

Indicadores de Estado N° **Dictamen 68316** **Fecha** 16-09-2016 **Nuevo SI** **Reactivado** NO **Alterado** NO **Carácter** NNN
Origenes DJU **Referencias** 187045/2016 **Decretos y/o Resoluciones** **Abogados** SVG **Destinatarios** General
Director de Carabineros de Chile **Texto** Procede autorizar cumplimiento alternativo de la obligación de otorgar sala cuna, en caso de funcionaria cuyo hijo requiere cuidados permanentes, incompatibles con su estadía en una sala cuna, en los términos que indica. Reconsidera toda jurisprudencia en contrario. **Acción** Aplica dictámenes 44356/2004, 14292/2007, 25661/2010, 18219/2016 **Fuentes Legales** CTR art/194 inc/1, CTR art/203 inc/5, CTR art/203 inc/6, pol art/19 num/1, pol art/19 num/18, dto 830/90 RELAC, res 1600/2008 CONTR art/13, ley 19880 art/52 **Descriptores** protección a la maternidad, beneficio de sala cuna, incompatibilidades, cuidado permanente menor **Documento Completo**
N° 68.316 Fecha: 16-IX-2016

La señora Paola Andrea Fuenzalida Luna, Capitán de Carabineros de Chile, solicita un pronunciamiento que determine de qué forma le debe ser otorgado el derecho a sala cuna que le asiste respecto de su hijo, dados los antecedentes que expone.

Al efecto, expresa que el menor padece de un complejo cuadro médico de carácter permanente, que le impide asistir a la sala cuna institucional, por lo que, atendida la jurisprudencia de este origen, solicitó a su empleador cumplir con esta prestación mediante un establecimiento que otorgara atención domiciliaria. No obstante, la Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI, le informó que no existen salas cunas inscritas en ese organismo con esa modalidad.

Añade que, en razón de lo anterior, debe costear personalmente un servicio que atienda a su hijo mientras ella trabaja, proporcionándole los cuidados que necesita en su condición de salud.

Requerido, Carabineros de Chile manifiesta que de acuerdo con lo concluido en los dictámenes N°s. 4.316, de 2000, 53.496, de 2011 y 12.885, de 2014, entre otros, de este Ente Contralor, la obligación de proporcionar esta prestación no puede satisfacerse mediante la entrega de una suma de dinero, por lo que carece de alternativas para proveerle dicho beneficio.

Sobre el particular, es útil recordar que conforme con lo preceptuado en el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, inserto en el título II de ese estatuto, -"De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar"-, quedan sujetos a estas disposiciones "los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidad y de todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público privado".

Luego, en lo que interesa, el artículo 203 de ese código, dispone 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. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter".

El inciso quinto de dicha disposición añade que "Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años".

Su inciso sexto prevé que “El empleador designará la sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles”.

Respecto de esta prestación, la jurisprudencia de este Ente de Control ha informado que la obligación legal que esta norma establece para el empleador, se traduce en la necesidad de otorgar a las funcionarias públicas el beneficio de sala cuna a través de dependencias anexas e independientes del local de trabajo, o bien, pagando el gasto respectivo directamente al establecimiento que aquel designe, para lo cual podrá también celebrar convenios con otros servicios públicos que cuenten con salas cunas institucionales.

En tal sentido, ha precisado, además, que cualquiera sea la modalidad elegida para cumplir con esta obligación, el organismo empleador es responsable por mandato legal de proporcionar el aludido derecho a sus trabajadoras, quienes, mientras sean titulares del mismo acceden a aquel con total gratuidad (aplica dictamen N° 18.326, de 2016).

Asimismo, mediante los dictámenes N°s. 12.124, de 1989, 4.316, de 2000 y 38.748, de 2013, entre otros, ha señalado que esta prestación se cumple únicamente mediante las vías previstas en el Código del Trabajo, siendo improcedente sustituir dicho beneficio legal por el pago de una suma de dinero a la funcionaria beneficiaria, como tampoco para contratar, con cargo al empleador, a una persona que atienda en el hogar al menor, ni reembolsarle a la madre los gastos efectuados con ese objeto.

Sin perjuicio de ello, atendido el bien jurídico protegido con este beneficio, esta Entidad Fiscalizadora ha manifestado que en casos excepcionales, en los que por disposición médica un menor deba mantenerse en su hogar atendida la gravedad de su enfermedad, no existe impedimento para que una sala cuna inscrita en la JUNJI, bajo su control y fiscalización, preste el servicio de cuidado del niño o niña en su domicilio (aplica dictámenes N°s. 14.049, de 2009 y 12.885, de 2014, entre otros).

En dicho caso, la jurisprudencia ha señalado que la repartición empleadora no entregará una suma de dinero a la funcionaria, sino que pagará los gastos directamente al establecimiento, que preste el servicio en la vivienda de la interesada, con la restricción de que el pertinente desembolso no exceda el precio correspondiente al servicio ordinario de sala cuna, siendo en este caso, excepcionalmente, de cargo de la funcionaria la diferencia de valor (aplica dictamen N° 47.394, de 2012).

No obstante, mediante el dictamen N° 94.416, de 2014, este Organismo Contralor atendió a las excepcionales circunstancias a que se encuentran afectas las funcionarias de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales que laboran en Alemania, para autorizar que esa entidad pagara directamente, a quien corresponda, los gastos por el servicio de sala cuna que proporcionen a los hijos de esas servidoras, en sus domicilios. El monto de tal desembolso no podrá ser superior al precio que alcanza el servicio normal de sala cuna, por lo que el excedente será de cargo de la empleada interesada.

A su vez, el dictamen N° 46.834, de 2016, determinó que en aquellas excepcionales situaciones de aislamiento, como las que ahí describe, la obligación de proveer del beneficio de sala cuna a las funcionarias madres debe cumplirse pagando directamente a quien corresponda la prestación de los servicios, transitorios y a domicilio, de cuidado del menor beneficiario, cuando no existan establecimientos autorizados por JUNJI, en la localidad donde la servidora se desempeña.

Precisado el tratamiento jurisprudencial de este beneficio, cabe señalar que la información proporcionada por JUNJI, en cuanto a que no registra salas cunas que otorguen atención domiciliaria, hace necesario revisar nuevamente la jurisprudencia sobre esta materia, atendido que tal circunstancia, unida al complejo cuadro médico del hijo de la peticionaria, imposibilitan a su institución

empleadora a cumplir con el otorgamiento del referido derecho utilizando alguna de las alternativas que prevé el Código del Trabajo.

En este orden de consideraciones, es menester tener en cuenta en primer lugar, la normativa consagrada en la Constitución Política de la República, en especial, en su artículo 19, N° 1, que asegura a todas las personas del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y en el N° 18, que consagra el derecho a la seguridad social. Esta disposición añade, en lo que interesa, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, correspondiéndole además supervigilar el adecuado ejercicio de la seguridad social.

En tal sentido, el beneficio de que se trata ha sido reconocido por este Ente de Control como una prestación destinada a resguardar tanto la estabilidad funcionaria como la salud de la madre trabajadora y la de su hijo, velando especialmente por la protección y el debido cuidado y desarrollo de éste en su primera etapa de vida, armonizando tales objetivos con el derecho que en ese período asiste a la madre para poder trabajar y contar con un medio de subsistencia (aplica dictamen N° 44.356, de 2004).

Asimismo, conviene tener en cuenta que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, promulgada en Chile mediante el Decreto N° 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, consagra un conjunto de disposiciones a favor de los menores, entre las cuales resulta de interés destacar la de su artículo 3°, N° 1, que dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

Ahora bien, dada la trascendencia de los fines perseguidos por esta disposición, ella debe interpretarse de tal forma de posibilitar su cumplimiento cabal, asegurando la debida protección de los menores y garantizando el estricto respeto del referido mandato constitucional de velar por el adecuado ejercicio de la seguridad social.

De este modo, considerando el contexto jurídico dentro del cual se inserta este precepto y la finalidad que persigue, no puede sino entenderse que en situaciones excepcionales como la del hijo de la recurrente, cuya condición de salud requiere cuidados médicos permanentes que impiden que sea atendido en una sala cuna convencional, corresponde a la Administración posibilitar el derecho de la madre de acceder al beneficio de que se trata.

Así, considerando que la condición de salud del hijo de la señora Fuenzalida Luna es incompatible, en términos absolutos y permanentes, con su estadía en una sala cuna, resulta procedente establecer que, atendida la imposibilidad del servicio empleador de otorgar esta prestación en alguna de las modalidades que prevé el Código del Trabajo, procede, excepcionalmente, cumplir con esta obligación legal por un medio equivalente, entregando directamente a la funcionaria la suma de dinero que, de acuerdo a su presupuesto institucional, ha fijado para financiar esta prestación por niño, de modo que en el evento que los cuidados requeridos por el menor superen dicho monto, la diferencia será de cargo la funcionaria.

Para tales efectos, será necesario que la trabajadora interesada presente a su empleador un informe médico que dé cuenta de la condición de salud del menor, cuyo tratamiento o cuidados son incompatibles, de manera permanente, con su asistencia a una sala cuna. Asimismo, será necesario que la JUNJI certifique que en la ciudad respectiva, no existen salas cunas que otorguen atención domiciliaria.

De resultar procedente, corresponderá que la entidad empleadora emita una resolución exenta fundada otorgando este beneficio a través de esta excepcional modalidad, la que deberá ser remitida a esta Entidad Fiscalizadora, conforme con lo previsto en el artículo 13 de la resolución N° 1.600, de 2008, de este origen, que faculta al Contralor General para disponer las medidas que estime pertinentes con el objeto de controlar la legalidad de los actos de la Administración.

Así, en razón de lo expuesto procede que Carabineros de Chile disponga el cumplimiento equivalente del derecho a sala cuna que asiste a la señora Fuenzalida Luna, a partir de la fecha en que debió comenzar a otorgársele dicha prestación, atendido lo previsto en el artículo 52 de la ley N° 19.880.

Para ello, esa institución deberá adoptar las medidas necesarias para imputar el gasto que importa el desembolso del beneficio en comento a la asignación de su presupuesto que corresponda, de conformidad con el decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Reconsiderése la jurisprudencia contraria al presente pronunciamiento, debiendo hacerse presente, en tal sentido, que conforme al criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N° 14.292, de 2007; 25.661, de 2010 y 18.219, de 2016, los cambios de jurisprudencia solo se aplican hacia el futuro, sin afectar las situaciones particulares consolidadas durante la vigencia de la doctrina que ha sido sustituida por el nuevo pronunciamiento de manera de evitar escenarios de inestabilidad jurídica, sin perjuicio de que si dicha modificación de criterio se ha originado en la reclamación de uno o más interesados, estos deban ser los primeros afectados por el cambio.

Transcríbese a doña Paola Andrea Fuenzalida Luna, a la Dirección de Presupuestos y a la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República