

**COVID-19, protección a la maternidad, beneficios de sala cuna y jardín infantil, medidas extraordinarias de gestión, mantención contratos de servicios, entrega beneficios alternativos, requisitos**

Aplica dictámenes 3610/2020, 6854/2020, 3771/96, 68316/2016

Ctr art/203 inc/1, Ctr art/203 inc/5, Pol art/19 num/9, ley 19886 art/13 lt/d, dto 250/2004 Hacia art/77 num/4, ley 21227 ,

Atiende oficio N° 49.939, de 2020, de la Cámara de Diputados, y otras presentaciones sobre la entrega de los beneficios de sala cuna y jardín infantil, durante el período de pandemia por COVID-19.

N° 9.913 Fecha: 15-VI-2020

Se ha dirigido a esta Contraloría General la diputada Marcela Sabat Fernández, para consultar sobre la entrega del beneficio de sala cuna durante la pandemia causada por el COVID-19. En este mismo sentido han efectuado presentaciones las Municipalidades de La Cisterna y de Vitacura; la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; el Servicio Nacional de Turismo y el Instituto Nacional de Deportes de Chile, preguntando, además, si procede mantener el pago del beneficio de sala cuna en modalidad alternativa y excepcional que se ha previsto en el dictamen N° 68.316, de 2016, así como también la entrega del beneficio de jardín infantil.

Asimismo se ha recibido la presentación de don Óscar Olivares Jatib, en representación de la Confederación Nacional de Funcionarios de Salud Municipal, CONFUSAM, y la del Director Suplente del Hospital Provincial del Huasco, quienes consultan sobre la procedencia de otorgar el beneficio de sala cuna en una modalidad especial para aquellas funcionarias del sector salud municipal que están concurriendo a su lugar de trabajo y no cuentan con un lugar donde dejar a sus hijos menores de dos años.

Por su parte, la Universidad de Chile solicita precisar el alcance del dictamen N° 6.854, de 25 de marzo de 2020, de esta Contraloría General al beneficio de sala cuna, toda vez que estima que no se estaría ante la misma hipótesis, por cuanto la entrega de ese beneficio no obedece a una decisión de esa repartición estudiantil, sino que, por el cierre de los jardines infantiles, y por tanto un hecho ajeno a la voluntad de esa casa de estudios.

Sobre el particular, cabe señalar que el inciso primero del artículo 203 del Código del Trabajo - disposición que resulta aplicable a las funcionarias de la Administración del Estado-, consigna que “las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo”. Dicha obligación, de acuerdo

con lo indicado en el inciso quinto de ese artículo, se entiende igualmente cumplida si el empleador paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la empleada lleve a sus hijos, en cuyo caso este deberá escoger entre aquellos que cuenten con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación.

Al respecto, es del caso recordar que en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19, y en resguardo del derecho a la protección de la salud garantizado por el artículo 19, N° 9°, de la Constitución Política, y en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional aprobado por la Organización Mundial de la Salud -de la que Chile es miembro-, se declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del COVID-19.

En los hechos, dicha pandemia ha afectado el normal desenvolvimiento de las distintas actividades en todo ámbito de labores, lo que también trasciende a las tareas que realizan los funcionarios públicos. No obstante, los principios que inspiran la función pública y en especial el principio de servicialidad del Estado, hacen imperioso seguir prestando funciones de manera continua a pesar de las excepcionales circunstancias.

De conformidad con lo expresado, el dictamen N° 3.610, de 2020, concluyó que ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional y que constituye una situación de caso fortuito, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas extraordinarias de gestión a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad de la función pública y de procurar el bienestar general de la población.

Es necesario precisar que dentro de las medidas de resguardo de la salud pública, el Ministerio de Salud decretó el cierre temporal de los recintos educacionales, incluyendo a los jardines infantiles, tal como da cuenta la resolución exenta N° 180, de 2020, de la Subsecretaría de Salud Pública, por lo cual actualmente los niños menores de dos años que asistían a salas cuna que funcionaban en jardines infantiles, se encuentran imposibilitados de concurrir a esa clase de establecimientos, suspendiéndose por tanto la entrega del beneficio consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Como puede advertirse, las excepcionales circunstancias ocasionadas por la pandemia han afectado el debido cumplimiento de los contratos celebrados con ocasión de esa prestación.

A su turno, se advierte que aquellas reparticiones públicas que cuentan con salas cunas institucionales 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. 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 están prestas a cumplir la obligación legal y por circunstancias ajenas a su voluntad generadas por la pandemia, se han visto imposibilitadas de mantener abiertas dichas instalaciones.

Pues bien, como puede advertirse de la redacción del artículo 203 del Código del Trabajo, el empleador cumple con la consignada obligación instalando el correspondiente anexo, lo que se conoce como sala cuna institucional, así como también suscribiendo convenios con otras instituciones públicas que tuvieran dichos recintos o manteniendo contratos con entidades privadas que estén debidamente autorizadas.

No obstante, se debe hacer presente que tal preceptiva legal se previó bajo condiciones de plena normalidad, en la que no concurren circunstancias excepcionales como las ocasionadas por el COVID-19. En efecto, en la actualidad sucede que, aunque el empleador haya dispuesto un lugar para que sus trabajadoras dejen a sus hijos mientras laboran, este no se puede utilizar por razones de fuerza mayor.

De este modo, expresado lo anterior, cabe señalar que mientras se encuentren vigentes 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.

En este sentido, las respectivas jefaturas pueden establecer criterios diferenciados a la hora de fijar la distribución de la carga laboral, tales como excluir a las funcionarias con hijos menores de dos años de aquellos turnos de trabajo presenciales, priorizando para estas servidoras el desempeño de funciones en modalidad remota o de teletrabajo, así como flexibilizar los horarios de ingreso y de salida.

Luego, en lo que respecta a la mantención de los contratos celebrados con ocasión de prestación de sala cuna, cabe hacer presente que esta Entidad Fiscalizadora en su dictamen N° 6.854, de 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 será procedente, 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.

Puntualiza ese dictamen que ello es procedente, considerando que la imposibilidad de dar cumplimiento a los contratos en los términos convenidos se deriva de una situación de caso fortuito, en razón de la crisis sanitaria que ha conducido a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, siendo, por ende, un hecho irresistible y ajeno a la voluntad del proveedor.

Tal pronunciamiento añade que, en el evento 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, esta vez en favor del proveedor y 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.

Pues bien, ese criterio es aplicable a los contratos de sala cuna, ya que se trata 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. En consecuencia, la Administración debe continuar con el pago acordado, en la medida que se den los supuestos señalados precedentemente, esto es, que

se mantengan los contratos de sus trabajadores y que se les continúen pagando sus remuneraciones y obligaciones de seguridad laboral y social. Asimismo, la autoridad puede optar por ejercer las facultades modificatorias del contrato o ponerles término anticipado, conforme con la normativa respectiva.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe añadir que la eventual mantención del pago con ocasión de los contratos en cuestión resulta improcedente respecto de los proveedores que se acogieron a los beneficios de la ley N° 21.227, conocida como Ley Sobre Protección al Empleo, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril del presente año, toda vez que esos empleadores han optado por soluciones que les permiten dejar de pagar las remuneraciones de sus trabajadores.

Precisado lo anterior, corresponde referirse a la consulta sobre la procedencia de entrega 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 funcionarias que deben acudir presencialmente a realizar sus labores públicas durante la actual pandemia del COVID-19.

Sobre el particular, es dable mencionar que el empleador cumple con su obligación establecida en el artículo 203 del Código de Trabajo, al tener salas anexas como salas cuna, celebrar convenios con otras salas cunas institucionales o al contratar ese servicio con una entidad privada. En consecuencia, en la medida que se esté dando cumplimiento a tal obligación con alguna de esas alternativas, no procede el pago del beneficio de sala cuna, ya que se traduciría en un doble gasto por el mismo concepto para la Administración.

Ahora bien, en aquellos casos en que el órgano de la Administración no se encuentre pagando por concepto de sala cuna al tenor de lo antes expuesto y en la medida que exista disponibilidad presupuestaria,, esta Contraloría General no advierte inconveniente en que se entregue un monto en dinero para costear los cuidados de los niños menores de dos años que actualmente han visto suspendido el beneficio de sala cuna respecto de aquellas funcionarias que, atendidas su funciones, se ven en la obligación de concurrir presencialmente a sus lugares de trabajo, como acontece con las trabajadoras de los establecimientos de salud.

Por su parte, también se ha consultado por la mantención de la entrega del beneficio de jardín infantil, considerando que actualmente esos establecimientos se encuentran cerrados, por lo que no pueden otorgar la prestación contratada, y considerando también los recortes presupuestarios que han tenido lugar para asumir los gastos ocasionados por la pandemia.

Al respecto, cabe señalar que el beneficio de jardín infantil si bien se asemeja al de sala cuna desde el punto de vista del tipo de prestación que se otorga, jurídicamente tiene una regulación distinta, pues es un beneficio enmarcado en el ámbito de la seguridad social conforme a la ley N° 17.301, y su otorgamiento está subordinado a la existencia de recursos por parte de la institución correspondiente, la cual puede otorgar esta prestación a través de un jardín infantil propio y solventar de su cargo todo o parte de los gastos que el otorgamiento de esa franquicia implique, ello según sus disponibilidades presupuestarias, como se señalara por esta Contraloría General en el dictamen N° 3.771, de 1996, entre otros.

Pues bien, dado que se trata de un beneficio voluntario y sujeto a disponibilidad presupuestaria, y teniendo además en cuenta los recortes de esa índole dispuestos con ocasión de la pandemia del COVID-19, no existe obligación legal de mantener su otorgamiento en las actuales circunstancias.

Ahora bien, en relación a los contratos celebrados por algunas reparticiones públicas para la entrega del beneficio de jardín infantil, cabe indicar que a su respecto resulta aplicable lo dispuesto en el citado dictamen N° 6.854, de 2020, sobre la posibilidad de mantener el pago de ciertos servicios, en las condiciones ahí señaladas, así como también lo expresado en ese pronunciamiento en relación a la procedencia de modificar los convenios o contratos suscritos al respecto, o ponerles término anticipado, cuando se hayan acogido a la ley N° 21.227, o cuando no haya presupuesto para solventarlos.

Por último, también se ha consultado sobre la procedencia de mantener la entrega de los montos en dinero que se otorgan como una modalidad alternativa del beneficio de sala cuna para las funcionarias cuyos hijos menores de dos años presentan una enfermedad grave que imposibilita su asistencia a una sala cuna, en los términos indicados en el dictamen N° 68.316, de 2016.

Al respecto, cabe señalar que este beneficio se contempló como una medida excepcional que concurre única y exclusivamente por enfermedades graves del menor debidamente certificadas por el médico tratante. Ahora bien, las circunstancias especiales que ha generado el COVID-19 no han alterado los presupuestos de su entrega, toda vez que los recursos asignados en dicho caso estaban contemplados con anterioridad a la aparición de esa enfermedad y no están asociados a contratos preexistentes ni cupos en establecimientos de sala cuna.

Por ende, su mantención no implica incurrir en un doble gasto, resultando, por tanto, obligatoria su mantención respecto de cualquier trabajadora que preste servicios, ya sea en modalidad remota o presencial.

Consecuente con ello, este beneficio excepcional únicamente puede suspenderse respecto de las trabajadoras que actualmente se encuentran en sus casas sin cumplir labores en esas modalidades, así como también aquellas que estén haciendo uso de un permiso sin goce de remuneraciones, pues en estos casos no hay un desempeño efectivo, requisito esencial que hace procedente este beneficio, de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

Diputada Marcela Sabat Fernández

## COVID-19, pago jardín infantil, servicios a distancia, requisitos, adecuación contratos

Aplica dictámenes 9913/2020, 6854/2020, 8507/2020

Ley 21227 art/1, ley 21227 art/7 ,

Procede el pago de los servicios de jardín infantil prestados de manera remota durante la pandemia del COVID-19.

Nº E39755 Fecha: 30-IX-2020

La Dirección del Trabajo solicita que se complemente el dictamen Nº 9.913, de 2020, de este origen, pues a su entender, este no comprendería el caso de los jardines infantiles que durante la actual pandemia del COVID-19 se acogieron solo parcialmente a la ley Nº 21.227, Ley sobre Protección al Empleo, y que actualmente continúan otorgando los servicios en una modalidad distinta a la pactada, esto es, de una manera remota, por lo que consulta si, en tales circunstancias, resultaría procedente efectuar el pago de la prestación correspondiente.

En ese orden de ideas, requiere, además, que se esclarezca el criterio contenido en el dictamen Nº 6.854, de 2020, en cuanto a la exigencia de que los proveedores mantengan vigentes los contratos de "los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades", y si tal circunstancia podría entenderse referida a aquellos empleados que permiten la continuidad de los servicios en las nuevas modalidades que han sido implementadas, en atención a la pandemia que afecta al país, tales como las realizadas por vías no presenciales.

Por su parte, también ha formulado una presentación en tal sentido doña Carmen Jiménez García, funcionaria de la Superintendencia de Educación, quien expresa que, en su caso, el jardín infantil al que asiste su hijo de cuatro años ha continuado otorgando apoyo pedagógico a distancia, a través de clases por videoconferencias, lo que ha contribuido al desarrollo educativo del menor. Añade que al disminuir drásticamente la matrícula de los menores que asistían a ese centro educacional, dicho establecimiento optó por acogerse de manera parcial a la ley Nº 21.227, lo que implica que este sigue pagando parte de las remuneraciones a sus trabajadores.

Sobre el particular, cabe señalar que el mencionado dictamen Nº 9.913, de 2020, en lo que dice relación con la entrega del beneficio de jardín infantil durante la pandemia del COVID-19, manifestó que al tratarse de un beneficio voluntario, sujeto a disponibilidad presupuestaria, no existe obligación legal de mantener su otorgamiento en las actuales condiciones generadas por la pandemia del COVID-19, en que los jardines infantiles por disposición sanitaria se han mantenido cerrados y, por tanto, han dejado de otorgar la prestación contratada.

Ahora bien, en cuanto a los convenios que se mantienen vigentes, dicho pronunciamiento señaló que resulta posible mantener el pago acordado en la medida que, entre otros requisitos, el

proveedor mantenga los contratos de sus trabajadores y que se les continúe pagando sus remuneraciones y obligaciones de seguridad laboral y social, aplicando para ello el criterio contenido en el dictamen N° 6.854, de 2020, de este origen.

En ese contexto, se precisó que la mantención de dicho pago resulta improcedente respecto de los proveedores que se acogieron a los beneficios de la ley N° 21.227, toda vez que esos empleadores han optado por soluciones que les permiten dejar de pagar las remuneraciones de sus trabajadores y, por tanto, dejar de cumplir el requisito señalado en el párrafo anterior.

Ahora bien, para efectos de atender las consultas en estudio, cabe indicar que la ley N° 21.227 en su título I, denominado “Efectos laborales de la enfermedad COVID-19”, establece un sistema de suspensión de los efectos de los contratos individuales de trabajo a que se refiere su artículo 1°, durante el período de tiempo que el acto o declaración de autoridad determine, en el cual existe un cese temporal de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, por parte del empleador, facultando que los trabajadores, cuya relación laboral se encuentre suspendida, puedan acceder excepcionalmente a la prestación que contemplan los artículos 15 y 25 de la ley N° 19.728, que establece un seguro de desempleo.

Luego, ese mismo cuerpo legal en sus artículos 7 y siguientes, contempla la opción de celebrar “pactos de reducción temporal de jornadas de trabajo”, cumpliendo los requisitos que se consignan en esos artículos. Por dicho pacto “el trabajador tendrá derecho a una remuneración de cargo del empleador, equivalente a la jornada reducida, y a un complemento de cargo a su cuenta individual por cesantía y, una vez agotado el saldo, con cargo al Fondo de Cesantía Solidario de la mencionada ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley”.

Añade el inciso segundo de ese precepto legal, que para la aplicación de esa ley no se podrá pactar una reducción temporal superior al 50% de la jornada de trabajo originalmente convenida.

De lo expresado anteriormente se advierte que el dictamen N° 9.913, de 2020, se pronunció respecto de aquellos casos en que los servicios contratados no se están prestando efectivamente, debido al cierre de los jardines infantiles, expresándose que en dicha situación resulta improcedente mantener el pago pactado si el proveedor del servicio no mantiene sus obligaciones laborales con sus trabajadores, esto es, pagando sus remuneraciones y demás beneficios de seguridad social.

Al respecto, es preciso añadir que en el evento de que el proveedor que no está prestando efectivamente los servicios se acoja a los beneficios de la antedicha ley N° 21.227, se produciría un enriquecimiento sin causa si se le continuara pagando las sumas comprometidas en el contrato, considerando que no estaría incurriendo en el pago de remuneraciones.

Distinto es el caso de aquellos jardines infantiles que han seguido entregando sus servicios a distancia, otorgando apoyo educacional bajo metodologías tecnológicas, toda vez que en este caso existe un cumplimiento de la obligación asumida contractualmente, pero en una modalidad distinta a la inicialmente convenida, por lo que procede el pago respectivo, adecuándose el contrato y el precio pactado a la nueva forma de prestación de los servicios.

Al efecto, es preciso destacar que la autoridad contratante conserva la opción de ejercer las facultades modificatorias del contrato en consideración a las especiales circunstancias descritas, tal como se expresara en el dictamen N° 8.507, de 2020, basándose en el interés público, en los términos previstos en la legislación, en las bases o en los contratos correspondientes, si las situaciones de hecho lo hacen necesario.

Por último, en cuanto a la consulta relativa a la exigencia de que los proveedores mantengan vigentes los contratos de los trabajadores adscritos al respectivo acuerdo de voluntades, es útil indicar que ello resulta indispensable en lo que se refiere al personal con el que el jardín infantil está dando cumplimiento al pertinente convenio, y tanto esa circunstancia como si se pactó la reducción de jornada, corresponde que se tengan en consideración para los efectos de la antedicha adecuación de contrato.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

Director Nacional del Trabajo