento de condiciones de trabajo y de vida y que culmina en un instrumento denominado indistintamente por los diversos textos legales de los países como contrato colectivo, convenio colectivo, convención colectiva o actas de avenimiento, según los casos”*⁸. Esta negociación colectiva restringida, de conformidad al artículo 2° del Convenio N° 154 de 1981 de la Organización Internacional del Trabajo, tienen por finalidad:

1. Fijar condiciones de trabajo o empleo;

⁵ CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis. Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Editorial LegalPublishing. Santiago, 2008. P. 32.

⁶ CABALLERO Muñoz, Rodolfo. Derecho Colectivo del Trabajo. DER Ediciones. Santiago, 2018. P. 57.

⁷ WALKER Errázuriz, Francisco; Arellano Ortíz, Pablo. Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo. Editorial Librotecnia. Santiago, 2014. P. 661.

⁸ *Ibidem*.

2. Regular relaciones entre empleadores y trabajadores; y
3. Regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una o varias organizaciones de trabajadores.

Así también, es usual una asimilación entre negociación colectiva y conflicto colectivo. A pesar de que, como compartimos con los profesores Walker y Arellano, son distintos, ya que es posible que *“se produzca una negociación colectiva por el mecanismo de la negociación colectiva directa con o sin la presencia del Estado, sin que produzca un conflicto entre las partes que derive en una huelga o en un lock-out y sin que sea necesario recurrir a mecanismos jurisdiccionales o voluntarios de solución de conflictos”*⁹. Cuestión que compartimos, pero consideramos es la excepción, y como se señalará más adelante, consideramos que la negociación colectiva es un procedimiento que permite solucionar el conflicto colectivo entre empleador y trabajador.

Por otra parte, el artículo 306 del Código del Trabajo¹⁰, señala las materias que son objeto de una negociación colectiva, pudiendo señalarse como tales:

- a) Remuneraciones
- b) Otros beneficios en especie o en dinero y,
- c) Condiciones comunes de trabajo.

A partir de la Ley N° 20.940, las negociaciones colectivas podrán incluir:

- a) Acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares,
- b) El ejercicio de la corresponsabilidad parental,
- c) Planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa,
- d) Acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad,

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Como una manifestación del carácter restrictivo y casi mezquino del ámbito o materias que son objeto de una negociación colectiva, es sostenido por los profesores Caamaño y Ugarte, todo previo a la Ley N° 20.940, quienes señalan: *“se asume un contenido limitado de la negociación colectiva, referido a condiciones de trabajo con un contenido pecuniario y a beneficios asistenciales que, en definitiva, ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales”*. CFR. CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis. P. 52-56.

- e) Acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, Constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, Mecanismos de solución de controversias,
- f) Entre otros.

En clave educacional, podríamos ejemplificar cada uno de la siguiente manera:

1. Remuneraciones: Sueldo base. Reajustes, bonos, etc.
2. Otros beneficios en especie o en dinero, bonos de locomoción y colación, canasta de mercadería fiestas patrias y/o navidad, regalo día del profesor, desayuno proporcionado por el empleador, aporte sindical anual, financiamiento paseo fin de año, etc.
3. Condiciones comunes de trabajo. Fijar como fecha de despidos de contratos indefinidos, el mes de noviembre de cada año de vigencia del respectivo instrumento colectivo dando aviso previo al Sindicato, esto mismo para el caso de la renovación o no de los contratos a plazo por el año laboral docente, adelantar el feriado legal anual, o establecer uno para las vacaciones de invierno o fiestas patrias adicional al legal, capacitaciones específicas, etc.
4. Acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares. Esto es nuevo y no tiene gran desarrollo, pero es posible señalar que las horas no lectivas puedan ser desarrolladas desde el hogar.
5. El ejercicio de la corresponsabilidad parental. Otorgamiento de los denominados días administrativos para esta función.
6. Planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa. Otorgamiento de becas o subvención de capacitación y perfeccionamiento en igualdad de oportunidades para profesores y profesoras.
7. Entre otros.

b) Panorama General de la Negociación Colectiva en Educación

En la última década se ha observado un incipiente auge de sindicalización en el rubro educacional. Es posible observar un aumento en la cantidad de Sindicatos de base, existiendo, incluso, más de un sindicato en un mismo establecimiento educacional.

Según el anuario estadístico 2018 de la Dirección del Trabajo, la cantidad de instrumentos colectivos vigentes al 31 de diciembre de 2018 y trabajadores involucrados, en el rubro de enseñanza, es de 929 instrumentos y 80.713 trabajadores involucrados. Siendo el cuarto rubro con más participación, de un total de 22, estando por debajo de: a) Comercio al por mayor y al por menor, de vehículos automotores y motocicletas, con un total de 167.088 trabajadores involucrados; b) Industria manufacturera, con 127.423 trabajadores involucrados; c) Transporte y Almacenamiento, con un total de 83.581 trabajadores involucrados.

De acuerdo a la cantidad de instrumentos colectivos que iniciaron su vigencia durante el mismo año, en Enseñanza se celebraron 338 instrumentos colectivos, teniendo una participación de 27.753 personas, siendo 8.406 hombres y 19.347 mujeres¹¹. Siendo el cuarto rubro con más participación, de un total de 22, estando por debajo de: a) Comercio al por mayor y al por menor, de vehículos automotores y motocicletas, con un total de 64.041 trabajadores involucrados; b) Industria manufacturera, con 45.140 trabajadores involucrados; c) Transporte y Almacenamiento, con un total de 32.137 trabajadores involucrados.

Todo lo cual, evidencia que la sindicalización en Enseñanza y/o Educación, está en plena expansión, siendo importante la atención, estudios e investigación en la materia.

¹¹ Anuario Estadístico 2018, Negociación Colectiva, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. P. 11. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-118687_archivo_01.pdf Última visita: 12-12-2020.

c) El núcleo esencial del derecho a negociar colectivamente

Importante es analizar la consagración actual del derecho a negociar colectivamente, para efectos de determinar si en el ámbito educacional, ante la realidad anteriormente expuesta, se vulnera o lesiona el contenido esencial de este derecho.

El artículo 19 N° 16 de la Constitución, respecto a la negociación colectiva consagra lo siguiente:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

N° 16, Inciso 5°: La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

El núcleo esencial del derecho, en el ámbito que nos referimos, consiste en que la negociación colectiva como derecho de los trabajadores, esto es, la redacción actual del texto, art. 19 N° 16, utiliza el concepto “laboren”, y “*así como la historia fidedigna del establecimiento de la norma, no dejan lugar a dudas sobre este punto: la negociación colectiva es un derecho de los trabajadores en el marco de la relación laboral*”¹². Por tanto, más adelante se aborda la identificación de la contraparte de los trabajadores en educación. Pero en una etapa inicial, la negociación colectiva procede para el personal docente y asistente de la educación de establecimientos educacionales sujetos a contrato de trabajo.

“De alguna forma la Constitución está señalando que este es el mecanismo apto para que empleadores y trabajadores obtengan mejores condiciones de trabajo,

¹² IRURETA Uriarte, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un Análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado. Edición II, N° 9, 2006. P. 160.

*empleo y remuneración, cuestión que convierte a este derecho constitucional en una figura clave y preferencial (aunque no exclusiva) en la resolución de los conflictos colectivos”*¹³. Más adelante se abordará la cuestión de si esta pretensión se ve satisfecha con la nueva normativa, o se afecta el núcleo esencial para lo cual existe y se consagra la negociación colectiva para los colegios particulares subvencionados. Sin embargo, se debe recalcar que al final del día, este procedimiento tiene por finalidad sin duda mejorar las condiciones comunes de trabajo como el ámbito remuneracional de los trabajadores que laboren en este rubro, siendo una vía idónea que los trabajadores se organicen colectivamente para este fin.

Ahora bien, es claro que la constitución no establece un modelo cerrado o exhaustivo de la negociación colectiva. Por el contrario, hace el reenvío a la ley para regular el ejercicio de este derecho, y el procedimiento para entender que se está ante una negociación colectiva. Por ejemplo, el Código del Trabajo, señala quiénes pueden negociar, las materias que serán objeto de negociación entre las partes, el instrumento en que se plasmará un eventual acuerdo, los plazos a los cuales se sujetará el proceso, las consecuencias en caso de incumplimiento, la información que deberá entregar una parte y conocer la otra para enfrentar el proceso, etc. En cualquier caso, dicha regulación no puede jamás limitar o entorpecer el ejercicio del derecho, en cuyo caso estaría afectando su contenido esencial.

“La consagración de este derecho obliga a pre-configurar un ejercicio conjunto del mismo por parte de los actores sociales, ya que el mandato constitucional trae aparejada la necesidad de que ambos contratantes regulen sus respectivas relaciones de trabajo, sin que pueda pretenderse una imposición de condiciones por algunas de las partes intervinientes. De esta forma, habrá que precisar que el deber de negociar colectivamente (duty to bargain) termina siendo una garantía de carácter legal para determinados casos, pero no constitucional. El inciso quinto lo

¹³ *Ibíd.* P. 162-163.

que hace, en verdad, es reconocer un derecho a los trabajadores, sin establecer paralelamente un deber de negociar de la contraparte”¹⁴.

Por tanto, a partir de lo anterior es posible sostener que no se requiere una modificación constitucional para efectos de consagrar el derecho de la negociación colectiva de los trabajadores. Por el contrario, la misma carta fundamental hace el reenvío de la regulación del ejercicio del derecho al legislador, lo cual hace precisamente a través del artículo 304 del Código del Trabajo. Ahora bien, la pregunta no es si es posible negociar o no, por el contrario, la duda se traslada a determinar con quién deben hacerlo los trabajadores de establecimientos educacionales cuyo empleador reciba fondos estatales para efectos de desarrollar la actividad educacional que le es propia. Ante lo cual, anticipándonos a los siguientes capítulos, creemos debe ser el Estado y no el sostenedor educacional o una mixtura entre ambos.

d) La contraparte de los trabajadores en la negociación colectiva

La Constitución en el artículo 19 N° 16 señala que “La negociación colectiva con **la empresa en que laboren** es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”.

No debe pensarse la negociación colectiva referida únicamente con la empresa en que efectivamente presta servicios bajo subordinación y dependencia un trabajador, o en otras palabras, no debe pensarse que la Constitución, está circunscribiendo el conflicto únicamente a la figura de una sola organización, es decir, la empresa. *“Siguiendo una tendencia que data de los orígenes de nuestra legislación social, el Código Político establece que el derecho a negociar es “con la empresa” en que laboran los trabajadores, y no con otras organizaciones productivas con las cuales el trabajador no mantiene un vínculo de laboralidad”¹⁵.* Por tanto, no debe entenderse que la negociación está restringida únicamente a la noción de

¹⁴ *Ibíd.* P. 161.

¹⁵ *Ibíd.* P. 168.

empleador. Puede extenderse, por ejemplo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Código del Trabajo, dos o más empresas que cumplan con los requisitos allí señalados, se declarará judicialmente que son un empleador único, más allá de la personalidad jurídica que ostente la calidad de empleador. A mayor abundamiento, dado que el concepto de empresa es amplio, se puede extender la obligación de negociar colectivamente a empleadores que en el papel o estructura societaria, en principio, no están vinculadas, pero que a partir la constatación de cierto comportamiento pueden ser tratados para estos efectos como un único empleador, con el cual es posible negociar.

“El término empresa no está definido y, en verdad, sería bastante riesgoso que la Constitución pretendiera hacerlo ya que la empresa es ante todo una realidad sociológica y económica, pero no jurídica. Su realidad organizativa es cambiante en el tiempo por la introducción de nuevas tecnologías y nuevas formas de funcionamiento, y petrificar un concepto precisamente en la Constitución terminaría provocando un divorcio evidente entre Derecho y realidad”¹⁶. De allí que la intervención legal deba ser vista como un marco lo suficientemente apto y flexible para permitir el libre juego de los grupos organizados, así como del empleador, asegurando la autonomía de los agentes involucrados. Un intervencionismo riguroso y excesivo desnaturalizaría el mandato constitucional, y desvirtuaría la función normativa que se le otorga a la propia negociación colectiva¹⁷.

Esto último, es relevante para efectos de determinar si esta extensión podría alcanzar al Estado, en circunstancias que el mismo financia en un 100% a los establecimientos particular subvencionados. Previo a ello, revisaremos quién es actualmente la contraparte de los docentes y asistentes de la educación en el marco de una negociación colectiva.

¹⁶ *Ibíd.* P. 169.

¹⁷ CFR. *Ibíd.*em.

3) La Negociación Colectiva y la Libertad de Enseñanza

A continuación, daremos cuenta de la importancia que juega en la normativa laboral y, en definitiva, en el ejercicio del derecho a negociar colectivamente un derecho fundamental específico para el rubro educacional.

a) El empleador y la Libertad de enseñanza

El derecho de libertad de enseñanza, se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 11 de la Constitución Política de la República, a saber:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

11º.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional(...).

(...) Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.

Pues bien, es posible observar que la facultad de abrir, mantener y organizar el respectivo establecimiento educacional da vida o viene a ser el corazón de la libertad de enseñanza. Luego de abrir, el sostenedor de mantener y organizar dicha institución, debe cuidar mantener el reconocimiento oficial del Estado¹⁸.

¹⁸ El reconocimiento oficial del Estado es el acto administrativo en virtud del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular, y de ejercer los demás derechos que le confiere la ley. Art. 45 inciso 1° Decreto con Fuerza de Ley N° 2/02 de julio de 2010, Ministerio de Educación, fija texto refundido,

¿Quién es el titular de abrir mantener u organizar colegios? En términos educacionales: el sostenedor. La propia ley define quién es el sostenedor: *Serán sostenedores las personas jurídicas de derecho público, tales como municipalidades y otras entidades creadas o reconocidas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación. El sostenedor será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional*¹⁹²⁰.

El mantenimiento y la organización del establecimiento educacional se encuentra regulado, en términos generales, en el artículo 46 del DFL 2 de julio de 2010²¹, en donde el sostenedor para obtener y mantener el reconocimiento oficial del estado, deberá cumplir siempre una serie de requisitos para efectos de continuar ejerciendo la libertad de enseñanza. Dentro de los cuales, destacamos para objeto del presente trabajo, la obligación de ser una persona jurídica, con objeto único educacional²² y *tener el personal docente idóneo que sea necesario y el personal asistente de la educación suficiente que les permita cumplir con las funciones que les corresponden, atendido el nivel y modalidad de la enseñanza que impartan y la cantidad de alumnos que atiendan*²³. Los trabajadores de este rubro deben cumplir

coordinado y sistematizado de la ley nº20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ En idénticos términos, se reitera esta concepción en el artículo 3º del Decreto Supremo 315, que señala: *Todo establecimiento educacional deberá tener un sostenedor, quien será una persona jurídica de derecho público, tales como municipalidades y otras entidades creadas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación. El sostenedor será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional.* Asimismo, se insiste en esta misma idea con idénticas redacciones en el artículo 2º de la Ley de subvenciones y en el artículo 6º inciso primero del Decreto Supremo Nº 8.144.

²¹ *Ibíd.* Entre otros debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) Tener un sostenedor. 2) Contar con un proyecto educativo. 3) Cefñirse, en los programas de estudio que apliquen, a las bases curriculares elaboradas por el Ministerio de Educación. 4) Contar con un reglamento de evaluación y promoción. 5) Comprometerse a cumplir los estándares nacionales de aprendizaje. 6) Contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar. 7) Tener el personal docente idóneo que sea necesario y el personal asistente de la educación suficiente que les permita cumplir con las funciones que les corresponden, atendido el nivel y modalidad de la enseñanza que impartan y la cantidad de alumnos que atiendan. 8) Acreditar un capital mínimo pagado, en proporción a la matrícula proyectada. 9) Acreditar que el local en el cual funciona el establecimiento cumple con las normas de general aplicación, previamente establecidas. 10) Disponer de mobiliario, equipamiento, elementos de enseñanza y material didáctico mínimo, adecuados al nivel y modalidad de educación que pretendan impartir.

²² Art. 46 letra a); Decreto con Fuerza de Ley Nº 2/02 de julio de 2010, Ministerio de Educación, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005.

²³ *Ibíd.* Art. 46 letra g). Misma exigencia se repite en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 315 del Ministerio de Educación.

con competencias y requisitos especiales, dentro de los cuales destacamos: *Los docentes, habilitados conforme a la ley y el personal asistente de la educación deberán, además, poseer idoneidad moral, entendiéndose por tal no haber sido condenado por crimen o simple delito de aquellos a que se refiere el Título VII del Libro II del Código Penal, o la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, o la ley N° 20.066, que sanciona la violencia intrafamiliar, ni a la pena de inhabilitación establecida en el artículo 39 bis del Código Penal*²⁴. Destacamos esta exigencia, toda vez que, en la organización del establecimiento educacional, es el sostenedor el encargado de verificar estos requisitos al momento de la contratación de este personal.

Tomando en consideración estas características del sostenedor a partir de las normas educacionales citadas, es posible asimilar al sostenedor, a la noción de empleador, y al colegio empresa o empleador indicado en el artículo 3° del Código del Trabajo²⁵, toda vez que es una persona jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de docentes y asistentes de la educación en virtud de un contrato de trabajo, para mantener y organizar establecimientos educacionales.

Asimismo, resulta totalmente aplicable a esta actividad la noción de empresa, toda vez que la labor de mantener y organizar establecimientos educacionales, trata de una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un sostenedor, para el logro de fines económicos (colegios particulares pagados) o benéficos (por ejemplo, particulares subvencionados, ya que como se citó anteriormente, el sostenedor debe ser una persona jurídica sin fines de lucro), dotada de una individualidad legal determinada.

Ahora bien, si se tuviese que calificar el vínculo del personal docente y asistente de la educación, no queda duda que el trabajo se presta al modo subordinado, o es de carácter laboral. Al respecto, coinciden indicios suficientes de laboralidad para

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Art. 3° Código del Trabajo: *Para todos los efectos legales se entiende por:*

a) *empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo (...)*

Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

calificarla de este modo, a saber: el más potente, la existencia material de un contrato de trabajo; pago de remuneración mensual; pago de cotizaciones previsionales; la forma y el contenido de entregar los aprendizajes a los alumnos y alumnas lo organiza y dirige el sostenedor, a partir de lo declarado en su Proyecto Educativo; lo anterior el sostenedor lo fiscaliza a través de las planificaciones y las evaluaciones; marcaje de jornada, pago de horas extraordinarias; etc.

En el marco de esta organización, el sostenedor está dotado de los poderes típicos que detenta el empleador, dentro de los cuales se encuentra:

a) La potestad de mando, consistente en que *el “empleador puede dirigir el trabajo, dar órdenes generales y particulares, puede controlar, fiscalizar y supervigilar la ejecución del trabajo, especificar las prestaciones de su empleado, etc”*²⁶. Es así, como el sostenedor puede solicitar modificaciones al calendario escolar, adelantando o retrasando el inicio o el término del año escolar, y por extensión, las vacaciones del personal docente y asistente de la educación. Así también, puede señalar la forma en que se otorgarán los aprendizajes a los alumnos y alumnas, organiza las estrategias pedagógicas a desarrollar conforme a los distintos niveles, etcétera.

b) La potestad de reglamentación, el empleador *“para lograr sus objetivos debe ordenar el trabajo por medio de un conjunto de instrucciones y reglamentos dirigidos a los trabajadores en general”*²⁷. Esto lo logra, a través del Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad y, en el rubro educacional, además a través del Reglamento Interno Educacional, dentro del cual se encuentra el manual de convivencia. Al respecto, la norma educacional señala que, para obtener el reconocimiento oficial del Estado, el establecimiento debe contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad

²⁶ GAMONAL Contreras, Sergio; GUIDI Moggia Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. Cuarta Edición. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2015. P. 132

²⁷ LIZAMA Portal, Luis. Derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003 P. 78.

escolar (artículo 46 de letra f) del DFL 2/02 de julio de 2010, Ministerio de Educación).

c) La potestad disciplinaria, “*dota de autoridad al empleador dentro de la empresa. Deja en claro quién manda*”²⁸. Esta potestad “*tiene por objeto mantener el orden de los trabajadores al interior de la organización y se dirige a la corrección de las conductas contraria a la disciplina laboral*”²⁹. De este modo y vinculado a la potestad de reglamentación, puede sancionar conductas descritas como faltas en el RIOHyS y en el manual de convivencia, conforme a los procedimientos y sanciones señaladas en dichos documentos.

En efecto, el artículo 306 del Código del Trabajo, señala: *No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma*. Con esto, el legislador no hace otra cosa que reconocer como una facultad privativa del empleador, organizar, dirigir y administrar la empresa, que llevado a la libertad de enseñanza, es abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

Luego, es evidente que a partir del núcleo de la libertad de enseñanza, un sostenedor puede tener a su cargo uno o más colegios bajo su dependencia, en una o varias comunas del país.

Dicho de esta forma, queda claro que la contraparte de los trabajadores organizados colectivamente, conforme a las normas citadas es el sostenedor.

b) El sostenedor y la libertad de empresa

Es posible sostener que la libertad de enseñanza es una extensión de la libertad de empresa. “*Constitucionalmente, la libertad de enseñanza opera igual que la libertad*

²⁸ GAMONAL Contreras, Sergio; GUIDI Moggia Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. Cuarta Edición. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2015. P. 147.

²⁹ LIZAMA Portal, Luis. Derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003 P. 80.

de empresa, no solo porque posibilita abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel o, en términos generales, autoriza a los operadores privados para disponer autónomamente de realizar emprendimientos escolares, sino porque, a su vez, actúa como garantía habilitante para ejercer las mismas facultades que el patrón tiene sobre sus dependientes. En otras palabras, la libertad de enseñanza es para un sostenedor de escuela, lo que la libertad de empresa es para un emprendedor en cualquier negocio”³⁰.

“El profesor Francisco Tapia G. considera que la empresa es un emprendimiento asumido por una o varias personas que, tras un fin dado, ordenan los medios necesarios para lograrlo en miras de una recompensa pecuniaria final como contraparte de su esfuerzo organizativo. Es empresa también la que se forma con finalidades de beneficencia o de carácter mutual; en otros términos, la empresa se caracteriza por la ordenación de recursos a una finalidad, la que es definida por la o las personas naturales o jurídicas que la constituyen”³¹. Esto mismo ocurre en el vínculo que se da entre el sostenedor, en su calidad de empleador ante el personal docente y asistente de la educación, en tanto trabajadores. Esto, aunque sea para fines benéficos, toda vez que el sostenedor debe ser una persona jurídica sin fines de lucro. Aunque, para algunos han sobrevivido a la profusa dictación de normas que buscan evitar el lucro en la educación, categorías que permiten igualmente lucrar de manera sofisticada³². Por ejemplo: a través del pago de sueldos directivos y del personal de la unidad educativa, compra y/o arriendo de los inmuebles en que funciona el establecimiento educacional, pago de mejoras útiles en los mismo inmuebles, etc.

³⁰ ZARATE Carrazana, Miguel. La Educación como actividad económica. Bases para una crítica al sistema educacional escolar chileno. Editorial DER Ediciones. Santiago, 2021. P. 171.

³¹ Citado por WALKER Errázuriz, Francisco; Arellano Ortiz, Pablo. Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo. Editorial Librotecnia. Santiago, 2014. P. 120.

³² Para mayor profundidad en este tema, véase: ZARATE Carrazana, Miguel. La Educación como actividad económica. Bases para una crítica al sistema educacional escolar chileno. Editorial DER Ediciones. Santiago, 2021. P. 171. P. 303 a 382.

Más allá del carácter benéfico o sin fin de lucro, lo importante es que igualmente existe una retribución económica, la cual debe ser utilizado solamente para los fines educacionales numerados celosamente por la normativa³³.

4) La nueva realidad normativa como desafío para la Negociación Colectiva en Colegios Particulares Subvencionados

a) Contexto para la aplicación del artículo 304

En el contexto de la reforma laboral, la reciente ley N° 20.940 viene en modernizar el sistema de relaciones laborales en Chile. Esta norma fue publicada el día 8 de septiembre de 2016 y entró en vigencia el pasado 1 de abril de 2017. En el contexto de la reforma educacional, la ley N° 20.845, denominada Ley de Inclusión, vino a cambiar el sistema educacional chileno. Dicha ley fue publicada el 8 de junio de 2015 y entró en vigencia el 1 de marzo de 2016.

Conforme al planteamiento descrito en el primer párrafo, una de las problemáticas que genera dudas, es lo establecido en el nuevo artículo 304 del Código del Trabajo, regulando el ámbito de aplicación de la negociación colectiva, institución que no fue alterada por la reciente ley n° 20.940.

Al respecto, el citado artículo 304, señala las empresas en que podrá tener lugar el procedimiento de negociación colectiva reglada, y en cuáles no procede su aplicación. Esta norma, en su inciso tercero, excluye la negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos. A continuación, el inciso cuarto, establece una excepción a esta exclusión, ya que permite la negociación en

³³ Al respecto, véase: artículos Art. 3 a 3 quater, y 6° a) bis de la Ley de Subvenciones; Art. 30 de la Ley de Subvención Escolar Preferencial; Art. 5° de la Ley de Inclusión y art. 19, 34 y 38 Transitorios de la Ley de Inclusión.

los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al decreto Ley N° 3.476, de 1980, y sus modificaciones, y a los establecimientos de educación técnico profesional administrados por corporaciones privadas conforme al decreto Ley N° 3.166, de 1980. Es decir, se permite la negociación colectiva, a pesar de que en este tipo de establecimientos educacionales, sus presupuestos son financiados en más de un 50% por el Estado a través de subvención o aporte Estatal.

Previo a la Ley de Inclusión, de acuerdo a la fuente de financiamiento existían -en términos generales- 3 tipos de establecimientos de educación secundaria: los colegios administrados por el Estado, cuya fuente de financiamiento proviene exclusivamente del Estado; los colegios particulares subvencionados, cuya fuente de financiamiento era mixta, es decir, por una parte con fondos provenientes del Estado, y por otra, con fondos o el copago de los apoderados; y los colegios particulares pagados cuya fuente de financiamiento proviene exclusivamente de los apoderados, es decir, no reciben subvención ni aportes del Estado. La ley de inclusión viene a eliminar el copago o el aporte de los apoderados, instalando el concepto de gratuidad en la educación secundaria chilena. En consecuencia, no existirá una mixtura en el financiamiento, ya que serán colegios financiados exclusivamente por subvención o aportes del Estado, o derechamente serán colegios pagados íntegramente por los apoderados.

A lo anterior, se debe agregar que, el 01 de abril de 2016, se promulgó la Ley N° 20.903, que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, que tiene dentro de sus objetivos: reconocer la docencia, apoyar su ejercicio y aumentar su valoración para las nuevas generaciones, y para ello genera transformaciones relevantes para el ejercicio de la docencia. Aborda desde el ingreso a los estudios de pedagogía hasta el desarrollo de una carrera profesional que promueve el desarrollo entre pares y el trabajo colaborativo en redes de maestros, y en lo que al presente trabajo respecta, contempla un aumento del tiempo no lectivo (horas de trabajo que se realizan fuera del aula), una nueva escala de remuneraciones acorde a distintos niveles de desarrollo profesional, y la instauración de nuevos derechos para los

docentes: al acompañamiento en los primeros años de ejercicio y a la formación continua³⁴. La misma norma ha venido a reforzar la fuente de financiamiento de los establecimientos educacionales cuya dependencia es ser particular subvencionado. La fuente de financiamiento es estatal, pero con un uso rígido y exclusivo para los fines que señala la ley en virtud de la cual se entrega la subvención a cada colegio.

b) Problemáticas que surgen para la negociación colectiva en colegios particulares subvencionados

Conforme a lo anteriormente expuesto, cabe realizarse la legítima pregunta si el inciso 3° del artículo 304 del Código del Trabajo, debió ser objeto, al menos, de revisión por parte del legislador. Ante lo cual sostenemos que debió ser así. Esto, por las siguientes consideraciones:

1. A lo menos se debió revisar si cabría hacer alguna distinción respecto a mantener la distinción respecto al 50% o más. O, haber reforzado la excepción, señalando que para aquellos establecimientos educacionales cuyo financiamiento sea 100% estatal, igualmente, tendrán derecho a negociar colectivamente.
2. Revisar si con estos cambios se afecta o no el contenido esencial de la negociación colectiva. Para ello habría que responder dos preguntas. La primera, si no se entorpece el logro de las finalidades perseguidas con la negociación colectiva. En otras palabras, si con el paso a gratuidad y la ley de desarrollo profesional docente, la rigidez en el uso de los recursos, no quedan demasiado amarrados los mismos y su utilización para, por ejemplo, mejorar las remuneraciones, condiciones comunes de trabajo, entre otros. La segunda, si no se entorpece la finalidad de solucionar el conflicto colectivo que busca precisamente solucionar la negociación colectiva, al no poder destinar los pocos recursos disponibles para fines de negociación colectiva,

³⁴ Cfr. Agencia de Calidad. Disponible en: <https://www.agenciaeducacion.cl/noticias/nueva-ley-carrera-docente/#:~:text=El%20Sistema%20de%20Desarrollo%20Profesional,el%20ejercicio%20de%20la%20docencia>. Última visita: 13 de diciembre de 2020.

o no poder hacerse cargo de todas las exigencias de carácter pecuniario que forman parte de un instrumento colectivo.

3. Si lo declarado en el reglamento de los fines educativos, tiene alguna finalidad, puesto que indica que son fines educacionales la utilización de subvención en beneficios de carácter colectivo, sin embargo, la pregunta que surge es ¿cuáles de ellos pueden ser utilizados? De la revisión del uso de la subvención pareciera que ninguno, ya que la única posible es la subvención general, que cada establecimiento ocupa prácticamente en su integridad para pagar remuneraciones pactadas en los contratos individuales³⁵.
4. Luego, y a partir de las interrogantes anteriores, cabe preguntarse si, a partir del concepto esbozado de negociación colectiva, en donde dijimos que la Constitución no circunscribe a la contraparte de los trabajadores solamente a la persona del empleador, sino más bien a una concepción amplia, ¿puede ser el Estado la contraparte en esta negociación, tomando en cuenta que la solución no pasa por prohibir o eliminar un derecho fundamental ya ejercido por los trabajadores actuando colectivamente a través, principalmente, de los Sindicatos de base?
5. Sin duda, es un tema que debe ser profundizado y discutido en términos académicos y, por supuesto, entre quienes están sujetos a las decisiones políticas a nivel país. Sin embargo, la visibilización, urgencia e inicial propuesta en torno a la problemática planteada, debería apuntarse -al menos revisar- en una actual agenda pública a lo largo del país.

Todas cuestiones que buscarán ser abordadas en los capítulos siguientes.

c) Financiamiento de los colegios particulares subvencionados

A continuación, se explicará la forma en que se financian los establecimientos cuya dependencia es ser particular subvencionados. Esto para efectos de dar cuenta que

³⁵ Salvo aquellos contratos que se financian con subvención PIE o SEP, que requieren otro análisis no siendo materia de este trabajo.

su financiamiento es íntegramente estatal, y evidenciar la dicotomía con el artículo 304 CT.

La Ley de Inclusión Escolar, como señalamos, vino en regular fuertemente el derecho para impetrar la subvención, como, asimismo, los fines para los cuales debe ser utilizada. También, la forma en que los sostenedores deben rendir el uso de la subvención, otorgando potestades de fiscalización y sanción a la Superintendencia de Educación, para efectos de fiscalizar el adecuado uso de estos recursos.

El artículo 6º de la Ley de Subvenciones, señala que: *Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos: e) Que entre las exigencias de ingreso, permanencia o participación de los estudiantes en toda actividad curricular o extracurricular relacionada con el proyecto educativo no figuren cobros ni aportes económicos, obligatorios, directos, indirectos o de terceros, tales como fundaciones, corporaciones, entidades culturales deportivas, o de cualquier naturaleza(...)*. Es decir, eliminó cualquier cobro extra a quienes, además del Estado, pueden financiar directamente la actividad educacional que se desarrolla en un colegio, estos son, los apoderados y los alumnos.

El artículo 18 de la misma ley, reconoce y permite percibir donaciones, las cuales no estarán sometidas al trámite de insinuación, pero deben ser declaradas al mes siguiente de su percepción. Esto se declara, puesto que los sostenedores educacionales a partir de la Ley de Inclusión, sólo podrán ser personas jurídicas sin fines de lucro (fundaciones, corporaciones) o personas jurídicas de derecho público (por ejemplo, congregaciones religiosas). Dichas entidades son susceptibles de recibir donaciones, sin embargo, siendo claros, no tienen un volumen ni la permanencia que permita administrar un gasto relevante en materia de Recursos Humanos o recurso persona. En general, son donaciones en especie, siendo la excepción en dinero. En conclusión, descartamos las donaciones como fuente permanente de financiamiento para abrir, mantener y administrar un establecimiento educacional.

En el artículo 49 bis de la Ley de Subvenciones, se creó el aporte por gratuidad, para establecimiento gratuitos y sin fines de lucro. Para regular el paso a gratuidad, de los colegios particulares subvencionados, la Ley de Inclusión, en su artículo vigésimo quinto transitorio, dispuso que:

Los establecimientos educacionales que a la fecha de publicación de esta ley estén acogidos al régimen de financiamiento compartido y que opten por retirarse de este régimen para convertirse en establecimientos gratuitos, deberán informar de ello al Secretario Regional Ministerial de Educación respectivo, para efectos de impetrar el aporte por gratuidad establecido en esta ley. Lo anterior será requisito también para impetrar la subvención escolar preferencial por alumnos preferentes.

Asimismo, los sostenedores de establecimientos educacionales que opten por retirarse del régimen de financiamiento compartido no podrán volver a realizar estos cobros”.

Ahora bien, como señalamos se reguló estrictamente el uso de la subvención, abordando temáticas como la obligación de utilizar la subvención para fines educativos y las operaciones que se entiende constituyen fines educativos; las condiciones y restricciones para las operaciones que constituyen fines educativos: condiciones para la contratación de los Directores, condiciones para las operaciones referidas a personas relacionadas y precios de mercado, y prohibiciones a los representantes legales; sobre las multas por sustraer recursos o destinarlos a una finalidad diferente de los fines educativos³⁶.

Sobre la obligación de utilizar la subvención para fines educativos y las operaciones que se entiende constituyen fines educativos, la ley de inclusión modificó el artículo 6° de la Ley de Subvenciones, indicando que:

Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

³⁶ Artículos asociados: Art. 3 a 3 quater, y 6° a) bis de la Ley de Subvenciones; Art. 30 de la Ley de Subvención Escolar Preferencial; Art. 5° de la Ley de Inclusión y art. 19, 34 y 38 Transitorios de la Ley de Inclusión.

a) bis.- Que destinen de manera íntegra y exclusiva el financiamiento que obtengan del Estado a fines educativos. En ningún caso los sostenedores que opten por recibir el financiamiento que regula este cuerpo legal podrán perseguir fines de lucro mediante la prestación del servicio educacional.

En otras palabras, el 100% de su financiamiento, que es proveniente del Estado, con exclusión de las donaciones, deben ser utilizados para fines educativos. La regulación es tan alta, que se da la posibilidad al sostenedor de realizar una consulta a la Superintendencia de Educación, para efectos de dilucidar si un gasto se enmarca dentro de los fines educativos³⁷.

Luego, el Artículo 3° Ley de Subvenciones inciso 1° y 2°, modificados por la Ley de Inclusión, señala que el sostenedor, como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional, gestionará las subvenciones y aportes de todo tipo para el desarrollo de su proyecto educativo. Estos recursos estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos y sólo podrán destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines.

Para estos efectos se entenderá que el financiamiento recibido se destina, entre otros, a fines educativos en el caso de las siguientes operaciones:

i) Pago de una remuneración a las personas naturales que ejerzan, de forma permanente y efectiva, funciones de administración superior que sean necesarias para la gestión de la entidad sostenedora respecto de el o los establecimientos educacionales de su dependencia, que se encuentren claramente precisadas en el contrato de trabajo respectivo. Dichas funciones no podrán ser delegadas, en todo o en parte, a personas jurídicas. Se entenderán comprendidas en este numeral las remuneraciones pagadas a

³⁷ Conforme al art. 38 transitorio de la Ley de Inclusión, dentro de los cinco años siguientes contados desde la entrada en vigencia de la presente ley, el sostenedor de un establecimiento educacional que reciba aportes del Estado podrá efectuar una consulta previa al Director Regional de la respectiva Superintendencia de Educación, con el objeto de determinar si una operación se enmarca dentro de los fines educativos, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 3° del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998. Dicha consulta deberá ser presentada por escrito, explicando la operación y señalando sus fundamentos para considerarla conforme a un determinado fin educativo. La Dirección Regional que corresponda responderá dentro del plazo de 30 días hábiles. Estos pronunciamientos serán de público acceso, constituyendo orientaciones o directrices para sus solicitantes, y en ningún caso obstarán o vincularán el ejercicio de las facultades o atribuciones de la referida Superintendencia.

las personas naturales que presten servicios en la administración superior de la entidad sostenedora.

ii) Pago de remuneraciones, honorarios y beneficios del personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación, que se desempeñen en el o los establecimientos respectivos.

A continuación, el mismo artículo en el inciso 3º, señala que tratándose de las remuneraciones indicadas en el numeral i) anterior, deberán ser pagadas en virtud de un contrato de trabajo que establezca la dedicación temporal y especifique las actividades a desarrollar, y ser razonablemente proporcionadas en consideración a la jornada de trabajo, el tamaño y complejidad del o los establecimientos educacionales, a las remuneraciones que normalmente se paguen en contratos de semejante naturaleza respecto de gestiones educativas de similar entidad, y a los ingresos del establecimiento educacional por concepto de subvención y aportes del Estado, con el objeto de asegurar los recursos para una adecuada prestación del servicio educacional.

Luego repite lo precedentemente señalado, esto es, que la Superintendencia de Educación, mediante instrucciones de carácter general, regulará lo dispuesto y fiscalizará su cumplimiento.

De conformidad al inciso final, del ya citado artículo 3º de la Ley de Subvenciones, a través del Decreto 582/2015, de fecha 29 de diciembre de 2015, se dictó un reglamento del Ministerio de Educación, que regula las materias sobre fines educativos³⁸. En el título III del Reglamento, “De las Remuneraciones”, se señala lo siguiente:

³⁸ Importante es tener presente el primer artículo, ya que define el uso de los recursos y la afectación de los mismos, a saber:

Artículo 1º.- Fines Educativos y de la afectación de los recursos. Se entenderán por Fines Educativos, aquellos objetivos que la ley ha considerado relevantes de proteger y fomentar, y que tienen como propósito el correcto uso del financiamiento estatal y otros aportes que los sostenedores reciben para el desarrollo de la educación, basado en los derechos y principios que el sistema educativo chileno establece.

El sostenedor, como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional, será el encargado de gestionar las subvenciones y los aportes de todo tipo, los que siempre estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos y sólo podrán destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines, de acuerdo a lo dispuesto en el presente reglamento.

Artículo 6º.- Del pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente y asistentes de la educación. Se entenderán ajustados a los fines educativos, el pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación que se desempeñen en el o los establecimientos educacionales.

Dichas operaciones incluirán los gastos que se realicen en razón del pago de jornadas totales o parciales de trabajo, horas extraordinarias y cualquier otra asignación que corresponda pagar al personal docente y/o asistente de la educación, de conformidad a la ley, al contrato de trabajo individual o colectivo, o al convenio equivalente.

Este ítem comprenderá, asimismo, los demás derechos y beneficios laborales y previsionales que procedan, con ocasión de una designación, contrato de trabajo, individual o colectivo, o convenio equivalente, que hayan de pagarse a los docentes y/o asistentes de la educación.

De la misma forma, se incluirá el pago de las prestaciones que se hayan acordado con ocasión del contrato de honorarios, el que se regulará según las normas generales.

Respecto de aquellas asignaciones de destinación específica, de carácter remuneracional, que sean pagadas en conformidad a la ley, cuyos montos que por estos conceptos no sean transferidos o sean erróneamente entregados a los beneficiarios, deberán ser devueltos por el sostenedor al Ministerio de Educación hasta el mes siguiente al de su percepción.

Este artículo sirve para analizar, al menos dos cosas. En primer lugar, que encontramos el primer reconocimiento normativo expreso, en orden a poder utilizar la subvención estatal en beneficios de carácter colectivo, o que consten en un contrato colectivo de trabajo, fruto de una negociación colectiva. En segundo lugar, para reiterar la idea de que el uso de los recursos estatales en este rubro se encuentra fuertemente regulado. Si un sostenedor paga erróneamente asignaciones de destinación específica, por ejemplo, el pago del Bonificación de

Reconocimiento Profesional, a un docente que no tiene derecho a percibir, quien asume la responsabilidad es el administrador de los recursos (sostenedor), a quien lo asigna (el Estado), por tanto, esto da cuenta, que el sostenedor no puede utilizar libremente los recursos, debido a que en general, tienen una destinación específica, no pudiendo ser utilizados para otros fines. Es decir, existe una doble restricción: primero, debe pasar el filtro de ser utilizado para fines educativos; segundo, debe ser utilizado para la destinación específica que tiene. Así las cosas, el sostenedor solamente dispone de la subvención general para disponer de ella en una negociación colectiva, dado que es de libre utilización, dentro de los fines educativos. Importante es destacar que la subvención general es utilizada para todos los gastos a los que debe hacer frente un sostenedor y que no cubren las subvenciones otorgadas por el Estado. Por ejemplo, el presente año en Pandemia, desnudó esta realidad, ya que los sostenedores salvo la subvención general, no podían utilizar otros recursos para la adopción de medidas sanitarias destinadas a cuidar la salud de los miembros de la comunidad educativa, especialmente, alumnos, alumnas y personal docente y asistente de la educación, por ejemplo, a través de la compra de alcohol gel, mascarillas, termómetros, pediluvios, etc. Para ello, tuvo el Ministerio de Educación, que flexibilizar la utilización de los Recursos SEP para que así los colegios pudiesen contar con los implementos sanitarios y poder cumplir el Plan de Retorno Seguro a clases.

A su vez, a partir de este análisis, es posible observar, que no existe una subvención específica destinada a beneficios de carácter colectivo. Cabe preguntarse si el problema se soluciona con esto. De ser así, tendríamos la primera constatación que, al parecer, los Sindicatos, ante la gratuidad y la carrera docente, están negociando con la contraparte equivocada. O en términos de negociación, con la persona que, en materia de presupuesto, no toma las decisiones.

El campo acotado de utilización de las subvenciones, la gran fuente de financiamiento de los colegios particulares subvencionados, tiene techo. Esto es perceptible, al momento de abordarse desde la cuarta negociación colectiva en adelante, en donde de haber sido positivas para el Sindicato, es posible observar a

partir de la información que el sostenedor debe proporcionar al Sindicato para que prepare el proyecto de contrato colectivo, no existen grandes recursos donde poder imputar el gasto para los nuevos beneficios económicos que se negocien. Por ejemplo, reajuste mayor al anterior, mejorar bono profesor jefe, aumentar bono término de conflicto, bono por evaluación de desempeño, incentivo al retiro, etc.

5) Límites del sistema educacional a la negociación colectiva

a) La Carrera Docente

“La Carrera Docente es un recorrido de desarrollo profesional que busca reconocer la experiencia, competencias y conocimientos alcanzados por los profesionales de la educación, incentivando la mejora permanente³⁹.

Todos los docentes y educadores que se desempeñan en establecimientos escolares que reciben financiamiento del Estado ingresarán a la Carrera Docente (municipales, **particulares subvencionados**, de administración delegada y Servicios Locales de Educación). Asimismo, ingresarán todos los profesionales de la educación que desempeñan funciones de aula, directivas y técnico pedagógicas en establecimientos de Educación Parvularia que reciben aportes regulares del Estado para su operación y funcionamiento, dependientes de JUNJI, Fundación Integra, tanto de administración directa como vía transferencia de fondos o administración delegada”⁴⁰.

Ahora bien, el ingreso se realiza a través de la postulación que hace el sostenedor para el colegio. Es un ingreso progresivo en el que *“cada año, desde 2017 y hasta 2023, el Ministerio de Educación dispondrá cupos para el ingreso de un séptimo del total de los educadores y docentes de los establecimientos particulares subvencionados y de administración delegada (cerca de 15 mil cupos anuales).*

³⁹ CFR. Disponible en <https://www.cpeip.cl/carrera-docente-ingreso/>. Última visita: 07 de junio de 2021.

⁴⁰ Ibídem.

La postulación a la Carrera la debe realizar el sostenedor, quien puede postular a uno o varios establecimientos. En caso de existir más postulantes que cupos disponibles, se seleccionará a aquellos establecimientos con mayor concentración de alumnos prioritarios.

En julio de 2026 ingresarán a la Carrera Docente todos aquellos establecimientos que no lo hayan hecho al año 2025⁴¹.

Entre otras cosas, la Ley N° 20.903 establece una nueva estructura de remuneraciones para los profesionales de la educación que pasen a regirse por el Título III del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, en razón a que los establecimientos en que ejercen se encuentren adscritos al Sistema de Desarrollo Profesional Docente. *“Esta nueva estructura de remuneraciones mantiene algunas asignaciones del antiguo estatuto, deroga o modifica otras y crea otras nuevas, con el propósito de alinear la estructura de remuneraciones con el reconocimiento y la promoción del desarrollo profesional docente. El cuadro 1, lista las asignaciones según: no fueron modificadas, derogadas, modificadas y creadas^{42 43}:*

Para efectos del presente trabajo, las **asignaciones derogadas** no tienen mayor relevancia, sin embargo, las mencionamos solamente con fines meramente ilustrativos. Estas son:

1. Asignación de perfeccionamiento⁴⁴.
2. Asignación por desempeño en condiciones difíciles⁴⁵.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ El presente capítulo se estructuró a partir de la sistematización de asignaciones realizada en el documento de asignaciones docentes realizado por el Ministerio de Educación y el CPEIP. Disponible en <https://www.cpeip.cl/carrera-docente-ingreso/>. Última visita: 07 de junio de 2021. El ámbito normativo fue revisado por este autor y se han transcrito las descripciones de cada asignación proveniente de dicho documento.

⁴⁴ Derogada por el Art. 1° N° 32 de la Ley N° 20.903, que modificó el artículo 49° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación y la reemplazó por la Asignación por Tramo de Desarrollo Profesional.

⁴⁵ Derogada por el Art. 1° N° 33 de la Ley N° 20.903, que modificó el artículo 50° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación y la reemplazó por la Asignación de Reconocimiento por Docencia en Establecimientos de Alta Concentración de Alumnos Prioritarios.

Conforme al inciso final del artículo séptimo transitorio de la Ley N° 20.903, la asignación por desempeño difícil es incompatible con la asignación de reconocimiento por docencia en establecimientos de alta concentración de alumnos prioritarios. El profesional de la educación tendrá derecho a la de mayor monto, mientras tenga derecho a percibir ambas, a menos que el beneficiario opte por lo contrario.

3. Unidad de mejoramiento profesional⁴⁶.
4. Bonificación complementaria⁴⁷.
5. Asignación de excelencia pedagógica⁴⁸.
6. Asignación variable de desempeño individual⁴⁹.

En cuanto a las **Asignaciones Creadas**, para el sector particular subvencionado, encontramos las siguientes:

1. Asignación por Tramo de Desarrollo Profesional⁵⁰

Es un monto diferenciado en conformidad al tramo de desarrollo profesional alcanzado por cada docente y que tiene por propósito promover el desarrollo profesional docente y reconocer los avances logrados en la carrera docente. El monto de la Asignación por Tramo se determina en base a tres componentes:

- a) Componente de experiencia, cuyo monto es igual a la asignación de experiencia.
- b) Componente de progresión: monto que depende del tramo en que se encuentra el docente

⁴⁶ Derogada por el Art. 1° N° 35 de la Ley N° 20.903, que modificó el artículo 50° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación que la reemplazó por la Bonificación de Reconocimiento Profesional (BRP) establecida en la Ley N° 20.158.

⁴⁷ Derogada por el Art. 1° N° 39 de la Ley N° 20.903, que modificó el artículo 63° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, y la reemplazó por la Asignación de Reconocimiento por Docencia en Establecimientos de Alta Concentración de Alumnos Prioritarios.

⁴⁸ Derogada por los artículos 6°, 8° y 10° de la Ley N° 20.903. Conforme al artículo octavo transitorio de la Ley N° 20.903, quienes sean beneficiarios de la AEP la continuarán percibiendo hasta el término del plazo por el cual fueron concedidas. No obstante lo anterior, dicha percepción es incompatible con la asignación por tramo de desarrollo profesional. El profesional de la educación tendrá derecho a la de mayor monto, mientras mantenga el derecho a percibir ambas.

⁴⁹ Derogada por el artículo 7° de la Ley N° 20.903. Conforme al artículo octavo transitorio de la Ley N° 20.903, quienes sean beneficiarios de la AVDI la continuarán percibiendo hasta el término del plazo por el cual fueron concedidas. No obstante lo anterior, dicha percepción es incompatible con la asignación por tramo de desarrollo profesional. El profesional de la educación tendrá derecho a la de mayor monto, mientras mantenga el derecho a percibir ambas.

⁵⁰ Artículo 49° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, modificado por Art. 1 N° 32 de la Ley 20.903.

c) Componente fijo: monto a que tienen derecho los profesionales reconocidos en los tramos Avanzado, Experto I o Experto II. Esta asignación es imponible y tributable y se reajusta por el mismo monto y en la misma oportunidad que el reajuste del sector público.

2. Asignación de Reconocimiento por Docencia en Establecimientos de Alta Concentración de Alumnos Prioritarios⁵¹.

Es un monto diferenciado en conformidad a la proporción de alumnos prioritarios atendidos por el establecimiento y el tramo de desarrollo profesional alcanzado por cada docente, que tiene por propósito reconocer el ejercicio de la docencia en establecimientos que cuentan con una alta concentración de alumnos prioritarios, poniendo un mayor incentivo en quienes se encuentran en los tramos superiores de la carrera.

3. Planilla Suplementaria⁵².

Se aplica a los profesionales de la educación que al ingreso al Sistema de Desarrollo Profesional Docente tuvieron una remuneración inferior a la remuneración promedio de los seis meses inmediatamente anteriores, quienes tienen derecho a percibir la diferencia como planilla suplementaria para alcanzar la cantidad indicada, de manera de asegurar que la entrada en vigencia al SDPD no implique la disminución de las remuneraciones para ningún docente. La planilla suplementaria tiene el carácter de imponible y tributable y será absorbida con futuros aumentos de remuneraciones que correspondan a los profesionales de la educación, excepto los derivados de reajustes generales que se otorguen a los trabajadores del sector público.

Respecto a las **Asignaciones No Modificadas**, para el sector particular subvencionado, encontramos las siguientes:

⁵¹ Artículo 50° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, modificado por el Art. 1 N° 33 de la Ley 20.903.

⁵² Artículo 64° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación.

1. Renta Base Mínima Nacional (RBMN)⁵³

Es el producto resultante de multiplicar el número de horas de contrato de cada profesional por el valor mínimo de la hora cronológica fijada por la ley para el nivel de Educación Básica o de Educación Media, según corresponda.

2. Asignación de Zona⁵⁴

Es un complemento de la RBMN a que tienen derecho los profesionales de la educación que prestan servicios en establecimientos que reciben subvención del Estado de acuerdo al DFL N° 2, de 1996, en los casos en que dichos servicios se efectúen en algunas de las localidades del país en que la subvención estatal de educación se incremente por concepto de zona. Constituye remuneración, es imponible, no afecta el monto de las restantes asignaciones y procede imputarlo a la Remuneración Total Mínima.

3. Remuneración Total Mínima⁵⁵

Se considera remuneración total mínima las contraprestaciones en dinero que deben percibir los profesionales de la educación de establecimientos municipales, particular subvencionados o de administración delegada, que no podrá ser inferior a \$668.050.- mensuales, a partir desde el 1° de enero de 2018 (Decreto N° 29, de 2018, de Educación) , para quienes tengan una designación o contrato de 44 horas cronológicas semanales o a la correspondiente proporción para quienes tengan una designación menor de horas cronológicas en sus respectivas designaciones o contratos. Se considerará que constituyen remuneración total las contraprestaciones en dinero que deban percibir los profesionales de la educación de sus empleadores, con excepción de las siguientes: la asignación de reconocimiento por docencia en establecimientos de alta concentración de alumnos prioritarios; las remuneraciones por horas extraordinarias; y

⁵³ Artículo 35° del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación. El valor mínimo de la hora cronológica fue establecido por el artículo quinto transitorio del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, los cuales se reajustan cada vez y en el mismo porcentaje que se reajusta la Unidad de Subvención Educacional.

⁵⁴ Inciso sexto del artículo quinto transitorio del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación.

⁵⁵ Artículo 62 del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación.

aquellas que no correspondan a contraprestaciones de carácter permanente, entre las que se cuentan: la Bonificación de Excelencia del artículo 15 de la ley N° 19.410; la Asignación de Excelencia Pedagógica de los artículos 14 y 15 de la ley N° 19.715; la Asignación Variable por Desempeño Individual del artículo 17 de la ley N° 19.933; y, la Asignación por Desempeño Colectivo del artículo 18 de la ley N° 19.933. Dicha remuneración total mínima es imponible y tributable. En los meses de enero de cada año, el valor de la Remuneración Total Mínima se reajustará en la variación que experimente el IPC determinado por el INE entre los meses de enero a diciembre del año inmediatamente anterior.

4. Planilla Complementaria⁵⁶

Se aplica a los profesionales de la educación que tuvieran una remuneración total inferior a la Remuneración Total Mínima, quienes tienen derecho a percibir la diferencia como planilla complementaria para alcanzar la cantidad indicada. La planilla complementaria tiene el carácter de imponible y tributable y será absorbida con futuros reajustes y otros incrementos de remuneraciones.

5. Bonificación de Excelencia Académica⁵⁷

Esta bonificación se entrega trimestralmente a los establecimientos que hayan sido calificados como de excelente desempeño, seleccionados cada dos años sobre la base del sistema establecido en el artículo 16 de la Ley N° 19.410, que representan, a lo más, el 35% de la matrícula regional; dicha subvención se destina íntegramente a los profesionales de la educación que se desempeñan en ellos. La bonificación sólo debe otorgarse a los profesionales de la educación que se encuentran en funciones en el respectivo colegio a la fecha del pago correspondiente. Esta bonificación de

⁵⁶ Artículo 64 del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación.

⁵⁷ Artículo 55 del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 15 a 17 de la Ley N°19.410.

excelencia es imponible y tributable y se percibe mientras el establecimiento reciba la subvención respectiva.

6. Asignación de Desempeño Colectivo (ADECO)⁵⁸

Esta asignación se otorga anualmente, en relación con el grado de cumplimiento de las metas anuales fijadas para el equipo de trabajo de cada establecimiento educacional, a través de un convenio de desempeño colectivo suscrito anualmente entre los respectivos sostenedores y dicho personal docente directivo y técnico pedagógico durante el primer trimestre de cada año. El cumplimiento del convenio de desempeño colectivo del año precedente da derecho a percibir un 20% de la RBMN cuando el nivel de cumplimiento de las metas prefijadas sea igual o superior al 90%, y a un 10% de la remuneración básica mínima nacional si dicho nivel fuere inferior al 90%, pero igual o superior al 75%. Esta asignación es tributable e imponible. Se paga a los profesionales de la educación en servicio a la fecha de pago, en cuatro cuotas, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año y el monto de cada cuota será equivalente al valor acumulado en el trimestre respectivo, como resultado de la aplicación mensual de esta asignación.

Respecto a las **asignaciones Modificadas** -puesto que ya existía, pero se mantiene con algunos cambios- para el sector particular subvencionado, encontramos la siguiente:

1. Bonificación de Reconocimiento Profesional (BRP)⁵⁹

Es un beneficio remuneracional que permite a los docentes percibir un monto mensual por concepto de título y un complemento por concepto de mención, que se pagan proporcionalmente según las horas de contrato, con un tope de 30 horas. Acceden a este beneficio en su componente título los profesionales de la educación que cuentan con título profesional de profesor

⁵⁸ Artículo 18 de la ley N° 19.933 y reglamentada en el decreto N° 176, de 2004, del Ministerio de Educación.

⁵⁹ Artículo 54 del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 1 a 9 de la ley N° 20.158 y los decretos N°s. 259 y 260, ambos de 2007, del Ministerio de Educación.

o educador otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste, con un programa de estudios de a lo menos ocho semestres académicos y 3.200 horas presenciales de clases o que cumplan con los requisitos especiales establecidos por la Ley N°20.158. Acceden a este beneficio en su componente mención los profesionales de la educación que acrediten que cuentan con una mención asociada a su título o que dicha mención corresponde a un subsector de aprendizaje o un nivel educativo. Los profesionales de la educación que sólo cuenten con el título tendrán derecho únicamente al componente base o título de la bonificación. No obstante, los docentes que hayan obtenido el título en escuelas normales tendrán derecho al total de la bonificación. Los docentes deberán acreditar, ante el sostenedor, que están en posesión de los títulos profesionales y/o diplomas de mención que los habiliten para recibir la bonificación.

Es posible observar en este nuevo sistema de remuneraciones, una estandarización de las mismas para todos los trabajadores que ingresen a la misma, con el reconocimiento a la trayectoria y al perfeccionamiento que vaya teniendo cada docente en el tiempo. Previo a este sistema y la gratuidad, los sostenedores utilizaban principalmente el copago de los apoderados y la subvención general para financiar los beneficios de carácter colectivo, puesto que son recursos de libre disposición, con la carrera docente y la gratuidad esta flexibilidad en el uso del recurso desaparece, por tener una destinación o asignación previa y rígida de la subvención. Lo mismo ocurre con el pago de las remuneraciones en la carrera docente.

El presente capítulo, ha evidenciado claramente la forma previamente determinada por ley de la conformación de las remuneraciones para este tipo de trabajadores, lo que no permite al sostenedor -reiteramos- disponer libremente de ello para beneficios de carácter colectivo.

b) La composición de los beneficios pactados en un contrato colectivo educacional.

Entender que la negociación colectiva –desde una concepción restrictiva- está destinada a mejorar la remuneración mensual es un error, ya que además tiene por finalidad mejorar las condiciones comunes de trabajo, como lo pueden ser:

1. Liberar de asistir presencialmente a los docentes para cumplir las labores no lectivas en las dependencias del colegio.
2. Disminuir la jornada de trabajo de los asistentes de la educación durante los días en que los alumnos y alumnas durante el periodo de vacaciones de verano o invierno.
3. Realizar las capacitaciones obligatorias para el personal hasta la primera semana de enero de cada año, y así permitir que el personal haga uso de sus vacaciones en el periodo de enero y febrero.
4. Arancel diferenciado para hijos de trabajadores que estudien en el respectivo Colegio.
5. Uniforme y ropa de trabajo.
6. Entre otros⁶⁰.

A partir de este catálogo a modo ejemplar, es posible determinar que existe un número importante de beneficios que solicitan los sindicatos, para mejorar las condiciones comunes de trabajo, y que no tienen un impacto directo y real sobre los presupuestos otorgados por vía de subvención.

⁶⁰ Por ejemplo: 1) Garantía de horas de planificación para personal docente. 2) Dejar libre el día del profesor, y no sólo suspender las actividades lectivas para destacar y celebrar a los docentes en su día. 3) Pacto de bono compensatorio por sala cuna. El costo ya existe, se pacta una forma análoga de cumplimiento. 4) Extender días de permiso o suspensión de clases destinados a los docentes, para el resto del personal. 5) Determinar una época del año (generalmente el hasta el 1° de diciembre de cada año) para informar los despidos, y así permitir un plazo prudente a aquel docente que busque un nuevo trabajo en otro colegio. 6) Determinar una época del año (generalmente el hasta el 1° de diciembre de cada año) para informar la no renovación de los contratos a plazo fijo y así permitir un plazo prudente a aquel docente que busque un nuevo trabajo en otro colegio. 7) Establecer como prioridad que el Presidente/a del Sindicato actúe como ministro de fe en la firma de los finiquitos de los trabajadores del colegio, previo al Notario Público u otro. 8) Establecer una mesa de trabajo semestral con el equipo directivo, para efectos de colaborar en el desarrollo institucional desde la óptica del trabajador. 9) Incorporación de la o las organizaciones sindicales en la estructura organizacional o corporativa, teniendo participación en las publicaciones del colegio, para efectos de validar al Sindicato como una organización válida dentro del establecimiento. 10) Proporcionar muebles o un espacio físico para el funcionamiento del Sindicato. 11) Entre otros que no tienen necesariamente un contenido pecuniario directo o de carácter remuneracional.

Sin embargo, no compartimos que los intereses de los trabajadores se vean satisfechos únicamente con este tipo de beneficios. Por el contrario, las negociaciones colectivas de este específico rubro se resuelven en mediación obligatoria o incluso en huelga, por los reajustes y mejoras directas a la remuneración líquida percibida por cada trabajador. Sin embargo, y a modo ilustrativo, mencionamos dentro de las mejoras pecuniarias o remuneracionales típicas, a las siguientes:

1. Reajuste periódico del sueldo base.
2. Reajuste real del sueldo base.
3. Bonificación mensual por jefatura de curso.
4. Apoyo para perfeccionamiento.
5. Bono por obtener excelencia académica.
6. Entre otros⁶¹.

De esta manera, es posible constatar que existe un listado de beneficios que buscan mejorar las condiciones comunes de trabajo, y otros que apuntan a una mejora de las remuneraciones. El primer grupo no depende necesariamente de los recursos que provengan de la subvención. Pareciera que en algunos casos pasa más por un acto de voluntad del sostenedor en tanto empleador, en su concesión, o en otras palabras, de una gestión y liderazgo del director. En cuyo caso, la negociación continúa teniendo sentido.

El problema real se plantea respecto a los pactos remuneracionales. Esto por cuanto, ante los límites en el uso de los recursos de subvención, podría ocurrir que, ante el cuarto proceso de negociación colectiva, el sostenedor no cuente con

⁶¹ Por ejemplo: 1) Asignación de viáticos. 2) Bono marzo. 3) Bono incentivo al retiro voluntario. 4) Asignación por movilización. 5) Asignación por colación. 6) Bono por vacaciones. 7) Aguinaldo fiestas patrias. 8) Aguinaldo navidad. 9) Asignación de escolaridad por cada hijo. 10) Horas de trabajo sindical pagadas por el empleador. 11) Asignación por reemplazo. 12) Días de permisos con goce de remuneración, también denominados administrativos. 13) Asignación por matrimonio o acuerdo de unión civil. 14) Asignación y permiso por nacimiento. 15) Contratación de seguro de vida o pago de un bono por fallecimiento de trabajador. 16) Asignación por catástrofe padecida por un trabajador. 17) Bono negociación colectiva, o también llamado Aporte económico al Sindicato, o Bono término de conflicto o bono negociación exitosa. 18) Seguro dental. 19) Seguro Complementario de salud. 20) Aporte a evento organizado por el Sindicato. 21) Aporte para celebración día del Sindicato. 22) Aporte para paseo o actividad cierre fin de año. 23) Aporte y permiso por mudanza.

recursos económicos para destinar a aumentos o nuevos beneficios que se plasmen en el contrato colectivo.

Ahora bien, ante esto, cabe preguntarse si esto no le ocurre a una empresa privada. Y la respuesta es simple, citando el principio económico que reza: los recursos son limitados y las necesidades ilimitadas, en algún punto se puede llegar en que no existan más recursos, cuando esto ocurre, o la sustentabilidad o viabilidad de la empresa está en riesgo, el empleador decide enfrentar el ejercicio de la huelga.

Luego, la pregunta que inmediatamente surge, qué pueden hacer los trabajadores ante esto. Pues bien, pareciera ser que, en primera instancia, agotar la negociación colectiva ante el sostenedor, tanto respecto de lo remuneracional como de las condiciones comunes de trabajo. Una vez agotada esta instancia, que se podrá observar en la imposibilidad de negociar por parte del sostenedor, ya sea a partir del análisis de la información que debe entregar el empleador o porque el proceso de huelga se vuelve habitual, sin que el contrato colectivo se nutra con nuevos beneficios o mejore las cláusulas ya existentes. Una vez llegado este punto, creemos la organización sindical, en tanto sindicato de base, deberá trasladar la negociación colectiva con el ente que tiene a cargo el otorgamiento de los recursos: el Estado.

c) Manifestaciones de la consolidación de la negociación colectiva en los colegios particulares subvencionados

Importante es dar cuenta manifestaciones que evidencian la consolidación del ejercicio del derecho a negociar colectivamente en un establecimiento educacional. Esto como argumento ante cualquier postura o intento de derogación del inciso 4° del artículo 304 del Código de Trabajo y, por extensión, del ejercicio de este derecho por parte de organizaciones sindicales ya existentes. A saber:

- Sindicatos ya formados con procesos de negociación colectiva pasados y contratos colectivos vigentes.
- Regulación de Servicios Mínimos para establecimientos educacionales.

- El ejercicio de la Huelga se suspende en una época específica del año para el rubro educacional (Vacaciones enero y febrero)
- Periodo no apto para negociar. El sostenedor declara habitualmente como período no apto para negociar el mes de noviembre, buscando evitar el bloqueo de los despidos para el año escolar siguiente.
- Reconocimiento de la libertad de enseñanza como una extensión de la libertad de empresa.
- Art. 46 DFL 2, sanciona a administradores y representantes legales que ejerzan o hayan sido sancionados por prácticas antisindicales.
- Un sostenedor puede tener a su cargo uno o más colegios, pudiendo dar lugar a una federación de sindicatos que tenga como contraparte un mismo empleador-sostenedor.
- Norma Estatuto Docente.
- La existencia de federaciones de sindicatos, que dan cuenta de la necesidad de organizarse colectivamente en entidades superiores en el rubro educacional⁶².
- Como un límite al poder disciplinario del empleador. En general, el Sindicato asume la representatividad de sus asociados, siendo la contraparte ante el sostenedor ante el ejercicio del poder disciplinario, por ejemplo, dando respuestas a cartas de amonestación, revisando los anexos de contrato que anualmente se deben firmar en este rubro, bloqueando represalias por la no firma, etc.

6) Opinión de otros autores

Existe escasa literatura que aborde la problemática expuesta en el presente trabajo. Sin embargo, se está traduciendo en un foco de preocupación para el sector educativo, principalmente para los sostenedores. Si bien no es extensa la literatura

⁶² Por ejemplo, en la actualidad existe la FEDUC, FESEDUCA, FENATED, entre otras.

ni opinión de la doctrina, existen dos posturas claras que ilustraremos a continuación, analizándolas, para luego dar a conocer nuestra propia reflexión en torno a la problemática planteada. A partir de lo señalado por los autores, nos hemos permitido denominar las dos visiones u opiniones al respecto, como postura expansiva y restrictiva.

a) La postura expansiva

El abogado Miguel Zárate, recientemente, ha dado a conocer esta problemática en su último libro, haciendo ver que la libertad de enseñanza es un símil de la libertad de empresa. Siendo una de las manifestaciones, el tratamiento distinto que ha dado el legislador a la negociación colectiva en el art. 304 del Código del Trabajo, reforzando esta idea en el artículo 71 del Estatuto Docente citado, toda vez que para el sector municipal dicha norma excluye expresamente las normas sobre negociación colectiva. En este sentido, el autor se pregunta “*Si tanto el sector particular como el municipal tienen el mismo financiamiento (subvención estatal por alumno) y cumplen el mismo objetivo de interés general (impartir el servicio educacional), ¿qué hace a la negociación colectiva y a la huelga tan perniciosas en un colegio municipal?*”⁶³

La idea de este autor, la denominaremos –para fines de este trabajo- postura expansiva de la negociación colectiva en el rubro educacional. Esto por cuanto, Miguel Zárate, plantea las contradicciones para negar la negociación colectiva en los colegios municipales, teniendo como resultado que dicha prohibición se traduce en que “*esta decisión del legislador precariza la función docente de carácter público*”⁶⁴. En consecuencia, para evitar esta precarización, se debe eliminar la restricción, ampliando el universo de trabajadores que puedan negociar colectivamente, modificándose el artículo 304 en el siguiente sentido:

⁶³ ZARATE Carrazana, Miguel. La Educación como actividad económica. Bases para una crítica al sistema educacional escolar chileno. Editorial DER Ediciones. Santiago, 2021. P. 181.

⁶⁴ *Ibidem*.

Art. 304.- Ámbito de aplicación. La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación y representación.

No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos.

*Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales **del sector municipal y los** particulares subvencionados en conformidad al decreto ley N°3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas conforme al decreto ley N° 3.166, de 1980.*

El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código.

b) La postura restrictiva

En la vereda opuesta, sólo encontramos un artículo de opinión del abogado Francisco Pérez Muñoz⁶⁵, respecto del cual compartimos algunos puntos y en otros nos distanciamos. O más bien, siendo más precisos, coincidimos en los planteamientos, más no en las conclusiones que plantea. Con todo, al ser la única opinión publicada de derogación –o de aproximación al tema- conviene abordar y analizar algunas de las ideas expuestas, básicamente para fundamentar la razón de la propuesta que haremos al final del presente trabajo.

Con todo, nos permitimos denominar esta postura como teoría restrictiva de la negociación colectiva en el rubro educacional. Toda vez que contraria a la anterior,

⁶⁵ Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/limites-a-la-negociacion-colectiva-del-sector-particular-subvencionado-de-la-educacion-en-el-marco-de-la-carrera-docente-y-del-destino-de-la-subvencion-estatal/> Última visita: 05 de junio de 2021.

busca derogar el inciso 4° del artículo 304 del Código del Trabajo, aboliendo en consecuencia, la negociación colectiva en el sector particular subvencionado.

Dentro de las ideas expuestas por el autor se encuentran:

“(...) la carrera docente viene a regular legalmente el desarrollo profesional y las remuneraciones de los docentes. Entonces, representa una limitación innegable de la libertad de negociación individual y colectiva de trabajadores y empleadores.

Refuerzan la idea anterior otros argumentos legales. Por ejemplo, el artículo trigésimo tercero transitorio de la propia Ley 20.903, que dispone la reestructuración de los conceptos remuneracionales o asignaciones especiales no contempladas en la Ley, las que precisamente eran otorgadas en virtud de la libertad contractual. Así encontramos, por ejemplo, el bono profesor jefe o las asignaciones de responsabilidad general, las que ahora, según la disposición transitoria en comento, deberán eliminarse y convertirse en una asignación expresamente reconocidas por Ley, esto es, no negociable”.

Respecto a esta idea, no podemos estar más en desacuerdo. En primer lugar, porque es reconocido que el derecho del trabajo es la rama jurídica de “los mínimos”. Si bien es cierto que la norma citada ordena el reemplazo o incluso eliminación de ciertos conceptos remuneracionales, se debe a que ha venido a estandarizar las remuneraciones para que sean homogéneas en un sistema único, que es la carrera docente. Ese es el motivo, y no rigidizar necesariamente el uso de los beneficios. Por tanto, y congruente con lo señalado, como la carrera docente viene a ordenar y estandarizar la composición de las remuneraciones, este orden plantea mínimos legales que deben ser respetados, pero pueden ser mejorados⁶⁶. Por ejemplo, se establece un Ingreso Mínimo Remuneracional por 45 horas semanales, pudiendo cada empleador pagar una remuneración más alta, pero no

⁶⁶ Siendo congruente con uno de los principios básicos del Derecho del Trabajo, esto es, que establece mínimos que deben ser respetados por las partes. Dichos mínimos –que pueden ser mejorados- buscan equilibrar la asimetría existente entre las partes de la relación laboral, empleador y trabajador, el fuerte y el débil respectivamente.

pudiendo pagar menos que lo señalado. Llevado al ámbito educacional en el marco de la carrera docente, existe una renta básica mínima nacional, que se debe respetar, pero perfectamente puede ser mejorada. En consecuencia, lo señalado no es un límite, más bien obedece a una regulación de mínimos exigibles, expresión de normas de orden público. El problema –a nuestros ojos- guarda relación con el financiamiento, pero eso, no se traduce en un ítem no negociable. A mayor abundamiento, la transformación de asignaciones expresamente reconocidas por ley, no se vuelven innegociables, lo siguen siendo, pero teniendo como contraparte al Estado, no al sostenedor. En este sentido, hay un desplazamiento de la contraparte, pero no es que sea innegociable.

Otra idea planteada señala que:

“En el escenario administrativo, este límite ha sido reconocido en otro ámbito de la misma materia por la Dirección del Trabajo en un pronunciamiento contenido en el Ordinario 5068 del año 2017, en virtud del cual ante la solicitud de reconsideración de un dictamen anterior sobre la posibilidad de pactar horas de libre disponibilidad para las actividades curriculares no lectivas, la Dirección del Trabajo negó esta opción atendido a que, en resumen, la distribución de la jornada ordinaria docente se encuentra regulada por Ley y cada espacio de tiempo tiene un objetivo específico, en el caso de las horas no lectivas, evitar la sobrecarga laboral permitiendo que los docentes desarrollen todas sus funciones en la jornada ordinaria de trabajo, por lo que permitir un pacto de horas de libre disponibilidad afectaría el objetivo de la Ley. Agrega la autoridad administrativa que, por tratarse de una modificación legal, aquellos contratos colectivos que contemplaban acuerdos en un sentido diferente, debían ser modificados, aún contra la voluntad del sindicato.

El límite de legalidad que acusamos puede perfectamente extenderse a otras áreas de la libertad contractual, entre ellas la remuneración docente, toda vez que esta comparte las mismas características que las horas no lectivas: por un lado pasaron a regularse por Ley y, por otro, tienen un objetivo específico,

que es el mejoramiento de las remuneraciones de los docentes del sector particular subvencionado por medio del mérito individual logrado”.

No coincidimos con este análisis, básicamente porque el ordinario citado, llevado a los pactos establecidos en contratos colectivos, lo que indica es que deben adecuarse al nuevo marco legal, no pudiendo desmejorar la situación de los docentes. Una vez adecuadas, se podrá pactar cláusulas que mejoren la posición del trabajador. Por ejemplo, una vez adecuado el contrato colectivo a la proporción de horas lectivas versus horas no lectivas, puedo mejorar la misma llevándola a una proporción de 50-50, pudiendo pactar respecto de las horas que no exceden la proporción mínima, horas de libre disposición, para reemplazos o turnos de patio debidamente pactadas entre empleador y trabajador. De modo que más que una limitación, esto obedece al efecto propio de una regulación, propia del derecho del trabajo, que es proteger a la parte débil del contrato, en este caso el docente, ya que en caso contrario, el sostenedor estará propenso a caer en prácticas que implican contratar una mayor cantidad de horas lectivas –frente a curso– ahorrándose lo mayor posible en el pago de las horas no lectivas, generando un agobio en el docente por tener que utilizar para el cumplimiento horas fuera de su jornada de trabajo remunerada. Además, resulta claro que esa limitación se extiende a otras áreas de la libertad contractual, por cuanto, reiteramos, el Derecho Laboral establece mínimos que deben ser respetados, pero no impide su mejoramiento.

“Esta lectura reductible de la libertad de negociación de las partes, explicaría la derogación del inciso segundo del artículo 88 del Estatuto Docente, ya que esta disposición limitaba la negociación colectiva a aspectos meramente remuneracionales, toda vez que bastaba con que el sostenedor ajustase los contratos a dichas asignaciones y carácter temporal, para excluir la negociación colectiva del establecimiento educacional. De este modo, esta derogación tiene un doble efecto, por un lado, reconoce las formas regulatorias del sector educacional público en el sector particular

subvencionado y, por otro, abre las posibilidades de la negociación colectiva a otros aspectos que no sean estrictamente económicos, lo que resulta necesario en este nuevo escenario”.

No coincidimos con la conclusión arribada. En primer lugar, creemos no es posible estimar que a través de dicha norma se reducía la negociación colectiva a aspectos meramente remuneracionales. Lo que se hacía con esa norma –en nuestra opinión inconstitucional, ya que lesionaba el núcleo esencial y el ejercicio del derecho a negociar colectivamente⁶⁷- era excluir la negociación colectiva de un colegio, por cumplir los requisitos allí señalados. No se trata de una mera restricción, por el contrario, cumpliendo el requisito, la norma excluía, ni más ni menos, el derecho fundamental a negociar colectivamente en un colegio particular subvencionado. Es decir, podría existir un sindicato, y negociar por primera vez, para luego no negociar en el tiempo en la medida que el sostenedor acreditara cumplir con los supuestos exigidos.

Por otro lado, tampoco creemos que la derogación importe un reconocimiento de ingreso al sector público de este tipo de colegios y trabajadores. Creemos que basta constatar el hecho, consistente en que se ha creado un sistema único de remuneraciones para todos los docentes que pertenezcan a algún establecimiento educacional del país que reciba recursos, subvención o aportes del Estado. Esto resulta aún más evidente, al verificar que las normas aplicables a cada sector siguen siendo muy distintas. Por ejemplo: el derecho a negociar está reconocido para el sector particular subvencionado, quedando excluidos aquellos pertenecientes al sector público. Como consecuencia de lo anterior, el sector particular subvencionado puede ejercer el derecho a huelga, mientras que el sector público no se le reconoce este derecho⁶⁸. El sector particular subvencionado se regula por

⁶⁷ A mayor abundamiento, la norma de rango inferior debía supeditarse a la norma de rango superior, cual es el artículo 304 del Código del Trabajo, y el artículo 19 N° 16 de la Constitución de la República, toda vez que el reenvío del legislador lo era para regular el ejercicio del derecho, y no para suprimirlo, afectando su contenido esencial, cumpliendo requisitos tan básicos como los exigidos por el derogado artículo 88 del estatuto docente al empleador, dejando a la potestad del empleador, la decisión de ejercer un derecho fundamental de los trabajadores.

⁶⁸ Sin perjuicio de que de facto cuando quieren ejercer mejorar el contenido remuneracional y mejora en las condiciones comunes de trabajo, ejercen una presión similar a la huelga, sin que les esté permitido hacerlo en esos términos, puesto que, la negociar colectivamente les está prohibido. Lo que el sector público realiza son

el estatuto docente en las normas pertinentes y supletoriamente por el Código del Trabajo; al sector público no le resultan aplicables las normas del Código del Trabajo; entre otras consideraciones.

Finalmente, no compartimos lo señalado referente a que dicha derogación abre las posibilidades de la negociación a aspectos no económicos, debido a que esto siempre ha sido así. Es decir, los aspectos no económicos, comprendidos principalmente en las condiciones comunes de trabajo, se negocian, forman parte desde el primer contrato colectivo que se negocia en un establecimiento educacional, forman parte incluso del piso. Basta mirar el contenido de los contratos colectivos en los últimos 15 años, en donde es posible observar que contienen cláusulas no remuneracionales como las señaladas en el capítulo 5 letra c) del presente trabajo. Por tanto, dicha derogación no tiene el efecto señalado.

Otra idea relevante que se expresa es:

“En los últimos años, el sistema educacional chileno ha venido sufriendo profundas transformaciones. Una de las más importantes fue la Ley 20.845, que puso fin al lucro con recursos públicos destinados a educación. Esta reforma obligó a todos los sostenedores que reciben subvención del estado a transformarse en entidades sin fines de lucro para seguir percibiendo este beneficio. Además, consagró fines educativos para los recursos públicos de educación, con lo cual se establecieron -nuevamente- límites al uso y destino de la subvención estatal. Lo anterior según lo dispuesto en el artículo 3 y 3 bis del DF el número 2 de 1998 del Ministerio de Educación y el decreto 582 de 2016 del Ministerio de Educación que aprueba el reglamento sobre fines educativos.

En consecuencia, la subvención estatal no es cautelada sólo por la imposibilidad de lucrar, sino también por los fines mismos de los recursos, esto es, resolver necesidades educativas. Pero no cualquier necesidad, sino aquellas que estén expresamente previstas en la normativa o autorizadas por

paralizaciones indefinidas de sus funciones hasta llegar a un acuerdo con el Gobierno de turno. Lo que comúnmente se conoce como Paro.

la Superintendencia de Educación. Por lo tanto, un gasto que la entidad fiscalizadora considere no ajustados a los fines educativos, será objetado y rechazado; obligando al sostenedor a su reintegro. Ha sido la misma Superintendencia quien ha dotado de contenido estos fines por medio de diferentes dictámenes, circulares y manuales; dentro de los cuales destaca el dictamen 41, referido a la creación de asignaciones especiales para los trabajadores con recursos de la subvención escolar preferencial (SEP), disponiendo, en resumen, que es posible otorgar a los trabajadores asignaciones diferentes a las legales, siempre y cuando se encuentren en un reglamento que establezca, además, las condiciones de su otorgamiento (artículo 47 del Estatuto Docente). Lo anterior es otro ejemplo del ímpetu regulador del legislador en esta materia”.

Si bien coincidimos que la regulación es una rigidez del sistema, y que, en definitiva, limita el ejercicio del derecho a negociar colectivamente, no lo hacemos en la conclusión. Previo a exponer el desacuerdo, citar las siguientes normas:

Artículo 6º Ley de Subvenciones:

“Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) bis.- Que destinen de manera íntegra y exclusiva el financiamiento que obtengan del Estado a fines educativos. En ningún caso los sostenedores que opten por recibir el financiamiento que regula este cuerpo legal podrán perseguir fines de lucro mediante la prestación del servicio educacional”.

Artículo 3º Ley de Subvenciones inciso 1º y 2º:

El sostenedor, como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional, gestionará las subvenciones y aportes de todo tipo para el desarrollo de su proyecto educativo. Estos recursos estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos y sólo podrán destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines.

Para estos efectos se entenderá que el financiamiento recibido se destina a fines educativos en el caso de las siguientes operaciones:

(...) ii) Pago de remuneraciones, honorarios y beneficios del personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación, que se desempeñen en el o los establecimientos respectivos.

Conforme al art. 3 inciso final, un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá ser firmado por el Ministro de Hacienda, regulará las materias de que trata este artículo, sin perjuicio de las normas de carácter general que respecto de estas materias deberá dictar la Superintendencia de Educación.

Pues bien, el 25 de febrero de 2016 fue publicado el decreto 582 del Ministerio de Educación, que Aprueba reglamento sobre fines educativos, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3º y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley nº2, de 1998, del Ministerio de Educación⁶⁹.

Básicamente porque la misma norma declara como un fin educativo a el uso de recursos en beneficios de carácter colectivo, en el mismo reglamento, a saber:

Artículo 6º.- Del pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente y asistentes de la educación. Se entenderán ajustados a los fines educativos, el pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación que se desempeñen en el o los establecimientos educacionales.

⁶⁹ En su artículo primero señala: *Artículo 1º.- Fines Educativos y de la afectación de los recursos. Se entenderán por Fines Educativos, aquellos objetivos que la ley ha considerado relevantes de proteger y fomentar, y que tienen como propósito el correcto uso del financiamiento estatal y otros aportes que los sostenedores reciben para el desarrollo de la educación, basado en los derechos y principios que el sistema educativo chileno establece.*

El sostenedor, como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional, será el encargado de gestionar las subvenciones y los aportes de todo tipo, los que siempre estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos y sólo podrán destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines, de acuerdo a lo dispuesto en el presente reglamento.

*Dichas operaciones incluirán los gastos que se realicen en razón del pago de jornadas totales o parciales de trabajo, horas extraordinarias y cualquier otra asignación que corresponda pagar al personal docente y/o asistente de la educación, de conformidad a la ley, **al contrato de trabajo individual o colectivo**, o al convenio equivalente.*

*Este ítem comprenderá, asimismo, los demás derechos y beneficios laborales y previsionales que procedan, con ocasión de una designación, **contrato de trabajo, individual o colectivo**, o convenio equivalente, que hayan de pagarse a los docentes y/o asistentes de la educación.*

Luego, el problema no consiste en el ímpetu o la excesiva regulación, por el contrario, radica en determinar con cuál partida de subvención se financiarán los beneficios que se pacten en un contrato colectivo, ya que la norma reconoce y permite el uso de subvención en el pago de beneficios laborales de carácter individual y colectivo.

En suma, es posible desprender que el autor, plantea un concepto restrictivo de negociación colectiva, ya que la preocupación la enfoca en el ámbito remuneracional. Si bien compartimos que la ley de carrera docente limita el ejercicio del derecho a negociar colectivamente, estimamos que no lo hace por agotar sólo el ámbito remuneracional, lo hace porque deja atado de manos al sostenedor al indicarle expresa y rígidamente la forma en la que debe utilizar los recursos. Y en caso que estos se agoten, no hay posibilidad de cambiar partidas de subvención ya que se encuentran previamente asignadas.

Si aplicáramos lo propuesto por este autor, el artículo 304 debe sufrir la derogación de su inciso 4º, quedando de la siguiente manera:

*Art. 304.- **Ámbito de aplicación.** La negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación y representación.*

No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos.

~~*Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al decreto ley N°3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas conforme al decreto ley N° 3.166, de 1980.*~~

El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código.

c) Nuestra postura: El camino hacía una negociación ramal docente

Habiendo revisado las posiciones –hasta el momento difundidas– procederemos a presentar nuestra postura, destacándose la relevancia de abordar esta problemática, por los siguientes motivos:

En primer lugar, no hacerlo traerá problemas en el ejercicio mismo del derecho a negociar colectivamente, ya que se podrá caer en procesos informales de negociación, como también de huelga o un símil a los ya conocidos “paros” del sector público.

Por otra parte, se pueden producir problemas en torno al financiamiento directo del estado. En este sentido, el reconocimiento de hecho de una negociación informal, puede extenderse a otros rubros e incluso a entes públicos, quienes hoy tienen prohibido negociar, pero pareciera obtienen lo mismo o más a través de los denominados “paros”, en la negociación sui generis o de hecho que tiene el sector público en Chile. Todo lo cual puede traer presiones y exigencias económicas que pueden comprometer el erario público.

Lo anteriormente señalado, se fundamenta en lo descrito en los capítulos anteriores, a saber: extrema rigidez en la utilización de la subvención estatal para

beneficios de carácter colectivo. Esto implica mínima flexibilidad en la utilización de los recursos, o la inexistencia de una partida específica para la negociación colectiva, o ausencia de espacio para trasladar partidas de subvención a otra, y un sistema de remuneraciones predeterminado por la carrera docente.

En esta línea, urge una respuesta legislativa al asunto. No compartimos que haya que derogar el inciso 4° del artículo 304, en lo relativo a los colegios particulares subvencionados, como tampoco coincidimos que la negociación en los términos reglados en el Código del Trabajo, deba ser extendida a los establecimientos de dependencia municipal, o en un futuro próximo, dependientes de los Servicios Locales de Educación. Esto por cuanto, no se soluciona el problema planteado con la extensión. El hecho que se aumente el universo de trabajadores que puedan negociar colectivamente, incluso puede agravar el problema, al no existir regulación al respecto.

Con todo, lo relevante es que no debe existir omisión en dar respuesta a esta problemática. En primer lugar, porque consideramos que se debe evitar que surjan negociaciones colectivas de hecho o informales con el Estado. Como hemos dicho, el sostenedor quedará atado de manos o sin capacidad de acción, si el monto de subvención destinado al Recurso Humano es rígido, el sostenedor debería poder administrar estos recursos –dentro de los fines educacionales- para sortear una inminente huelga, y no solo buscar solucionar el conflicto colectivo, solamente con las condiciones comunes de trabajo que pueda otorgar. Además, esta última solución es limitada, toda vez que es de público conocimiento, que los ítems remuneracionales son los que terminan por destrabar la mayor parte de las veces un proceso de negociación, siendo por antonomasia el reajuste y el bono de término de negociación o aporte sindical los que dan solución al conflicto. El término de una negociación colectiva no pasa en la mayoría por el acuerdo final de las condiciones comunes de trabajo, en consecuencia, el límite está dado por el presupuesto existente y la disponibilidad del mismo para el ámbito de beneficios colectivos de trabajo.

El Estado no debiese ser reactivo frente a esta materia, existe un momento propicio para ser preventivos, consistente en que al año 2025, todos los colegios pasarán a gratuidad, pasando de ser tripartito a bipartito el sistema, esto es, habrá colegios particulares pagados y gratuitos. Así también, en el mismo plazo los mismos deberían haber pasado al sistema de carrera docente. Llegada esa fecha, estimamos debería existir respuesta o al menos tramitación de algún proyecto legislativo que aborde esta temática. En caso contrario, los sindicatos base de cada establecimiento necesariamente comenzarán a organizarse colectivamente, por ejemplo, a nivel de federación o confederación, siendo un órgano suficientemente representativo para negociar directamente con el Estado. Organizarse bajo esta lógica, será una necesidad para llamar la atención del Estado y obligarlo a negociar para el sector. A través de una negociación colectiva de hecho, informal, no reglada, en que se buscará establecer mejoras en las remuneraciones, a través de un aumento presupuestario para el sector educacional que reciba subvención o aportes del Estado, con indicación de la partida y la forma en que deben ser pagados los mismos. Esto es perfectamente posible, toda vez que es la forma en que se determina la composición y el pago de las remuneraciones como ya se señaló anteriormente a través de la carrera docente. Para esto, se debería crear la asignación de subvención y presupuestarla, para que el sostenedor sea un mero intermediario en el pago, como lo hace en la carrera docente.

A nuestro entender, la primera presión vendrá desde los sostenedores, solicitando solución, de hecho, de modo informal es una práctica que ya se realiza. Luego, esta presión, provendrá también desde los sindicatos al no ver satisfechas sus pretensiones en los sucesivos procesos de negociación. Cabe destacar que de acuerdo al artículo 324 del Código del Trabajo, los contratos colectivos tendrán una vigencia de 2 o 3 años. Es decir, a partir de este año, quedan 2 o 3 procesos de negociación en cada colegio en que haya Sindicato. Por ejemplo, llegado el año 2026 ¿cuáles serán los beneficios para mejorar el piso de negociación? ¿Qué puede hacer el sostenedor para otorgar beneficios de carácter remuneracional?

Dicho esto, creemos que el cambio debe ser más profundo que derogar un inciso del artículo 304. A mayor abundamiento, planteamos la creación de una norma especial que venga a regular la negociación colectiva ramal docente.

Así las cosas, nuestra propuesta consiste en lo siguiente:

1) Crear una ley especial, que establezca y regule la negociación colectiva para el personal docente y asistente de la educación, respecto de aquellos establecimientos educacionales que reciban subvención o aportes del Estado. Y por qué no, establecer una negociación ramal.

2) Las partes de esta negociación ramal, serían los trabajadores organizados colectivamente, a través de una Federación o Confederación de Trabajadores de la Educación, quienes a través de sus representantes formen parte de las mesas de negociación y trabajo del sector educacional mencionado. La contraparte sería el Estado, representada por las más altas jefaturas de cada sector. Debiendo estar integrada al menos por los Ministerios de Educación, de Hacienda y del Trabajo. Pudiendo hacerlo, por cierto, a través de representantes, siendo los más idóneos los ministros que presiden cada uno.

3) Esto se fundamenta, en el sentido de que es el Estado quien destina dentro del presupuesto, los recursos para una eventual mejora igualitaria para todos los trabajadores del sector educacional.

4) Para los docentes, las mejoras pasarían por mejorar o acrecentar las diversas asignaciones que componen la carrera docente. Sería en un marco equitativo, ya que la misma carrera docente contiene criterios técnicos de diferenciación entre las remuneraciones, pudiendo siempre mejorar la Renta Básica Mínima Nacional, que supone un aumento para todos los trabajadores.

5) Las condiciones comunes de trabajo también deberían ser objeto o materia de negociación en este nuevo formato.

6) De esta manera, independiente de su dependencia, la condición de pertenencia a esta rama, será recibir subvenciones o aportes del Estado, o que el colegio sea gratuito.

7) En suma, se trata de crear una respuesta legislativa, que permita pactar un instrumento colectivo de trabajo, de rama educacional, con eficacia general o erga omnes⁷⁰.

8) La presente propuesta importa la derogación del inciso 4° del artículo 304. Sin embargo, la derogación no importa la abolición del derecho fundamental a negociar colectivamente ni para este sector ni para aquellos sindicatos que ya lo han realizado por años. Por el contrario, se fortalece el derecho, se respeta su contenido esencial, trasladando la imputación de la contraparte, desde el sostenedor al Estado. Esto por cuanto, es el Estado quien tiene el poder de decisión para decidir dentro del presupuesto nacional, una mejora de las remuneraciones y condiciones comunes de trabajo para este rubro. Estimamos que la derogación debe traer aparejada necesariamente una solución, por cuanto hablamos del ejercicio de un derecho fundamental. No creemos en la derogación sin una propuesta que refuerce el derecho a negociar colectivamente. Sostenemos en este punto el cambio en la contraparte, en donde el Estado asume ser parte en la mesa de negociación, y el sostenedor pasa a ser un administrador de los recursos en la forma que las partes negocien. Esto sin perjuicio, de que algún representante de sostenedores puede formar parte de la mesa, pero ya no como parte, sino como asesor o colaborador. Demás esta decir, que, si no recae en sus hombros el peso de la decisión, no asumirá el rol que tiene hoy.

De acuerdo, al contenido esencial el derecho a negociar colectivamente, es un derecho consagrado, firme y con ejercicio pasado y actual, con Sindicatos que

⁷⁰ Para revisar modelos similares de negociación ramal, ver: GAMONAL Contreras, Sergio; ARELLANO Ortiz Pablo. Negociación Colectiva Ramal y los Mecanismos de extensión: Los casos de España y Francia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 53. Valparaíso, 2019.

actualmente tienen y ejercen la titularidad del mismo. ¿Cómo podría derogarse simplemente? ¿Cómo desconocer un verdadero derecho en ejercicio para negociar colectivamente que detentan hoy los sindicatos ya creados? ¿Cómo abolir uno de los tres pilares que componen la libertad sindical? ¿Cómo justificar esto ante la Organización Internacional del Trabajo y el derecho internacional en general?

Ahora bien, dejar el artículo sin análisis o revisión, y que continúe su aplicación tal cual está, provocará a nuestro juicio, el mismo resultado. Es decir, afectará el núcleo esencial del derecho, toda vez que como ya señalamos, el sostenedor-empleador quedará atado de manos al no poder disponer dentro de los fines educativos, de mayores recursos para asignar a los beneficios colectivos de trabajo. Es decir, no basta con declarar que dentro de los fines educativos están los beneficios de carácter colectivo, para que tenga eficacia el derecho, debe tener financiamiento.

Frente a esta propuesta, podría refutarse que esto generará un aumento desproporcionado del gasto público si se negocia de esta forma. Sin embargo, esta mirada sería errónea, toda vez que, como hemos señalado majaderamente, el financiamiento de estos establecimientos al entrar a gratuidad, ya es exclusivamente público, por lo que incluso negociar para la rama docente, garantiza un gasto ordenado, real y equitativo para todo el personal del sector educacional.

En consecuencia, ante la pregunta realizada en el capítulo 2 letra c), esto es, si la actual forma de negociar colectivamente afecta el núcleo esencial del derecho, la respuesta es sí. Creemos que la solución pasa porque los docentes en un futuro próximo comiencen a negociar como contraparte con el Estado. Para ello, debe realizarse el traspaso en la titularidad de la contraparte, desde el sostenedor al Estado. En caso contrario, el riesgo es que se comiencen a forjar negociaciones igualmente contra el Estado de carácter informal, no reguladas, comprometiendo los recursos del Estado.

d) La Paritaria Nacional Docente: negociación ramal docente en Argentina

Un modelo comparado de negociación colectiva, similar a lo propuesto, lo encontramos en Argentina. Previamente, advertimos que ocupamos este modelo con fines meramente ilustrativos de una realidad similar. Destacamos, la necesidad de estudiar con mayor profundidad otros modelos comparados como, asimismo, experiencias históricas similares experimentadas en nuestro país.

En Argentina, existe una verdadera negociación colectiva ramal que agrupa a todos los trabajadores de la educación con independencia de su pertenencia al sector privado o público. *A través de la creación de la Paritaria Nacional Docente (en adelante PND), se formalizó por primera vez en la historia Argentina, el funcionamiento real de una Negociación Colectiva de nivel nacional para el salario y las condiciones de trabajo docentes*⁷¹.

Desde su creación, la PND, tiene una composición representativa para todas las partes que intervienen en la mesa de negociación. *En 2008 se reunió por primera vez la Paritaria Nacional Docente. Estructurada en forma general por el artículo 10 de la Ley de Financiamiento Educativo (2005) y reglamentada en 2007 por decreto, esta paritaria convoca a una misma mesa al Estado Nacional (representado en los Ministerios de Educación y de Trabajo), a los Estados Provinciales (representados en el Consejo Federal de Educación –en adelante CFE) y a los principales gremios nacionales de la enseñanza primaria y secundaria, CTERA, UDA y CEA, más AMET (enseñanza técnica) y SADOP (escuelas privadas), con representación proporcional a la cantidad de afiliados. De modo que CTERA tiene cinco delegados y el resto de los gremios uno cada uno*⁷². Es decir, los trabajadores de la educación, negocian directamente con el ente que tiene a su cargo la determinación del presupuesto como la disposición del mismo.

⁷¹ CFR. ETCHEMENDY, Sebastián. El Diálogo Social y las Relaciones Laborales en Argentina 2003-2010. Estado, sindicatos y empresarios en perspectiva comparada Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina. 1a ed. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina, 2011. P. 99.

⁷² *Ibidem*. P. 99.

Para su funcionamiento, no existe una parte que deba realizar la convocatoria en específico, pues *“La convocatoria a la negociación puede ser solicitada por las partes no estatales, lo cual funciona como resguardo al funcionamiento de las instituciones del Diálogo”*⁷³.

Al inicio de su funcionamiento, la PND abordó inmediatamente el conflicto laboral docente, no dejando materias excluidas de la negociación. Es específico. Se hizo cargo tanto de los aspectos remuneracionales como de las condiciones comunes de trabajo. En este sentido, *“la paritaria comenzó el 5 de febrero de 2008 con dos instancias planificadas de debate: una primera sobre la carrera docente y las condiciones laborales; y una segunda sobre el nuevo piso salarial. En la primera reunión en la historia de la PND, entonces, se discutió la titularización de los cargos, nuevas alternativas para la carrera docente”*⁷⁵(sic) y la creación de una comisión federal de mediación⁷⁴. Esta última, como una de las instancias encargada de resolver las discrepancias que surjan en el proceso de negociación.

El riesgo que señalamos en el presente trabajo, fue experimentado en Argentina. En específico un organismo no estatal, que incluso no era representante directo de ciertas agrupaciones de trabajadores docentes, comenzó a representar y a negociar directamente con el Estado, ante la nula respuesta legislativa de sus demandas. Lo que trajo como resultado que la presión llevará a crear la PND, como un proceso o instancia formal de negociación colectiva para el sector docente. *“En consecuencia, el cambio en las relaciones laborales en el sector docente en el periodo 2003-2010 no pudo ser más radical y pronunciado. CTERA”*⁷⁵, de ser un sindicato de resistencia y externo al sistema estatal, se convirtió en un interlocutor válido para el Estado y un actor clave en la formulación de las políticas salariales, educativas y de condiciones de trabajo docente a nivel nacional⁷⁶. Por tanto, el riesgo señalado en el capítulo anterior, se evidencia en el modelo argentino, dado que ese proceso informal produjo la creación de la PND.

⁷³ *Ibíd.* P. 99.

⁷⁴ *Ibíd.* P. 100.

⁷⁵ Principal Federación de Trabajadores Docentes Nacional en Argentina. Fue fundada en el año 1973.

⁷⁶ *Ibíd.* P. 95-96.

Importante destacar, que ya en el año 1991, existió un intento de generar un sistema especial de negociación colectiva parecido a la PND, creado por la Ley N° 23.929 de negociación colectiva para los trabajadores docentes, la cual sin embargo, no tuvo aplicación⁷⁷. Es decir, la no respuesta legislativa del sistema, produjo la creación de la PND, habiendo un intento fallido 13 años antes.

Este año, en contexto de Pandemia, igualmente la PND tuvo funcionamiento. Logrando que los dirigentes de la Confederación de Trabajadores de la Educación (Ctera), el Sindicato Argentino de Docentes Privados (Sadop), la Confederación Argentina de la Educación (CEA), la Unión de Docentes Argentinos (UDA) y la Asociación de Magisterio de la Enseñanza Técnica (AMET), llegaron a un acuerdo con el Ministerio nacional, previo al inicio de clases en la mayoría de las provincias del país⁷⁸. *Según el esquema de aumentos, el sueldo mínimo --que en las paritarias del 2020 se estableció en 27.500 pesos en todo el país-- llegará a 31 mil pesos en marzo, mientras que en septiembre alcanzará los 34.500 pesos y en noviembre, previo a una nueva negociación, estará en 37 mil pesos. La suma de aumentos ronda el 32%, pero en la cifra final que contempla también los aumentos de sumas fijas por otros conceptos que se incluyen en cada incremento salarial, tales como el Fondo de Incentivo Docente (FONID) y montos destinados al material didáctico y a la conectividad.*

El modelo argentino de negociación por rama docente, permite evidenciar que cuando el Estado no da respuestas efectivas, por ejemplo, a nivel legislativo, las negociaciones de hecho comienzan a consolidarse. Así también, como en el caso de CTERA, un ente externo, puede pasar a ser un interlocutor válido, aunque no sea el representante que el sistema reconoce. Además, esta informalidad obligó al Estado Argentino a dar una respuesta, consolidando la negociación ramal docente, independiente de la dependencia del colegio, sino que el criterio viene a ser por la

⁷⁷ Dicha regulaba las negociaciones colectivas que se entablen entre el Estado y las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores docentes, cualquiera sea el nivel, rama o especialidad, siempre que presten servicios en escuelas, establecimientos, institutos o universidades, sin más condición que la de mantener relación de empleo con un ente oficial.

⁷⁸ CFR. <https://www.pagina12.com.ar/326394-paritaria-nacional-docente-todos-los-detalles-del-acuerdo>.
Última visita: 03 de julio 2021.

calidad del trabajador. Así las cosas, es posible ver un modelo de negociación formal similar al propuesto en este trabajo, que ya lleva funcionando a lo menos 15 años, negociando incluso en tiempos de Pandemia.

7) Conclusiones

A modo de síntesis, y considerando las distintas etapas del presente trabajo, ya sea, los referentes legislativos vigentes, el funcionamiento actual de la negociación y sus diferentes actores, las posturas de autores en torno a la materia y el levantamiento de una nueva propuesta que se construye desde la experiencia internacional y la realidad de una normativa que desde su rigidez pone *en jaque* la flexibilidad y el núcleo esencial de la negociación colectiva, se desprenden las siguientes conclusiones:

- 1) Es posible observar el surgimiento de una nueva rama del derecho que requiere mayor atención, estudio e investigación por parte de la doctrina. Además de la situación de hecho, existe una profusa normativa que exige la sistematización de las instituciones y categorías jurídicas propias en el ámbito educacional.
- 2) Esta especificidad, trae aparejadas problemáticas que deben ser abordadas, siendo una de ellas la situación que plantea la inclusión de la negociación colectiva para el sector particular subvencionado, a pesar de que su financiamiento en lo inmediato comenzará a ser exclusivamente estatal.
- 3) Lo anterior se ve reforzado, ante la incipiente sindicalización que están experimentando los trabajadores del sector educacional,
- 4) Actualmente la contraparte de los trabajadores del sector educacional es el sostenedor, pues es quien detenta la calidad de empleador. Sin embargo, este empleador comienza a tener como particularidad, la imposibilidad de poder disponer libremente de los recursos con los cuales ejerce el derecho de la libertad de

enseñanza, debido a que el uso de los mismos, por provenir íntegramente del Estado, están rigurosamente regulados en su uso, rendición y fiscalización.

5) Se debió haber realizado una revisión del artículo 304 en el contexto de los últimos 5 años, lustro en que se han dictado una serie de normas laborales y educacionales, que llaman al menos a una revisión de la regulación establecida en dicho artículo para este sector de la economía.

6) Si bien existe un reconocimiento normativo, respecto a utilizar subvención en beneficios de carácter colectivo, las partidas de subvención son tan rígidas -por ser de destinación específica- que no dan amplitud ni manejo al sostenedor para abordar adecuadamente un proceso de negociación colectiva. Es decir, no basta con el reconocimiento de ser un gasto con fin educativo, ya que el recurso asignado resulta muy escaso. La carrera docente no contempla beneficios de carácter colectivo, y el paso a gratuidad tampoco designa una partida específica para ello.

7) Vinculado a lo anterior, es posible estimar que los Sindicatos, organizados, debiesen negociar directamente con el Estado la creación de una partida de subvención, con destinación específica a beneficios de carácter colectivo. O derechamente, negociar directamente con el Estado la mejora de las remuneraciones y/o condiciones comunes de trabajo.

8) Existe poca investigación en la materia. Sin embargo, es posible observar dos tendencias, una restrictiva y una expansiva. La restrictiva plantea la derogación del artículo 304, pero no plantea solución a la lesión del núcleo esencial del derecho a negociar colectivamente. La expansiva, aumenta el universo de trabajadores bajo este derecho, ampliándolo al Municipal. El aumento lo compartimos, pero no soluciona el problema.

9) Nuestra postura es trasladar la titularidad de la contraparte de los trabajadores en la negociación, desde el sostenedor al Estado. Esto por cuanto, es el Estado quien puede disponer de los recursos y su asignación.

10) Para lo anterior, habría que derogar el inciso 4° del artículo 304, y crear una nueva norma que reconozca el derecho a negociar colectivamente y de manera

directa con el Estado, sin intermediarios, como hoy, siendo intermediario el sostenedor.

11) El modelo actual de negociación argentino es ilustrativo respecto a la viabilidad de la propuesta, incluso en el contexto extraordinario que nos encontramos en la actualidad (pandemia).

12) Se requiere una respuesta legislativa previa, en caso contrario, se podría comprometer el financiamiento público, toda vez que el reconocimiento de hecho de una negociación informal, puede extenderse a otros rubros e incluso a entes públicos, quienes hoy tienen prohibido negociar, pero pareciera obtienen lo mismo o más a través de los denominados “paros”, en la negociación sui generis e de hecho que tiene el sector público en Chile.

Finalizando, la propuesta es un tema que debe ser profundizado y discutido en términos académicos y, por supuesto, entre quienes están sujetos a las decisiones políticas a nivel país. Sin embargo, la visibilización, urgencia e inicial propuesta en torno a la negociación colectiva ramal en educación debería apuntarse o, al menos revisarse, en una actual agenda pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

ARELLANO Ortiz, Pablo; SEVERIN Concha, Juan Pablo; FERES Nazarala, María

Ester. Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo. Examen crítico de la Ley N° 20.940. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2016.

CAAMAÑO, Eduardo; UGARTE, José Luis. Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Editorial LegalPublishing. Santiago, 2008.

CABALLERO Muñoz, Rodolfo. Derecho Colectivo del Trabajo. DER Ediciones. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago, 2018.

CARIOLA S.J., Patricio; VARGAS Jaime. Educación particular subvencionada. Un aporte a la modernización de la educación chilena. Santiago, 1999.

ETCHEMENDY, Sebastián. El Dialogo Social y las Relaciones Laborales en Argentina 2003-2010. Estado, sindicatos y empresarios en perspectiva comparada Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina. 1a ed. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina, 2011.

GAMONAL Contreras, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Segunda Edición. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2011.

GAMONAL Contreras, Sergio; GUIDI Moggia Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. Cuarta Edición. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2015.

GAMONAL Contreras, Sergio; ARELLANO Ortiz Pablo. Negociación Colectiva Ramal y los Mecanismos de extensión: Los casos de España y Francia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 53. Valparaíso, 2019.

HALPERN Montecino, Cecily, HUMERES Nogueer Héctor. La Reforma Laboral de la Ley N° 20.940. Editoria Thomson Reuters. Santiago, 2017.

HUMERES Nogueer Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II, Derecho Colectivo del Trabajo. Décimo octava edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2016.

IRURETA Uriarte, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un Análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado. Edición II, N° 9, 2006.

LANATA Fuenzalida, Gabriela. Sindicatos y Negociación Colectiva. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2012.

MONCKEBERG Díaz Nicolás, ALLAMAND Zavala Andrés. Respuesta a la reforma laboral, anotaciones parlamentarias a la ley N° 20.940. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2017.

MORAGA Neira, René. Código del Trabajo comentado. Tomo II. Cuarta Edición actualizada. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2014.

ROMERO Labra Alfredo; ZÁRATE Carrazana Miguel. Introducción al Derecho Educacional Chileno. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2013.

SQUELLA Narducci Agustín. Introducción al derecho. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2014.

TOLEDO Corsi, César. Tutela de la libertad sindical. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2013.

UGARTE Cataldo, José Luis. Huelga y Derecho. Editorial Thomson Reuters. Santiago, 2016.

WALKER Errázuriz, Francisco; Arellano Ortíz, Pablo. Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo. Editorial Librotecnia. Santiago, 2014.

ZARATE Carrazana, Miguel. La Educación como actividad económica. Bases para una crítica al sistema educacional escolar chileno. Editorial DER Ediciones. Santiago, 2021.

Normativa

Constitución Política de la República de Chile

Código del Trabajo

Ley N° 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación.

Ley N° 21.109, Estatuto Asistentes de la Educación Pública,

Ley N° 20.845, de inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del estado.

Ley N° 20.940, Que moderniza el sistema de relaciones laborales.

Ley N° 20.903 establece una nueva estructura de remuneraciones para los profesionales de la educación que pasen a regirse por el Título III del DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación

Ley de subvenciones/DFL 2 1998, Ministerio de Educación, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

Ley N° 20.248, establece Ley de Subvención Escolar Preferencial

Ley N°19.410, modifica la ley n° 19.070, sobre estatuto de profesionales de la educación, el decreto con fuerza de ley n° 5, de 1993, del Ministerio de Educación, sobre subvenciones a establecimientos educacionales, y otorga beneficios que señala

DFL 2 de julio de 2010, Ministerio de Educación, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº 20.370 con las normas no derogadas del decreto con fuerza de ley nº 1, de 2005.

DFL N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación

Decreto Supremo N° 315 Reglamenta requisitos de adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media.

Decreto Supremo N° 8.144, reglamenta decreto ley nº 3.476, de 1980, sobre subvenciones a establecimientos particulares gratuitos de enseñanza

Dictámenes de la Dirección del Trabajo:

Dictamen N° 2372, de 26.10.82 y N° 2380/71, de 01.04.91

Dictamen N° 7166/307, de 13.11.1995

Dictamen N° 3356/50 de 01.09.2014

Dictamen N° 708/4, de 07.02.2011

Dictamen N° 2523/43, de 22.06.2011

Dictamen N° 3069/153, de 14.08.2001

Dictamen 1654 de 14 de junio de 2021, Dirección del Trabajo

Dictamen N° 102.495 de 2021, Contraloría General de la República

Ordinario 1895 de 14 de junio de 2021, Ministerio de Educación