

C.A. de Concepción
Concepción, dos de julio de dos mil veintiuno.

VISTO:

Comparecen los abogados María Gabriela Otárola Sanhueza y Diego Galindo Manríquez, en nombre de doña **Manuela Otárola Sanhueza**, todos domiciliados en Av. Bernardo O'Higgins N° 650, oficina 301, Concepción, quienes interponen recurso de protección en contra de la **Contraloría Regional del Biobío**, representada legalmente por su Contralor Regional, Sr. Ricardo Betancourt Solar, ambos domiciliados en Av. Bernardo O'Higgins N° 74, Concepción, y en contra del **Gobierno Regional del Biobío**, representado por el Intendente Regional, Sr. Patricio Kuhn Artigues, ambos domiciliados en Av. Arturo Prat N° 525, Concepción.

Señalan que su representada ingresó el año 2013 a trabajar en la División de Planificación y Desarrollo Regional del Gobierno Regional del Biobío y que, a partir del 17 de enero del año 2017, en virtud de la Resolución

TRA

N° 810/5/2017, comenzó a desempeñar su cargo a contrata, el que continúa sirviendo hasta el día de hoy.

Indican que el día 30 de junio de 2019 nació su tercer hijo, quien padece de trastorno severo del sueño, por lo que luego de su postnatal parental gozó de licencia médica para quedarse a su cuidado, desde el 14 de enero de 2020 hasta el 30 de julio del mismo año, fecha en que el menor cumplió 1 año de edad. Considerando que el día 31 de julio de 2020 debía reincorporarse a sus funciones, el 23 de julio del mismo año se dirigió, vía correo electrónico, a doña Mireya Rojas, jefa del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional del Biobío, a fin de que le indicara el protocolo de reingreso y reincorporación a sus funciones, informándole que atendida la pandemia la modalidad de trabajo sería de teletrabajo, de acuerdo al horario convenido para su cargo, y que para tal efecto debía llenar y remitir el denominado "Formulario de Solicitud Modalidad Flexible de



Trabajo”, indicando su situación particular para solicitar dicha modalidad. En el formulario la recurrente señaló como fundamentos de la modalidad de teletrabajo: i) tener 3 hijos menores de 13 años (de 5, 3 y 1 año de edad) cuyos establecimientos educacionales se encontraban con clases presenciales suspendidas, y; ii) no contar con un adulto responsable para que los cuidara mientras ella cumplía con su jornada laboral.

Refieren que el mismo 23 de julio de 2020 la recurrente consultó vía correo electrónico, nuevamente a doña Mireya Rojas, cómo estaba funcionando -respecto de las funcionarias que eran madres y prestaban sus servicios vía teletrabajo- el beneficio de sala cuna, ya que por el cierre de los establecimientos educacionales no podría enviar a su hijo a sala cuna, por lo que tendría que contratar a alguien para que lo cuidara algunas horas al día, y así poder cumplir con sus funciones y jornada laboral. Dicha consulta fue remitida por doña Mireya Rojas a doña Jazmín Montaldo, encargada de la Unidad de Bienestar, quien el día 28 de julio de 2020 le informó que efectivamente procedía la solicitud, en el sentido de poder contratar a una tercera persona para el cuidado de su hijo, como forma de cumplimiento del derecho a sala cuna.

Señalan que en razón de la respuesta anterior, apoyada en la confianza legítima de que lo informado por el órgano asesor, en el correo que se le adjuntaba, era lo que correspondía, la recurrente con fecha 01 de agosto 2021 procedió a contratar los servicios de un tercero para el cuidado a su hijo menor.

Indican que el 10 de septiembre del año 2020, la recurrente volvió a dirigirse -vía correo electrónico- a doña Mireya Rojas para consultar sobre el estado de su solicitud para costear la contratación del tercero, que se encontraba al cuidado de su hijo desde el 01 de agosto de 2020, sin embargo, ahora, le respondieron que lo que se le había informado en un primer término por doña Jazmín Montaldo, en el referido correo del día 28 de julio de 2020, luego de derivación



realizada por ella misma y la autorización expresa de la Unidad Jurídica, “no era información formalizada”, de manera que se había derivado otra vez la misma consulta a la misma Unidad Jurídica. El día 26 de octubre, sin tener aún ninguna respuesta, la actora vuelve a escribir a la jefa del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional, quien, el mismo día, le responde que se había enviado su consulta a Contraloría, pues según un dictamen emitido por ésta el “beneficio” sólo correspondía a trabajadoras que prestaban sus servicios de forma presencial y no bajo modalidad de teletrabajo, como era su caso, por lo que aún estaban esperando la respuesta.

Luego, el día 29 de octubre de 2020, el abogado del Gobierno Regional resuelve en Memorándum N° 377 lo siguiente: *“La contraloría General de la República en el dictamen N° 9913 de fecha 15 de junio del año en curso, ha señalado que en aquellos casos en que el órgano de la administración no esté pagando por el servicio de sala cuna debido al cierre de estos establecimientos por la emergencia sanitaria, no existe inconveniente para que las instituciones entreguen un monto en dinero para costear los cuidados de los niños menores de 2 años que actualmente han visto suspendido el beneficio de sala cuna a aquellas funcionarias que, atendidas su funciones, se ven en la obligación de concurrir presencialmente a sus lugares de trabajo. Esto, en la medida que exista disponibilidad presupuestaria. Como se aprecia, el órgano contralor permite el pago del cuidado personal de los hijos de las funcionarias que no estén asistiendo a una sala cuna en la medida que ellas estén concurriendo personalmente a sus lugares de trabajo sin hacer extensivo el beneficio a quienes se estén desempeñando desde sus hogares vía teletrabajo”*. Dicho cambio en la forma de proceder le fue informado a la recurrente el día 06 de noviembre de 2020, a través del Memorándum N° 255, emitido por la jefa del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional.

Señalan que con fecha 25 de noviembre de 2020 la recurrente



realiza una consulta a la Contraloría Regional del Biobío, a fin de solicitar un pronunciamiento respecto de la situación en particular, quien a través de la Resolución N° E85045 / 2021, de fecha 12 de marzo de 2021, responde señalando: *“La señora Manuela Otárola Sanhueza, funcionaria del Gobierno Regional del Biobío, solicita un bono compensatorio de la obligación de pagar sala cuna con el fin de pagar a un tercero por el cuidado de su hijo menor de 2 años, durante el tiempo en que desempeña sus funciones en la modalidad de trabajo remoto o teletrabajo. Lo anterior, por cuanto atendida la pandemia del COVID-19, gran parte de esos establecimientos han permanecido cerrados. Requerido de informe, el Gobierno Regional del Biobío señaló, en síntesis, que el dictamen N° 9.913, de 2020, permite la entrega del beneficio alternativo reclamado respecto de aquellas funcionarias que, atendidas sus funciones esenciales, se ven en la obligación de concurrir presencialmente a sus lugares de trabajo, situación en la que no se encuentra la recurrente. Al respecto, resulta importante señalar que el dictamen aludido por el Servicio reclamado fue complementado por el dictamen N° E70289, de 2021, que estableció, en lo que interesa, que, armonizando los bienes jurídicos protegidos en cuestión, esto es, el bien superior del niño y la niña, la salud de la madre trabajadora, el derecho de las mujeres a trabajar y a desarrollarse laboralmente, el debido resguardo de la salud pública y la continuidad del servicio público, esta Entidad Fiscalizadora no advierte inconveniente en que se entregue por concepto del beneficio de sala cuna consignado en el artículo 203 del Código del Trabajo, una cantidad en dinero que equivalga a esa prestación, con la finalidad de contribuir en los cuidados del menor en su hogar, mientras su madre cumple labores en modalidad de teletrabajo o trabajo remoto durante la pandemia. En ese contexto, a contar del 21 de enero de 2021, -fecha del dictamen N° E70289, ya citado- y en la medida que las restricciones sanitarias lo permitan, las madres trabajadoras que cumplen sus labores en teletrabajo o trabajo remoto a causa de la*



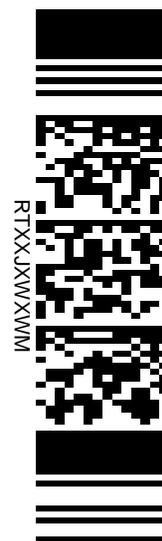
pandemia podrán solicitar a su organismo público empleador, la entrega del beneficio de sala cuna a través del pago de una suma de dinero que se fije de acuerdo con el presupuesto institucional para este ítem. (...) En consecuencia, corresponde que, cumpliéndose las condiciones precedentemente señaladas, el Gobierno Regional del Biobío pague a la peticionaria el beneficio de que se trata, a contar de la fecha de emisión del dictamen referido”.

De esta forma, el órgano contralor sostiene en su respuesta que si bien procede el pago de una suma de dinero, como forma de cumplimiento del derecho de sala cuna, respecto de funcionarias que prestan servicios en modalidad teletrabajo, ello sólo es exigible a partir del 21 de enero de 2021, dejando fuera, sin justificación alguna, el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021, periodo durante el cual la recurrente ya había contratado a un tercero para el cuidado de su hijo, según la orientación de su propio servicio.

Indican que los actos arbitrarios e ilegales consisten tanto en la Resolución N° E85045 / 2021 de fecha 12 de marzo de 2021 de la Contraloría Regional del Biobío, como el Memorándum N° 377 de 29 de octubre de 2020 dictado por la Unidad Jurídica del Gobierno Regional del Biobío, los cuales privaron a la actora de la procedencia del pago de dinero para la contratación de un tercero que cuidase a su hijo, por el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021, indicando sin justificación alguna que este beneficio sólo procede a partir del 21 de enero de 2021.

Como garantías vulneradas señalan las del artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la República, es decir, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, respectivamente.

Piden que, acogiendo el recurso, se ordene al Gobierno Regional del Biobío que pague a la recurrente la suma de \$1.260.000, en cumplimiento del derecho de sala cuna por el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021, lo cual equivale



a \$210.000 mensuales (sin perjuicio de lo que deba enterar por los periodos siguientes a dicha fecha), más reajustes e intereses, o la cifra mayor o menor que se determine conforme al mérito del proceso, con costas.

Informa don Ricardo Betancourt Solar, Contralor Regional del Biobío.

Indica que con fecha 26 de noviembre de 2020, la señora Otárola Sanhueza, funcionaria del Gobierno Regional del Biobío, solicitó a dicho órgano de control un pronunciamiento que determinara la pertinencia de concederle un bono compensatorio de la obligación de pagar sala cuna, con el fin de pagar a un tercero durante el tiempo en que desempeñó funciones en la modalidad de trabajo remoto. Con motivo de lo anterior, se requirió informe al Gobierno Regional del Biobío, mediante oficio N° 4.223 de 24 de diciembre de 2020, manifestando dicho Servicio que la aludida servidora desempeña sus labores mediante la modalidad de trabajo remoto y que, de acuerdo a la jurisprudencia contenida en el dictamen N° 9.913, de 2020, de la Entidad Fiscalizadora, no correspondería la entrega del mencionado bono, pues se encuentra estatuido para aquellas funcionarias que desempeñan su función en trabajo presencial y, por lo tanto, no resultaría aplicable para la situación de la recurrente.

Refiere que en respuesta al requerimiento de la actora, mediante el oficio N° E85045, de 12 de marzo de 2021, la Entidad de Control manifestó que, atendido el criterio jurisprudencial de la Contraloría General de la República, que amplió el beneficio de bono compensatorio de obligación de pagar sala cuna a aquellas trabajadoras que desempeñan teletrabajo, –en virtud del dictamen N° E70289, de 21 de enero de 2021, que complementó el dictamen N° 9.913, de 2020–, corresponde que, cumpliéndose las condiciones que indica, el Gobierno Regional del Biobío pague a la peticionaria el beneficio de que se trata, a contar de la fecha de emisión del dictamen N° E70289; esto es, el 21 de enero de 2021, puesto que dicho criterio sólo se aplica



hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo, a fin de evitar condiciones de inestabilidad jurídica.

Luego de informado lo anterior, alega la falta de legitimación pasiva.

Lo anterior lo funda en que, si bien el recurso de autos se interpone, en lo que respecta a la Contraloría Regional, contra el oficio E85045, se desprende que lo verdaderamente recurrido es el actuar del Gobierno Regional del Biobío, toda vez que los fundamentos esgrimidos se refieren a actos u omisiones que habrían tenido lugar en forma previa a la emisión del oficio impugnado.

Adiciona, como fundamento de la falta de legitimación alegada, que en el petitorio del libelo se solicita expresamente que se ordene al Gobierno Regional pagar la suma de \$1.260.000, en cumplimiento del derecho de sala cuna, actuación que sólo puede materializar dicho organismo.

En segundo término, señala que el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección.

Indica que atendido que lo solicitado en el recurso es que se ordene al Gobierno Regional pagar la suma de \$1.260.000, en cumplimiento del derecho de sala cuna por el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021, dicha pretensión no corresponde ser dilucidada por medio de la presente acción, toda vez que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que corresponde a una solicitud de cobro de pesos, cuya determinación y conocimiento no requiere una cautela urgente, excediendo los márgenes de la naturaleza del recurso de protección.

En un tercer extremo, alega ausencia de ilegalidad y arbitrariedad en su actuar.

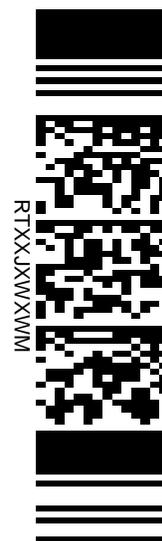
Indica que el oficio N° E85045, de 2021, no puede ser ilegal, toda vez que conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República; 5°, 6° y 9° de la ley N° 10.336 y la resolución N° 1.002, de 2011, que establece la Organización y



Atribuciones de las Contralorías Regionales, en su emisión sólo se han ejercido las facultades privativas que a esa Entidad de Fiscalización otorgan la Constitución Política de la República, su ley orgánica y demás normas pertinentes.

Refiere, que tampoco la actuación de dicho Órgano Fiscalizador puede ser arbitraria, por cuanto el pronunciamiento fue expedido a partir de una solicitud expresa de la propia recurrente y constituye el resultado de un estudio de los antecedentes y normativa en torno a la situación planteada. En efecto, se puede advertir que en el acto recurrido se contienen los fundamentos fácticos y jurídicos que condujeron a la Contraloría Regional a la conclusión que en él se expresa, la que resultó de la aplicación de la normativa y jurisprudencia administrativa vigente a la fecha de la situación planteada, sin que se innovara sobre el particular.

En cuanto al bono compensatorio, indica que con motivo de la pandemia provocada por el virus COVID-19, el dictamen N° 9.913 de 2020, señaló que, mientras se encuentren vigentes medidas sanitarias que se vinculan con el cierre de las salas cunas, procede que las autoridades adopten las providencias conducentes a conciliar de la mejor forma posible el ejercicio de la maternidad y el desempeño laboral de las funcionarias afectadas. Indicó asimismo que, en aquellos casos en que el órgano de la Administración no esté cumpliendo su obligación teniendo salas anexas o no mantenga vigentes convenios con otras salas cunas institucionales o con una entidad privada, y en la medida que exista disponibilidad presupuestaria, la Entidad de Control 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 esenciales, se ven en la obligación de concurrir presencialmente a sus lugares de trabajo. Posteriormente, el dictamen N° E70289, de 21 de enero de 2021, complementando el dictamen N° 9.913, de 2020, estableció que la



Entidad Fiscalizadora no advierte inconveniente en que se entregue por concepto del beneficio de sala cuna consignado en el artículo 203 del Código del Trabajo, una cantidad en dinero que equivalga a esa prestación, con la finalidad de contribuir en los cuidados del menor en su hogar, mientras su madre cumple labores en modalidad de teletrabajo o trabajo remoto durante la pandemia. Ahora bien, los dictámenes Nos 9.913, de 2020 y E70289, de 2021 -que conceden una modalidad alternativa de obligación de pagar sala cuna a quienes desempeñan labores de manera presencial y remota mientras se mantengan las condiciones provocadas por el virus COVID-19-, se aplican, según se dirá, desde la fecha en que fueron emitidos a las funcionarias que realicen trabajo presencial y remoto, respectivamente.

Señala que es necesario precisar que la Contraloría General tiene el deber de determinar la correcta interpretación de la ley, ya sea de oficio o a petición de parte, y puede establecer o reconsiderar un criterio jurisprudencial, y si como resultado del estudio del problema adquiere la convicción de que el asunto debe resolverse de una manera determinada, o diferente a la ya establecida, se deberá emitir un nuevo dictamen que asiente o reconsidere la doctrina anteriormente sustentada.

En tal entendido, en los casos de nueva jurisprudencia o cambios en la misma, el criterio asentado sólo se aplica hacia el futuro, sin afectar las situaciones particulares constituidas antes de la vigencia de un dictamen, o durante el vigor de la doctrina sustituida por un nuevo pronunciamiento, en atención al resguardo del principio de certeza y seguridad jurídica.

Precisa que la situación de pandemia ocasionada por el COVID-19 condujo a la modificación del criterio jurisprudencial en el sentido ya expuesto, respondiendo a la necesidad de adaptación a las circunstancias de la especie, por lo cual dicho criterio implica nuevas soluciones para el estado actual del problema sanitario, y por ello tampoco procede otorgarle un efecto retroactivo.



RTXXJXWXMM

Finalmente se refiere a la inexistencia de derechos conculcados.

Informa la abogada Geraldine Rivas Espinoza, en representación del Gobierno Regional del Biobío.

Indica que la señora Otárola Sanhueza efectivamente desempeña sus labores en la División de Fomento e Industria del Gobierno Regional, y que producto del nacimiento de su hijo debía reincorporarse a sus funciones con fecha 31 de julio de 2020, razón por la que consultó, vía correo electrónico, a la jefa del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional del Biobío, que le indicara el protocolo de reingreso y reincorporación, solicitando, además, información sobre el derecho de sala cuna. En relación a la consulta formulada, con fecha 28 de julio de 2020, se le brinda una respuesta, vía correo electrónico, acerca de la posibilidad de otorgar el beneficio de sala cuna, bajo el entendido de que su reincorporación sería de manera presencial.

Refiere que la respuesta anterior no fue analizada, previamente, por la jefatura, para examinar su procedencia, y tampoco fue discutida la existencia de disponibilidad presupuestaria, por lo que se otorgó de manera desformalizada.

Hace presente que si bien la consulta fue derivada por la jefatura correspondiente (jefa de Gestión y Desarrollo de las Personas) a una funcionaria dependiente de dicha unidad, por lo que se trató de una delegación impartida por un superior jerárquico, no se pudo ejercer la obligación de dirección o fiscalización, toda vez que la respuesta fue otorgada de manera directa a la recurrente, sin poder ser sancionada previamente por la jefatura delegante, generándose así una expectativa respecto del pago del derecho a sala cuna de forma directa a la funcionaria, sin cumplir con los requisitos estipulados en el Dictamen N° 9913 de 2020.

Adiciona que existió una confusión respecto de los términos en los cuales la funcionaria ingresaría a prestar sus labores, toda vez que al utilizar la expresión “reincorporar” se entendió que ingresaría a



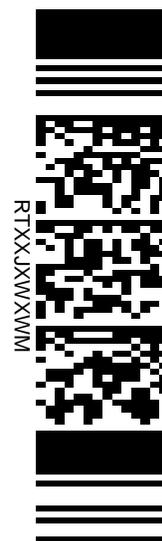
ejercer sus funciones de manera presencial, respondiendo en ese sentido que correspondía el pago del derecho a sala cuna.

Indica que la actora recurrió a Contraloría Regional, con fecha 26 de noviembre de 2020, quien mediante el oficio N° E85045, de 12 de marzo de manifestó que en virtud del dictamen N° E70289, de 21 de enero de 2021, que complementó el dictamen N° 9.913, de 2020, correspondía que, cumpliéndose las condiciones que indica, el Gobierno Regional del Biobío pague a la peticionaria el beneficio de que se trata, a contar de la fecha de emisión del dictamen N° E70289; esto es, el 21 de enero de 2021, puesto que dicho criterio sólo se aplica hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo, a fin de evitar condiciones de inestabilidad jurídica.

Hace presente que dicho Servicio ha cumplido con el oficio N° E85045 / 2021, dando cuenta de este hecho la Resolución Exenta N° 499, de 06 de mayo de 2021, que autoriza la entrega del beneficio de sala cuna a través del pago de una suma de dinero para el hijo de la funcionaria y Resolución Exenta N° 520, de 12 de mayo de 2021, que autoriza el pago por dicho concepto a la recurrente.

Señala que su representada está obligada a la aplicación de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República.

En tal sentido, indica que el Gobierno Regional del Biobío, a través de su jefa de Gestión y Desarrollo de las Personas, mediante memorándum N° 255 de 06 de noviembre de 2020, informó a la recurrente que formulada la consulta a la unidad jurídica, ésta manifestó que de acuerdo a lo señalado por la Contraloría General de la República, en el Dictamen N° 9.913/2020, sólo es posible que las funcionarias cuenten con el beneficio solicitado en la medida que ellas estén concurriendo personalmente a sus lugares de trabajo sin hacerlo extensivo a quienes se estén desempeñando desde sus hogares vía tele trabajo, razón por la cual no era posible dar una respuesta distinta a la formalmente otorgada a la recurrente, pues la Ley Orgánica de la



Contraloría General de la República establece la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa, indicando que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos.

En base a lo anterior, también alega la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad de su representada, ya que se limitó a aplicar lo dictaminado por el órgano contralor.

Indica en su informe, además, que el recurso se debió dirigir en contra del Contralor General, quien emitió el dictamen que es lo realmente impugnado a través de esta acción, y que su representada se limitó a contestar conforme a lo decretado por Contraloría Regional de la República.

En otro extremo, señala que es improcedente la presente acción, por no tener esta por finalidad declarar la existencia de un derecho, como lo sería el caso de autos.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye, jurídicamente una acción constitucional de urgencia, de naturaleza autónoma, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

SEGUNDO: Que por consiguiente, resulta requisito indispensable de la acción de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil, o arbitrario, es decir, que sea producto del mero capricho de quien incurre en él, y que provoque alguna de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que



resulta básica para el análisis y la decisión del recurso que se ha interpuesto.

TERCERO: Que en estos autos la parte recurrente pide que se ordene al Gobierno Regional del Biobío pague la suma de \$1.260.000, en cumplimiento del derecho de sala cuna por el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021, en razón de \$210.000 mensuales.

La recurrida, Gobierno Regional del Biobío, sostiene que no puede realizar el pago de dicha suma, por cuanto queda obligada a lo sancionado por el órgano contralor, que estableció que dicho beneficio se hace aplicable sólo desde el 20 de enero de 2021 en adelante.

A su turno, Contraloría Regional de la República, al informar señala que se ha limitado a responder a la recurrente en base a los lineamientos y criterios vigentes de dicho órgano.

CUARTO: Que, no forma parte de la cuestión controvertida, el derecho del beneficio de sala cuna que le asiste a la recurrente, como tampoco que este sería pagado en su modalidad de compensación en dinero, al no poder otorgarse mediante el pago directo al establecimiento determinado por el empleador, en razón del cierre de estos, por acto de autoridad, con ocasión de la pandemia mundial.

A su turno, es pacífico que la recurrente solicitó a su empleador -Gobierno Regional del Biobío- dicho beneficio a contar del 31 de julio de 2020, día en que debía retornar a sus labores, por el término de su licencia de post natal.

Es relevante indicar que el retorno al desarrollo de las labores por parte de la recurrente no lo fue de manera presencial, sino mediante un sistema sustituto, como lo es el denominado “teletrabajo”.

Que, en tal escenario, luego de haber accedido la empleadora al pago del beneficio de sala cuna compensado -en modalidad de teletrabajo-, con fecha 6 de noviembre de 2020, a través del Memorándum N° 255 emitido por la jefa del Departamento de Gestión



y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional, se le informa a la actora el contenido del Memorándum N° 377, emitido por el abogado de dicho servicio, que, en síntesis, señala que atendido el dictamen N° 9913, de 15 de junio de 2020, de la Contraloría General de la República, no era posible acceder al beneficio de sala cuna compensado, por realizar la recurrente sus labores en modalidad de teletrabajo.

Consta, asimismo, que con fecha 25 de noviembre de 2020, la recurrente realizó una consulta a la Contraloría Regional del Biobío, a fin de solicitar un pronunciamiento respecto de la situación en particular. Cobra importancia indicar que en la parte final del Memorándum N° 255, se le indica a la actora que puede hacer la consulta, en relación a su particular situación, a la Contraloría Regional del Biobío, la que efectivamente realizó.

Finalmente, en la cronología de los hechos, con fecha 12 de marzo de 2021, Contraloría Regional, a través de la Resolución N° E85045/2021, le señala a la actora -que a la fecha de la respuesta- el criterio del órgano de control había variado, y ahora sí era procedente dicho beneficio, también en modalidad de teletrabajo, pero que lo era sólo a partir del día 21 de enero de 2021, ya que el cambio de criterio no podía operar con efecto retroactivo, para no afectar situaciones particulares constituidas antes de la doctrina sustituida, en atención al resguardo del principio de certeza y seguridad jurídica.

QUINTO: Que, por lo razonado en el motivo anterior, el asunto a resolver es determinar si el beneficio de sala cuna, en su modalidad compensado, le corresponde a la recurrente en el período comprendido entre el 31 de julio de 2020 -cuando reingresa a su trabajo en modalidad de teletrabajo- y el 20 de enero de 2021 -cuando varió la interpretación de Contraloría General de la República, en lo referente a la exclusión del beneficio de las personas en teletrabajo-, y en su caso, si debe ser pagado este por su empleador.



SEXTO: Que, de una revisión somera y formal del asunto en conflicto, podría sostenerse que efectivamente, como lo ha informado el Gobierno Regional, por tener éste que adecuar su acción a lo instruido por el órgano de control, sólo puede proceder al pago del beneficio compensado de sala cuna de la recurrente -que realiza sus funciones en teletrabajo- a contar del día 21 de enero de 2021, según el cambio de criterio emanado de la Contraloría General de la República.

De una misma forma de análisis, a priori, resulta acertado que los cambios de interpretación emanados de Contraloría General de la República deben operar solo en lo futuro.

Empero, lo anterior sería plausible en el entendido que la recurrida, Gobierno Regional del Biobío, hubiera informado a la recurrente, en el acto inicial, que “por ingresar a sus funciones en modalidad de teletrabajo” no era procedente el beneficio de sala cuna solicitado, por impedirlo expresamente la interpretación emanada del dictamen de la Contraloría General de la República, N° 9913 de 15 de junio de 2020, situación que no ocurrió.

A su turno, en lo que dice relación a la intervención de la Contraloría Regional del Biobío en la actuación impugnada, esta es, la respuesta contenida en la Resolución N° E85045 / 2021 de fecha 12 de marzo de 2021, que indica que dicho beneficio es aplicable al caso concreto de la actora, desde el día 21 de enero de 2021, fecha de la nueva interpretación del órgano, no pudiendo operar con efecto retroactivo, planteamiento que también sería correcto, pero sólo bajo el presupuesto basal que se le hubiera informado, inicialmente a la recurrente, por parte de su empleador, que ésta no era titular de dicho beneficio, en razón de la modalidad de ingreso al trabajo, desde que sólo ahí podemos hablar de la afectación de situaciones pretéritas consolidadas, que no podrían verse afectadas por la variación interpretativa del órgano.



SÉPTIMO: Que, sin cuestionar, en abstracto, la interpretación inicial emanada del órgano de control, que excluía del referido beneficio a los trabajadores por el sólo hecho de no realizar las funciones en forma presencial, en la situación que se analizará en concreto, es posible tener por cierto lo siguiente: i) que la recurrente con fecha 23 de julio de 2020, consultó, en forma clara, si el beneficio de sala cuna, en modalidad de compensación en dinero, era procedente a su respecto; ii) que nunca estuvo en duda que la reincorporación de la recurrente a sus funciones lo sería en modalidad de teletrabajo, y no en forma presencial, adjuntándole su empleador, incluso, un formulario a completar para tales efectos; iii) que le fue informado a la recurrente la procedencia de dicho beneficio, lo que se evidencia del correo electrónico remitido con fecha 28 de julio de 2020 por doña Jazmín Montaldo Montaldo, encargada de la Unidad de Bienestar del Gobierno Regional, que señala “*Manuela Buenos días Respecto a tu consulta realizada, de ¿cómo proceder para hacer efectivo derecho a sala cuna, debido a las circunstancias de pandemia que estamos viviendo?, y de acuerdo a que nos informas que “por motivos de trabajo debo contratar a alguien quien lo cuidará algunas horas al día.”*, **hecha la consulta a Unidad Jurídica nos responde que efectivamente debes proceder con la solicitud, adjuntando la documentación que se detalla, en correo adjunto de la Unidad Jurídica...**”, correo electrónico que en arrastre contenía uno de 27 de julio de 2020 del siguiente tenor: “**Puedes decirle que procede su solicitud.** La prestación de estos servicios debe ser acreditada mediante un contrato de trabajo, a honorarios o un convenio en el que se establezca claramente el modo en que se va prestar el servicio.”, emanado del abogado Nicolas Asiain; iv) que la recurrente, con fecha 1 de agosto de 2020, contrató los servicios de una tercera persona para el cuidado de su hijo menor de 2 años, lo que consta en contrato de prestación de servicios incorporado a este recurso de protección; v) que con fecha 6 de noviembre de 2020, mediante



Memorándum N° 255, emitido por doña Mireya Rojas, jefa del Departamento de Gestión y Desarrollo de Personas del Gobierno Regional, se le informa que no es posible acceder al beneficio de sala cuna compensado, por no realizar la recurrente sus labores en forma presencial, lo que funda en Memorándum N° 377 emitido por el abogado Nicolas Asiain. En la parte final del Memorándum N° 255 se indica: “Se adjunta la respuesta de la Unidad jurídica, no obstante, **si considera necesario puede realizar la consulta de manera personal a la Contraloría Regional si así lo requiere.**”; vi) que la recurrente ingresa, con fecha 25 de noviembre de 2020, ante la Contraloría Regional del Biobío, consulta sobre su derecho a sala cuna atendida su modalidad de teletrabajo y; vii) Que la respuesta de Contraloría consta en Resolución N° E85045/2021 de 12 de marzo de 2021, y que indica que dicho beneficio es aplicable desde el día 21 de enero de 2021.

OCTAVO: Que, en atención a los hechos y circunstancias constatadas en el motivo anterior, la resolución de este conflicto debe serlo no en base al cuestionamiento del cambio de criterio de Contraloría, y si este debe operar o no con efecto retroactivo, por cuanto no es lo realmente cuestionado en el escrito recursivo, así como tampoco el deber del Gobierno Regional del Biobío de acatar la interpretación del órgano de control, sino que el análisis ha de hacerse en base al derecho ya adquirido de la recurrente, que, habiendo procedido a la contratación de un tercero para el cuidado del menor, con cargo a un beneficio que se le había informado era procedente, luego, se le dijera, en definitiva, que este no era aplicable.

Que, asentado el marco del análisis que se hará para la resolución de la controversia, estos sentenciadores entienden que la respuesta inicial, en orden a la procedencia del derecho a sala cuna, configura un derecho adquirido que ha ingresado en el patrimonio de la recurrente, procediendo ésta a actuar, mediante la legítima confianza esperable de la respuesta emanada del órgano empleador, no siendo



procedente, por consecuencia, pretender afectarlo bajo el amparo de haber existido un error o confusión, por parte del servicio, en la información entregada inicialmente a la actora, de manera “desformalizada”.

Así, a la luz de los antecedentes, no parece razonable amparar la primitiva respuesta a la recurrente, en una supuesta confusión en la modalidad de ingreso a sus funciones, esto es presencial o de forma remota, por cuanto siempre estuvo claro que la opción sería la de teletrabajo, proporcionando la recurrida, incluso, el formulario para tal efecto.

De lo anterior, en la clara respuesta entregada a la actora mediante el correo electrónico de 28 de julio de 2020, señalado en el punto iii) del motivo séptimo precedente, en que el empleador sabía -o debía saber- de la interpretación contenida en el Dictamen N° 9913 de 15 de junio de 2020, no resulta entonces, meridianamente razonable, que el Memorándum N° 255 de fecha 6 de noviembre de 2020 pretenda fundar su cambio de criterio -no procedencia del derecho-, en aquel sostenido por el órgano de control con fecha 15 junio de 2020, vigente a la fecha de la respuesta inicial, para de este modo revertir un derecho que a la recurrente ya le había sido concedido previamente.

Finalmente, tampoco parece razonable justificar la retractación del beneficio ya concedido a la recurrente en la circunstancia que la respuesta inicial no tendría el carácter de oficial, encontrándose ésta sujeta a revisión, desde que, como lo indica el propio Gobierno Regional en su informe, la consulta efectuada por la recurrente fue derivada por la “*jefatura correspondiente (jefa de Gestión y Desarrollo de las Personas)*”, lo que supone que la actora ocupó los conductos regulares y adecuados para obtener una respuesta oficial a su consulta, por lo que a diferencia de lo señalado por dicha recurrida, no generó “*una expectativa respecto del pago del derecho a sala cuna de forma directa a la funcionaria*”, sino que un derecho a dicho pago.



NOVENO: Que, en este orden de ideas, se puede afirmar que la decisión de la recurrida, Gobierno Regional del Biobío, de denegar el pago del derecho compensado de sala cuna, del periodo del 31 de octubre de 2020 a 20 de enero de 2021, no parece acertado, desde que ya se había indicado a la actora que su procedencia lo era desde la reincorporación a sus funciones, de manera que el acto que contiene dicha negativa de pago no se encuentra dotado de la necesaria y debida racionalidad que le es exigible, lo que lo transforma en arbitrario.

A su turno, al validar la Contraloría Regional recurrida lo obrado por el Gobierno Regional, al responder mediante resolución N° E85045 / 2021 de fecha 12 de marzo de 2021, la consulta realizada por la recurrente, sin advertir la existencia, en el caso concreto, de derechos consolidados en favor de la funcionaria, de la forma relacionada en los considerandos previos, y no declararlo así, hace que el acto recurrido también se erija en arbitrario, por falta de racionalidad.

DÉCIMO: Que de lo reflexionado precedentemente aparece de manifiesto que las recurridas incurrieron en una actuación arbitraria, que perturba las garantías contempladas en el artículo 19 N° 2 y N° 24 de la Constitución Política de la República, toda vez que, como consecuencia del no pago del derecho a sala una en modalidad compensado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, la actora se vio privada de percibir el monto de dinero correspondiente a tal beneficio, lo que, sin lugar a dudas, afecta su derecho a ser tratada con igualdad ante la ley y vulnera, además, su derecho de propiedad, por lo que el recurso interpuesto en estos autos ha de ser acogido, con el preciso objeto de que la recurrida, Gobierno Regional del Biobío pague a la recurrente el monto correspondiente al beneficio de sala cuna, en su modalidad compensado, de que es titular, por el período comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021.



UNDÉCIMO: Que, para efectos formales, las alegaciones de falta de legitimación pasiva formulada por ambas recurridas serán rechazadas sin mayores dilaciones, desde que los actos recurridos, esto son la Resolución N° E85045 / 2021 de fecha 12 de marzo de 2021 de la Contraloría Regional del Biobío, y el Memorándum N° 377 de 29 de octubre de 2020, dictado por la Unidad Jurídica del Gobierno Regional del Biobío, han emanado de ellas y son precisamente los que han lesionado las garantías constitucionales de la recurrente señaladas en el considerando anterior.

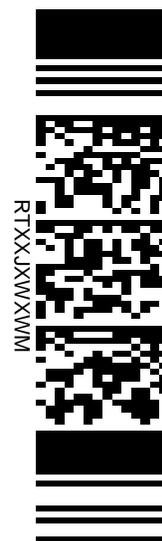
Por estas consideraciones, normas legales citadas y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que: **SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por los abogados María Gabriela Otárola Sanhueza y Diego Galindo Manríquez, en nombre de doña **Manuela Otárola Sanhueza**, y se ordena que el **Gobierno Regional del Biobío**, dentro de quinto día desde que la presente sentencia quede firme, efectúe el pago a la recurrente del monto correspondiente al derecho de beneficio de sala cuna, en su modalidad compensado, por el período comprendido entre el 31 de julio de 2020 y el 20 de enero de 2021.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Dese oportuno cumplimiento con lo previsto en el numeral 14 del Auto Acordado más arriba aludido.

Redactó el abogado integrante Jean Pierre Latsague Lightwood.

Rol N° 1338-2021 Protección.





RTXXJXWXMM

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Fabio Gonzalo Jordan D., Camilo Alejandro Alvarez O. y Abogado Integrante Jean Pierre Latsague L. Concepcion, dos de julio de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a dos de julio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>