



Facultades CGR, funciones, personal, protección a la maternidad, sala cuna

NÚMERO DICTAMEN

006381N18

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

02-03-2018

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

aplica dictámenes 68316/2016, 17016/2013, 29303/2013, 101461/2015, 77874/2014, 12124/89, 4316/2000, 38748/2013, 68316/2016, 94416/2014, 46834/2016

Acción_	Dictamen	Año	Enlace documento	al
Aplica	68316	2016	Abrir	
Aplica	17016	2013	Abrir	
Aplica	29303	2013	Abrir	
Aplica	101461	2015	Abrir	
Aplica	77874	2014	Abrir	
Aplica	12124	1989	Abrir	
Aplica	4316	2000	Abrir	
Aplica	38748	2013	Abrir	
Aplica	68316	2016	Abrir	
Aplica	94416	2014	Abrir	
Aplica	46834	2016	Abrir	

FUENTES LEGALES

Pol art/19 num/1, Pol art/19 num/18, dto 830/90 Relac art/3 num/1, Ctr art/194 inc/1, Ctr art/203 inc/5, Ctr art/203 inc/6, ley 20835 art/cuarto tran, dto 128/2017 educa art/primer tran, Ctr art/203 inc/1, Ctr art/203 inc/3, ley 17301 art/33,

ley 19886 art/8, dto 250/2004 Hacie art/10 num/7 lt/f, dto 250/2004 Hacie art/13, res 1600/2008 Contr art/13,

MATERIA

Imparte instrucciones a los servicios públicos respecto de la entrega del beneficio de sala cuna.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 6.381 Fecha: 02-III-2018

Con motivo de la publicación de las leyes N°s. 20.832, que en lo que interesa, modifica el Código del Trabajo, y 20.891, que perfecciona el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica y la emisión del dictamen N° 68.316, de 2016, esta Contraloría General, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, ha estimado necesario impartir las siguientes instrucciones y fijar criterios complementarios en relación a los aspectos indicados.

I.- ASPECTOS PRELIMINARES.

El beneficio de sala cuna 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta 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.

Asimismo, se ha tenido en consideración 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.

Por otra parte, en cuanto a la regulación particular del beneficio de sala cuna en el ordenamiento legal, cabe hacer presente que el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, inserto en su título II "De la protección a la maternidad, la

paternidad y la vida familiar” dispone que quedan sujetos a estas disposiciones los servicios de la Administración Pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades 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 o 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”, o “de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación”, desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.832, según lo previsto en su artículo primero transitorio.

En este punto, conviene aclarar que, conforme con lo establecido en el artículo cuarto transitorio de la ley N° 20.835, la Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI, continuará ejerciendo las labores de empadronamiento o autorización que le confiere la ley N° 17.301, hasta la entrada en vigencia del reglamento que determinará las especificaciones de los requisitos de la autorización de funcionamiento para establecimientos de educación parvularia, el que se encuentra contenido en el decreto N° 128, de 2017, del Ministerio de Educación, cuerpo reglamentario que dispone en su artículo primero transitorio que éste entrara en vigencia 30 días después de su publicación.

Precisado lo anterior, corresponde referirse a lo que la jurisprudencia de este Ente de Control ha informado en relación al marco normativo expuesto.

En tal contexto, se ha manifestado que la obligación legal que la norma en análisis establece para el empleador, se traduce en la necesidad de otorgar a las funcionarias públicas el beneficio de sala cuna, independiente del número de servidoras que se desempeñen en cada dependencia de una repartición pública.

Asimismo, se ha precisado que la entrega del beneficio de sala cuna se otorga con prescindencia de la naturaleza del vínculo laboral que la Administración mantiene con la servidora, sea este regido por el estatuto administrativo u otro cuerpo estatutario especial, incluido entre éstos el Código del Trabajo, sea ejerciendo un cargo de planta o contrata.

Además, se ha extendido este beneficio a las servidoras que realizan labores a honorarios, siempre y cuando se haya reconocido expresamente la entrega de este beneficio en sus respectivos contratos.

Por su parte, también se ha precisado 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.

II.- MODALIDADES DE CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE SALA CUNA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo y las normas de derecho público que resultan aplicables, se distinguen las siguientes modalidades.

1. Instalación de sala cuna en un lugar anexo al lugar de trabajo de la funcionaria.

El inciso primero del artículo 203 del Código del Trabajo establece que las entidades que indica, dentro de las cuales se entienden comprendidas las reparticiones públicas, 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, siendo esta la vía principal que previó el legislador para otorgar el beneficio.

En este sentido, cabe hacer presente que las salas cunas señaladas en el precitado inciso primero deberán contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación, a contar de la entrada en vigencia de la ley N° 20.832, según lo indicado precedentemente.

2. Celebración de convenios de colaboración entre servicios públicos para instalar una sala cuna conjunta, o para solicitar cupos en las salas cunas institucionales de otra repartición.

En el evento en que, en el órgano respectivo no exista una sala cuna anexa al lugar de trabajo de la funcionaria en donde ésta se desempeña, el inciso tercero del artículo 203 del Código del Trabajo, ha permitido que distintos empleadores, que se encuentren en una misma área geográfica, puedan, previa autorización del Ministerio de Educación -luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.832-, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos, lo que resulta extensible a las distintas entidades públicas.

Para facilitar dicho cometido, acorde con lo indicado en el inciso tercero del anotado artículo 203 y en concordancia con el artículo 33 de la ley N° 17.301, se ha establecido que pueden celebrarse convenios de colaboración con otros establecimientos públicos para la habilitación e instalación de salas cunas de uso común, cumpliendo los requisitos que esas normas consignan. Del mismo modo, resulta procedente la celebración de convenios de colaboración entre ellos, para solicitar cupos en las salas cunas institucionales, en cuyo caso, dichos acuerdos estarán exceptuados de la normativa prevista en la ley N° 19.886 -de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios- y su reglamento (aplica dictamen N° 17.016, de 2013).

3. Pago de la prestación de sala cuna a un establecimiento privado.

El inciso quinto del artículo 203 del Código del trabajo, establece que se entiende igualmente cumplida la prestación de sala cuna si el empleador paga los gastos de ese servicio directamente al centro al que la servidora lleve a sus hijos, en cuyo caso éste deberá escoger entre aquellos que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, o, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.832, con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación.

Al respecto, cumple con hacer presente, que cuando opera esta modalidad, el legislador ha señalado que el empleador debe elegir el respectivo establecimiento, el que deberá tener la autorización reseñada, criterio, que entre otros, se ha recogido en el dictamen N° 29.303 de 2013. Lo anterior, no obsta a que puedan tenerse en consideración antecedentes que al efecto presenten las funcionarias, en la medida de que sea finalmente el empleador el que determine la entidad que otorgará la prestación en análisis.

En cuanto al valor a que asciende el beneficio, el dictamen N° 101.461, de 2015, que modificó la jurisprudencia existente en la materia hasta esa fecha, manifestó que como el beneficio de sala cuna es una obligación impuesta por ley al empleador, su concesión debe ser enteramente gratuita para los hijos de su personal femenino, cualquiera sea la modalidad elegida para otorgarlo. Ello, sin perjuicio de las situaciones excepcionales que se tratarán a continuación, en las que el beneficio es cubierto de acuerdo al presupuesto institucional que cada servicio ha fijado para financiar esta prestación por niño.

Además, debe precisarse que cuando un organismo de la Administración del Estado opte por contratar una sala cuna privada, acorde a lo señalado en el dictamen N° 17.016, de 2013, la selección de ese establecimiento se rige por las disposiciones de la ley N° 19.886.

Dicho pronunciamiento indicó, en síntesis, que el mecanismo de la licitación pública es la regla general para que las entidades públicas convengan el suministro a título oneroso de bienes o servicios, como el de la especie, admitiendo, excepcionalmente,

la posibilidad de llevarlos a cabo mediante licitación privada o trato directo, en la medida que concurra alguna de las situaciones contempladas en el artículo 8° de la citada ley N° 19.886, o en el artículo 10 de su reglamento, contenido en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

En ese contexto, el dictamen N° 77.874, de 2014, manifestó que respecto de funcionarias que se desempeñan para una misma entidad en distintas zonas geográficas, la repartición empleadora puede en un mismo acto licitar el servicio para las distintas áreas, lo que no vulnera el principio de la no fragmentación consignado en el artículo 13 del aludido decreto N° 250, de 2004.

Además, en este pronunciamiento se aclaró que en el evento que se recurra al trato directo para contratar salas cunas, y se utilice la causal regulada en la letra f) del N° 7 del artículo 10 del decreto N° 250, esto es, cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes y servicios requeridos y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza, dichas circunstancias deben ser acreditadas debidamente por la entidad contratante en razón de su propia experiencia y antecedentes que le permitan llegar a tal convicción. No obstante, ello no obsta a que la opinión de la madre trabajadora sea uno de los elementos que se tomen en consideración para convenir bajo la modalidad señalada, atendida la especial naturaleza del servicio contratado.

III.- CASOS EXCEPCIONALES RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL, POR LOS CUALES SE PUEDE ACCEDER AL BENEFICIO DE SALA CUNA EN UNA MODALIDAD DISTINTA A LAS PREVIAMENTE EXPUESTAS.

Según se señaló, y tal como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa de esta Entidad Fiscalizadora en los dictámenes N°s. 12.124, de 1989; 4.316, de 2000 y 38.748, de 2013, entre otros, la prestación de sala cuna 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.

No obstante ello, y atendidos los principios superiores perseguidos al establecer tal beneficio de seguridad social, se han reconocido algunas situaciones excepcionales en virtud de las cuales se concede el beneficio en análisis, en una modalidad distinta a las analizadas.

1. Por enfermedad grave del menor de dos años que imposibilita su asistencia a una sala cuna.

Esta Entidad Fiscalizadora ha manifestado que en casos excepcionales, en los que

por disposición médica un menor deba mantenerse en su hogar atendido la gravedad de su enfermedad, no existe impedimento para que una sala cuna que cuente con su autorización de funcionamiento preste el servicio de cuidado del niño o niña en su domicilio.

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.

No obstante, en el evento en que en la zona geográfica requerida, se acredite que no existe esta clase de sala cuna, en el dictamen N° 68.316, de 2016, se manifestó 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 acceder al beneficio en la forma descrita se deberá dar cumplimiento a los siguientes requisitos:

a) La trabajadora interesada deberá efectuar su solicitud, presentando a su empleador un informe médico que dé cuenta de forma clara de la condición de salud grave del menor, y del tratamiento o cuidados que hacen incompatibles, de manera permanente, su asistencia a una sala cuna, como también se podrán adjuntar los exámenes médicos que dan cuenta de la patología descrita por el médico tratante y todo otro antecedente que la funcionaria estime pertinente como fundamento para acceder al beneficio en esta modalidad excepcional.

b) El servicio empleador deberá recepcionar la respectiva solicitud, junto con la documentación que se adjunte. Además, si lo estima pertinente, podrá requerir la elaboración de un informe social, en donde se aborden todos los aspectos pertinentes.

c) Asimismo, será necesario que la JUNJI o el Ministerio de Educación, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.832, certifique que en la ciudad respectiva, no existen salas cunas que otorguen atención domiciliaria.

d) De cumplirse los requerimientos anteriores, corresponderá que la entidad empleadora emita una resolución exenta fundada otorgando este beneficio a través de esta excepcional modalidad, copia de la cual 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.

e) A dicha resolución deben adjuntarse copia de todos los documentos que se consideraron como fundamento para acceder al otorgamiento del beneficio en esta modalidad excepcional.

f) Del control efectuado, la Contraloría General comunicará al servicio si el acto se ajusta a derecho. En caso contrario comunicará por la misma vía si falta algún antecedente o si el acto no se ajusta a derecho.

g) Por último, en relación al pago del beneficio de sala cuna, éste se cumplirá entregando directamente a la funcionaria la suma de dinero que, de acuerdo al presupuesto institucional del servicio, se ha fijado para financiar esta prestación por niño.

h) El pago del beneficio se realizará a contar de la fecha en que se apruebe la resolución que lo concede, debiendo retrotraerse su pago a la data en que la funcionaria presentó la solicitud respectiva, lo que en todo caso, no podrá ser anterior a la fecha en que finaliza su permiso postnatal parental, en el evento que éste se haya ejercido en la modalidad de seis semanas.

i) La entidad respectiva deberá imputar el gasto que importa tal desembolso al ítem del presupuesto que corresponda. A modo de ejemplo: Subtítulo 22, ítem 08, asignación 008 "Salas Cunas y/o Jardines Infantiles", del presupuesto del año en curso.

2. Funcionarias que se desempeñan fuera del territorio nacional.

Mediante el dictamen N° 94.416, de 2014, este Organismo Contralor atendió a las excepcionales circunstancias en que se encuentran varias funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores que laboran fuera de Chile, 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, en estos casos, 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.

3. Funcionarias que se desempeñan en zonas aisladas, en los que no existen salas cunas autorizadas por JUNJI, o por el Ministerio de Educación, en las que tampoco existen salas cunas pertenecientes a otras entidades públicas con las cuales puedan celebrarse convenios de colaboración para obtener cupos en las salas cunas institucionales de esas reparticiones.

Al respecto, el dictamen N° 46.834, de 2016, determinó que en aquellas excepcionales situaciones de aislamiento, como las que en ese pronunciamiento se

describe, la obligación de proveer del beneficio de sala cuna a las funcionarias madres de menores de dos años, 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 en la localidad donde la servidora se desempeña. Al efecto, debe cumplirse con las siguientes condiciones:

a) Que la JUNJI o el Ministerio de Educación, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.832, certifique que en la ciudad respectiva no existen salas cunas autorizadas por uno de estos organismos.

b) Asimismo, la entidad empleadora deberá dejar constancia de que no existen salas cunas pertenecientes a otras entidades públicas emplazadas en la zona geográfica en cuestión con las cuales celebrar convenios de colaboración o que no existen cupos disponibles en éstas.

c) 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.

d) A dicha resolución deben adjuntarse copia de todos los documentos que se tuvieron en consideración al emitirla y que sirvieron de fundamento al otorgamiento del beneficio de esta manera excepcional.

4. Elección de la sala cuna, cuando ambos padres de un hijo menor de dos años sean funcionarios públicos.

Esta modalidad en la entrega del beneficio de sala cuna se estableció en los artículos 12 y 13 de la ley N° 20.891, -que perfecciona el permiso postnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica-, publicada en el Diario Oficial el 22 de enero de 2016.

No obstante, su vigencia está supeditada a la fecha de publicación del reglamento que debe emitirse sobre la materia, conforme lo ordena dicho cuerpo legal.

El artículo 12 de dicha ley N° 20.891 dispone que, en el caso que ambos padres de un hijo menor de dos años sean funcionarios públicos de algún ministerio o servicio público que dependa o se relacione con el Gobierno a través de él, la madre podrá elegir que su empleador cumpla con la obligación establecida en el artículo 203 del Código del Trabajo en la sala cuna que disponga el servicio público empleador del padre, siendo financiado por la institución empleadora de la madre, de conformidad a lo que establezca el reglamento.

La funcionaria que opte por hacer uso de este beneficio deberá dar aviso a su

empleador, el cual solicitará a la institución empleadora del padre la disponibilidad de cupo para ello. En caso de existir cupos limitados, el personal de la institución empleadora del padre tendrá derecho preferente y la institución a la cual pertenece la funcionaria deberá dar cumplimiento al derecho a sala cuna conforme lo dispuesto en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Igual modalidad de entrega del beneficio de sala cuna se reconoce, en el caso que ambos padres de un hijo menor de dos años sean funcionarios públicos de alguna municipalidad o universidad estatal, según dispone el artículo 13 de la ley N° 20.891.

Ese precepto legal añade que un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda establecerá la forma en que la funcionaria comunicará a su empleador lo dispuesto en el inciso primero, la o las oportunidades en las cuales podrá hacer uso del beneficio, los procedimientos a que deberán ajustarse las instituciones empleadoras de la madre y el padre, y todas las demás normas necesarias para la aplicación de ese artículo.

IV.- CUMPLIMIENTO Y DIFUSIÓN DE ESTAS INSTRUCCIONES Y CRITERIOS COMPLEMENTARIOS.

Las respectivas autoridades deberán adoptar todas las medidas que procedan, a fin de dar la debida y oportuna publicidad a las presentes instrucciones y criterios complementarios al interior del correspondiente organismo y, además, velar por su cumplimiento.

Saluda atentamente a Ud.

Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS