C.A. de Valparaíso

Valparaíso, siete de enero de dos mil veintiuno.

Visto:

A folio 1 comparece doña Javiera Opazo Vaccaro, abogada, domiciliada en calle 2 poniente 255, departamento 51, Viña del Mar, quien interpone en su favor recurso de protección en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, representada por su director don Ricardo Guzmán Sanza, domiciliada para estos efectos en calle Compañía número 1467, segundo piso, Santiago, en razón de haberse cometido un acto ilegal y arbitrario que ha vulnerado sus garantías constitucionales señaladas en el artículo 19 N°1, 2, 11 y 22, de la Constitución Política, al rechazarse su solicitud de no aplicarse en su caso lo dispuesto en el oficio "OFICIRNOR 8AJ N° 10", que imparte instrucciones sobre pago del beneficio de sala cuna durante pandemia.

Fundamentando su acción, señala que el referido oficio contiene una instrucción del Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (en adelante CAPJ) a todos los administradores zonales y jefes de departamento, en el que se explica que habiéndose analizado la pertinencia de continuar efectuando reembolsos por el pago de un beneficio regular de sala cuna en período de emergencia sanitaria, en circunstancias que éstas se encuentran cerradas, se determinó que se seguiría pagando el subsidio regular de sala cuna sólo en la medida que se cumplieran dos requisitos, siendo éstos, primero, que el Departamento de Finanzas debe verificar que la sala cuna no se encuentra acogida a la ley de protección del empleo y segundo, que la funcionaria beneficiaria deberá acompañar, junto con los demás documentos para el reembolso, declaración jurada simple del representante o Director de la sala cuna, en que se manifieste que durante el período de pandemia ha mantenido los contratos de sus trabajadores, ha pagado las remuneraciones íntegras y ha dado cumplimiento al pago de cotizaciones de seguridad social, señalándose además que si no se acreditaban dichas exigencias, se podría pagar el "beneficio excepcional transitorio" indicado en el numeral 1.4 del Oficio Circular 6RH N° 96 de 09.06.2020, el cual, a su vez, consiste en pagar a una persona para que cumpla funciones de guardería del niño, en su caso, su hijo Cristóbal Miranda Opazo de 1 año y 9 meses de edad.

Explica que actualmente se encuentra gozando del beneficio de sala cuna regular concedido por la Resolución N°1225 de 12 de agosto de 2019, concediéndolo desde el 18 de julio de 2019 y hasta el 29 de enero de 2021), subsidiándose, conforme lo establece la ley y en particular el artículo 203 del Código del Trabajo, la sala cuna menor y mayor de su hijo hasta la fecha.

LLJEXFXOWK

Expresa que si bien el jardín ha permanecido sin atención presencial y ha suspendido algunos contratos de trabajo, en razón de la pandemia de COVID-19, no ha dejado de prestar el servicio de educación preescolar de su hijo, permitiendo su saludable e íntegro desarrollo y recibiendo la formación requerida para su edad y capacidades, apoyo remoto que le ha permitido desempeñarse en sus funciones como secretaria letrada sin preocuparse de los aspectos técnicos fundamentales para una completa formación de su hijo.

Añade que ante la comunicación de la CAPJ sobre la suspensión del beneficio de sala cuna, el 02 de noviembre de 2020, remitió una carta a la Administradora Regional de la recurrida, doña Marcela Elizabeth Seemann Durán, solicitándose que se continuara con la prestación regular de su derecho a sala cuna, puesto que en su caso, la prestación se cumplía efectivamente en los términos explicados, por lo que la aplicación de la circular del 14 de octubre sería improcedente. Que dicha solicitud tuvo respuesta el 12 de noviembre mediante oficio 1033-2020, en el que se le informa que al haberse acogido a la Ley de Protección al Empleo el jardín, no se puede acceder a la mantención del beneficio.

Manifiesta que el rechazo a su solicitud es ilegal, por cuanto el derecho a la prestación de sala cuna está establecido por el Código del Trabajo en el artículo 203, el cual, en aplicación del artículo 194 incisos primero y tercero del mismo cuerpo legal, se hace extraordinariamente aplicable a ella como funcionaria pública, siendo la intención del legislador ampliar la protección a la maternidad en el mayor grado posible y que la educación preescolar sea entregada por quien tiene las aptitudes para poder impartirla. Que esta conducta conforma una primera ilegalidad, ya que su hijo está recibiendo la educación preescolar competente, pero debe renunciar a su derecho original para reemplazarlo por uno que no cumple con la certificación.

Asevera que esta medida la obliga a que deba buscar los servicios de un cuidador a domicilio, lo que vulnera además del artículo 19 N°11 de la Constitución Política de la República, el artículo 8 de la Ley General de Educación N° 20.370, hoy refundida en DFL 2/2009 del Ministerio de Educación, y el artículo 18 de la misma norma.

Aduce que el acto recurrido es, además, arbitrario, ya que se ha empleado la verificación de aplicación de la Ley de Protección al Empleo por parte de los jardines infantiles, pero que esta acción es netamente instrumental pues solo busca determinar que no se esté entregando recursos a instituciones que no estén funcionando, lo que no ocurre en su caso, donde su hijo ha sido educado efectivamente todo este tiempo.

Manifiesta que el acto ilegal y arbitrario descrito, incide en la vulneración de los siguientes derechos fundamentales protegidos en el catálogo señalado en el artículo 20 de la Constitución, los numerales 1,

LLJEXFXOWK

integridad física y psicológica; 11, libertad de enseñanza, 2 y 22; no discriminación y no discriminación en materia económica.

Explica que la vulneración al artículo 19 N°1 se genera en que la modalidad excepcional comprende la necesidad de contratar una persona ajena a su hogar para que desempeñe las labores de cuidado de su hijo, lo que la expone a un riesgo de infección por Covid-19 que es absolutamente innecesario, dado que a la fecha tiene las necesidades formativas de su hijo cubiertas de manera remota.

Arguye que la vulneración más flagrante e se da respecto del artículo 19 N°11 inciso cuarto, libertad de enseñanza, por cuanto se le pone en la disyuntiva de contratar a alguien que ejerza las labores de cuidado de su hijo a domicilio si quiere mantener el beneficio que legalmente le corresponde, impidiéndosele continuar su vínculo con la educación que actualmente posee y se restringe la posibilidad que tiene de elegir el establecimiento de enseñanza.

Estima que, además este acto ilegal incide en la vulneración del artículo 19 N°2 , igualdad ante la ley, y el artículo 19 N°22, no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, por cuanto a partir de la norma general adoptada, se hace una discriminación injustificada entre dos maneras de prestar educación preescolar, esto es, un cuidado unipersonal que se contrata para esta situación de emergencia y el cuidado remoto que suma al que se da en el contexto familiar, en donde el primer modelo de educación estaría siendo privilegiado económicamente, estimulándolo a través de un subsidio que en condiciones normales no se estaría pagando, en desmedro del segundo modelo, que estaría siendo a su vez privado de recursos para continuar, todo lo cual provoca un serio daño a futuro, puesto que las instituciones educaciones formales y no las cuidadoras particulares son las que deben asumir el proceso de normalización social post-pandemia.

Solicita, en mérito de lo expuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la Republica y el Auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, más las normas constitucionales y legales ya citadas, se acoja a tramitación el presente recurso en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y, previo informe de la recurrida, se acoja la presente acción constitucional, declarándose, con costas, primero, que se han visto vulnerados los derechos fundamentales establecidos en los numerales 1, 2, 11 y 22 del artículo 19 de la Constitución y se ordene a la recurrida la continuación del pago de su beneficio de sala cuna regular en conformidad a la ley y lo señalado en el decreto que originalmente lo otorga, entendiéndose inaplicable en su caso la disposición del OFICIRNOR 8AJ N° 10 de 14 de octubre de 2020, por encontrarse su hijo recibiendo la educación preescolar que le corresponde por vía remota.

LLJEXFXOWK

A folio 7, evacua su informe el abogado don César Miguel Deramond Rubio, en representación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Se refiere al contenido del oficio OFICIRNOR 8AJ N° 10, de 14 de octubre de 2020, e indica que la recurrente tiene reconocido el beneficio de sala cuna regular según resolución N°1225, de 12 de agosto de 2019, por el período desde el 18 de julio de 2019 hasta el 29 de enero de 2021.

Señala que el subsidio de sala cuna se ha pagado regularmente por la Corporación hasta el mes de octubre del año 2020 inclusive y solamente está retenido el pago de noviembre de acuerdo con la instrucción contenida en el ya citado oficio OFICIRNOR 8AJ N° 10.

Explica que, con relación al pago de salas cunas durante el estado de excepción constitucional motivado por la pandemia de Covid-19, la Contraloría General de la República emitió el Dictamen N° 9913/2020, en el que señala que las excepcionales circunstancias ocasionadas por la pandemia han afectado el debido cumplimiento de los contratos celebrados con ocasión de dicha prestación, incluso afectando a reparticiones públicas que cuentan con salas cunas institucionales, las que también han dejado de recibir a esos niños, ya que por decisiones sanitarias y de protección a la salud tanto de los menores como de sus funcionarios, se encuentran cerradas. Que, sin embargo, los gastos operativos se han mantenido, como son el pago de las remuneraciones de los funcionarios que se desempeñan en esos centros infantiles, toda vez que tales instituciones se han visto imposibilitadas de mantener abiertas dichas instalaciones. Que dicho dictamen agrega que la norma del artículo 203 del Código del Trabajo está prevista bajo condiciones de normalidad, en la que no concurren circunstancias excepcionales como las ocasionadas por el COVID-19.

Que por ello el mencionado órgano contralor ha señalado que mientras se encuentren vigentes las medidas sanitarias que se vinculan con el cierre de jardines infantiles y salas cunas y de no mediar una solución legislativa en el intertanto, corresponde que las autoridades adopten las medidas conducentes a conciliar de la mejor forma posible el ejercicio de la maternidad y el desempeño laboral de las funcionarias afectadas.

Respecto a la mantención de los contratos celebrados por sala cuna, indica que la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 6.854/2020, se ha referido a la posibilidad de efectuar el pago a los proveedores en los casos en que los contratos no se cumplan de acuerdo a lo pactado producto del cierre total o parcial de las oficinas e instalaciones de los órganos públicos, precisando que dicho pago procederá siempre que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades y acrediten el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social, en los términos dispuestos en tal dictamen. Lo anterior se funda en la imposibilidad de dar

LLJEXFXOWK

cumplimiento a los contratos en los términos convenidos que deriva de una situación de caso fortuito.

Añade que Dictamen ha dispuesto que, de prolongarse la situación de excepción y mantenerse el cierre total o parcial de las dependencias, el órgano contratante se encuentra facultado para modificar el contrato, por ejemplo, reduciendo el monto a pagar considerando los insumos que no serán utilizados por el proveedor, de manera de evitar que se produzca un enriquecimiento injustificado en perjuicio del patrimonio público, ello, en ejercicio de las potestades que el legislador le ha reconocido a la Administración en el ámbito de la contratación administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, letra d), de la ley N° 19.886 y 77 número 4° de su reglamento, contenido en el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Agrega que, no obstante, esta modificación o disminución del monto a pagar es inaplicable al Poder Judicial, pues, a diferencia de lo que ocurre con los organismos de la Administración del Estado, en cada institución contrata directamente con la sala cuna elegida por la funcionaria, en el Poder Judicial se trata de un subsidio que complementa el gasto que la funcionaria realiza al contratar ella directamente con la sala cuna, por lo que la Corporación Administrativa es un tercero ajeno a ese contrato, y carece de facultad para alterar sus condiciones.

Sostiene que, conforme lo indicado en el Dictamen N° 9913/2020, esto es, que procede el pago siempre que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo contrato y se acredite el cumplimiento del pago de sus remuneraciones y de las obligaciones de seguridad social, la Contraloría General de la República entiende que el citado criterio es aplicable a los contratos de sala cuna, ya que se trataría de prestaciones de servicios pactados con un particular, el que se encuentra imposibilitado de recibir a los menores por circunstancias ajenas y no imputables a él, y por consiguiente estima que la Administración debe continuar con el pago acordado, en la medida que se den los supuestos señalados precedentemente, señalando expresamente que la eventual mantención del pago con ocasión de los contratos en cuestión resultaría improcedente respecto de los proveedores acogidos a los beneficios de la ley N° 21.227, sobre protección al empleo.

Aduce que el citado órgano contralor se pronunció favorablemente respecto de la procedencia de entregar a las funcionarias un monto en dinero equivalente a la prestación de sala cuna destinado a financiar los cuidados de los niños menores de dos años, respecto de aquellas que deben acudir presencialmente a realizar sus labores públicas durante la actual pandemia del COVID-19, para el caso en que no se den los supuestos para mantener los contratos de sala cuna conforme a los criterios ya expresados.

LLJEXFXOWK

Afirma que las normas sobre caso fortuito o fuerza mayor del derecho común parecen aplicables a este caso, por lo que en principio no se advierte irregularidad en el pago del subsidio como reembolso de un gasto efectivamente realizado por la funcionaria, por contrato de sala cuna, aun cuando el servicio no se encuentre efectivamente prestado, toda vez que dicha suspensión de funciones se ha debido a causas ajenas a voluntad de los contratante; ello, siempre y cuando la sala cuna pague las remuneraciones de sus trabajadores y las prestaciones de seguridad social y no se encuentre acogida a la ley de protección del empleo.

Concluye expresando que en el oficio OFICIRNOR 8AJ N° 10, de 14 de octubre de 2020, del Director de la Corporación Administrativa, no se incurrió en ilegalidad ni arbitrariedad alguna, sino que únicamente dicho Director dio cumplimiento a lo ordenado por el Consejo Superior que dirige a la recurrida, en el acuerdo que consta en el Acta N° 753, de 3 de septiembre de 2020, acuerdo contra el cual específicamente no se ha recurrido de protección.

Solicita tener por evacuado el informe requerido y negar lugar al recurso de protección, con costas.

A folio 16, informa la Dirección del Jardín Infantil Mi Club, señalando que desde la declaración de pandemia en el territorio nacional y por mandato del MINSAL y MINEDUC, dicho Jardín Infantil y Sala Cuna no pudo continuar funcionando de manera regular, por lo que se optó por la modalidad de trabajo remota, realizado por las Educadoras de Párvulos de su institución.

Sostiene que en el nivel de Sala Cuna, cada jueves la Educadora envía un cuadro de las experiencias de aprendizaje a realizar la semana siguiente, y los materiales que se necesitan graficados en imágenes, también envía un cronograma de los objetivos y el desarrollo de las actividades diarias, apoyado con videos tutoriales (capsulas educativas) por cada experiencia de aprendizaje, donde se explica cómo se deben desarrollar las actividades.

Explica que una vez por semana la Educadora realiza video llamadas de 30 minutos, con el propósito de hablar con los apoderados sobre el trabajo pedagógico realizado en la semana, además de dialogar sobre las dificultades, mejoras, avances y sugerencias de los resultados del trabajo pedagógico que se desarrolla con los niños y niñas.

Agrega que, respecto de los Niveles Medio y Transición, diariamente a través de diversas plataformas, Zoom, Meet, Whatssapp y correo electrónico, envían cápsulas educativas, se conectan con los niños, niñas y apoderados en actividades presenciales con el fin de favorecer los objetivos de aprendizaje de los Planes anuales 2020, con las adecuaciones que la situación lo amerita.

Indica que si bien desde abril a la fecha acogieron a la Ley de la Protección del Empleo a parte de su personal, principalmente a las técnicas en educación parvulario, personal de aseo y cocina, las

LLJEXFXOWK

Educadoras del equipo pedagógico de aula han continuado con el trabajo en sus distintos Niveles Educativos.

Finaliza informando que el 30 de noviembre el Jardín Infantil ha reanudado la atención presencial en los niveles Sala Cuna Menor y Nivel Integrado, con la debida autorización del Ministerio Salud y la Sub Secretaría Regional Ministerial de Educación. Adjunta al efecto Resolución Exenta N°2365 de 24 de noviembre de 2020, de la Secretaría Regional Ministerial de Educación Región de Valparaíso que autoriza a los establecimientos educacionales que se indican para la reanudación de clases presenciales.

A folio 17, se ordenó traer los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

1.- Que el recurso discurre sobre una base equivocada, porque lo que reclama, en suma, es el financiamiento de una sala cuna virtual, remota o telemática, que la actora considera importante para la educación de su hijo. Sin embargo, lo que la norma legal dispone, en cuanto obligación de la empresa, es la de mantener salas para los hijos de las trabajadoras (o financiar estancia en ellas) para que éstas puedan "dejarlos mientras están en el trabajo" (artículo 203 del Código del Trabajo). Es decir, lo resguardado es el cuidado del hijo, el cuidado directo y personal, lo que en modo alguno puede hacerse por vía telemática o remota.

2.- Que lo anterior no implica en modo alguno menospreciar la importancia de la educación preescolar, pero no es la educación de los hijos de los trabajadores lo que los empleadores tienen obligación de solventar, pues de ser así no se pondría límite de edad, en tanto los hijos estuvieran en el proceso escolar. Lo resguardado, en tanto financiamiento patronal, es el cuidado del niño pequeño, que solo puede prestarse en forma presencial, como es de toda evidencia.

3.- Que cabe insistir en que no está aquí en cuestión el derecho a elegir el sistema o establecimiento educacional, porque lo central es el cuidado del infante; eso hace que exista la obligación de financiar la sala cuna: lo que el legislador persigue es que el cuidado del niño no impida a la madre trabajar. Es obvio que una sala cuna puede entregar un servicio educacional, cuando la edad del niño lo permite, pero asimismo y como cuestión central entrega el servicio de cuidado del lactante o del párvulo, y con toda claridad de los dos elementos, lo que determina la obligación de pago del empleador es el segundo. No puede financiarse por el empleador un sistema meramente escolar, debe incluir–de modo imperativo- de un sistema de cuidado, pues eso es lo esencial en cuanto a compatibilizar el bienestar del hijo con el trabajo de la madre. Y como eso no puede cumplirse por vía remota, la obligación de pago de la sala cuna supone necesariamente que esa sala cuna cuide, presencialmente, al párvulo. En la especie eso no puede ocurrir y no es lo que se pide tampoco.

4.- Que, por fin, la recurrida ha cumplido su obligación en la forma en que puede hacerlo: pagando un subsidio para que se contrate

LLJEXFXOWK

un cuidador o cuidadora. La argumentación de la actora en cuanto a que eso podría introducir peligro de contagio de covid, es de nuevo equívoca, porque soslaya que el mismo peligro existe si se lleva al niño a una sala cuna presencialmente, que es la otra forma de cumplir la obligación. En efecto, no hay ninguna otra manera de prestar ese cuidado de forma pagada por el empleador, porque por vía remota es imposible cuidar a ningún infante. En consecuencia, no ha existido en la especie acto ilegal o arbitrario alguno, lo que determina el rechazo de la acción.

Por estas consideraciones, y teniendo, además, presente lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza** el recurso de protección en favor de doña Javiera Opazo Vaccaro, en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

N°Protección-39752-2020.

Raul Eduardo Mera Muñoz
Ministro
Fecha: 07/01/2021 13:17:50

Maria del Rosario Lavin Valdes
Ministro
Fecha: 07/01/2021 13:17:51

Rafael Francisco Corvalan Pazols
Ministro
Fecha: 07/01/2021 13:17:52

LLJEXFXOWK

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Raul Eduardo Mera M., Maria Del Rosario Lavin V., Rafael Francisco Corvalan P. Valparaiso, siete de enero de dos mil veintiuno.

En Valparaiso, a siete de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

LLJEXFXOWK

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl