



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K. 10329(2074)2015

90 años

Jurídico

4626

ORD.: _____/

MAT.: Atiende presentación que indica.

ANT.: 1) Ord. N° 1961, de 12.08.2015, de Inspector Provincial del trabajo de Temuco;
2) Presentación, de 22.07.2015, de Sra. Verónica Fritz Jaramillo en representación de la Clínica Alemana de Temuco S.A.

SANTIAGO,

09 SEP 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SRA. VERÓNICA FRITZ JARAMILLO
CLÍNICA ALEMANA DE TEMUCO S.A.
AV. SENADOR ESTÉBANEZ N° 645
TEMUCO/

Mediante presentación del antecedente 2) solicita un pronunciamiento de este Servicio en orden a las siguientes materias:

1.- Si resulta ajustado a derecho establecer un bono compensatorio con la trabajadora, Sra. Carol- Lan Scarlette Toledo Sepulveda, afecta a un sistema de "cuarto turno", autorizado por la Dirección del Trabajo, el cual consiste en laborar en un régimen de turnos rotativos de 12 horas diarias de duración, con una hora de colación imputable a la jornada, distribuidos de 08:00 horas a 20:00 horas y de 20:00 a 08:00 horas, que se desarrollan en un total de 3 días, seguidos de uno íntegro de descanso y, así sucesivamente. Así como también si el beneficio en comento es imponible.

2.- Si resulta ajustado a derecho que la trabajadora, Evelyn Inostroza Henríquez, acredite los gastos de movilización, para cuantificar el monto en dinero que se debe pagar por concepto de gastos de traslado, en el ejercicio del derecho a alimentar a su hijo menor de dos años, y si corresponde que estos se paguen de manera retroactiva.

Al respecto, en relación a su primera consulta, cúpleme informar a Ud., que el inciso 1° del artículo 203 del Código del Trabajo, dispone:

“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 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”.

Del precepto legal preinserto se colige que, por regla general, las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras, sin importar edad o estado civil, deben tener salas anexas e independientes del local de trabajo con el objeto de que las mujeres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras están en el trabajo y que 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 y, que en este caso, 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.

Por su parte, el inciso 3° del mismo precepto, establece:

“Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos”

De la norma legal transcrita se infiere que distintos establecimientos de empresas, que se ubiquen en una misma área geográfica, pueden de manera conjunta construir o habilitar y mantener salas comunes para atender a los hijos de sus dependientes, previo informe de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

A su vez, los incisos 5° y 6° de la disposición legal en estudio, indican:

“Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en éste artículo si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años”

“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”.

De las normas legales transcritas fluye que en el evento que el empleador por cualquier motivo no disponga de sala cuna en los términos previstos en el inciso 1° del precepto en estudio, cumple con la obligación en comento si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al cual la dependiente lleve a sus hijos menores de dos años, el que debe ser determinado por el empleador, eligiéndolo de entre aquellos que cuentan con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Ord. N° 0761 de

11.02.2008), entendiéndose entonces, que el beneficio en comento debe verificarse de preferencia, habilitando salas anexas e independientes del lugar de trabajo para la atención de los infantes.

En estas circunstancias es posible afirmar, según lo ha señalado la jurisprudencia reiterada y uniforme de esta Dirección, que la obligación de disponer de salas cunas puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes tres alternativas:

- 1) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo;
- 2) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica y,
- 3) Pagando directamente los gastos de la sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

En conformidad a lo expuesto forzoso resulta concluir, en armonía con la doctrina contenida en el punto 2) del dictamen N° 8365/252, de 17.11.1987, que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación en comento mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora.

Lo expresado en el párrafo anterior se corrobora, si se tiene presente que el beneficio consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo es irrenunciable al tenor de lo dispuesto en los artículos 5°, inciso 2° y 195, inciso 4° del Código del Trabajo, carácter que reconoce expresamente el dictamen N° 1399/76, de 08.05.02, al establecer que *"1.- El beneficio de sala cuna, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales son, por aplicación del artículo 5° del Código del Trabajo, de carácter irrenunciable, por consiguiente, no puede ser objeto de desistimiento por parte de la mujer trabajadora ni ser cambiado por otro."*

Precisado lo anterior, cabe determinar la procedencia de que la Clínica Alemana de Temuco S.A., cumpla con su obligación de proporcionar sala cuna mediante el otorgamiento de un bono compensatorio por tal concepto, atendido que la trabajadora por quien se consulta cumple su jornada de trabajo de cuarto turno, lo que le impide llevar a su hijo menor de dos años a un establecimiento autorizado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles, que funcione en dicho horario.

Sobre el particular, cabe señalar que este Servicio, ha emitido pronunciamientos que aceptan, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o las condiciones de salud del menor, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, doctrina que encuentra su fundamento en el interés superior del niño y justifican, por consiguiente que, en situaciones excepcionales, la madre trabajadora que labora en ciertas y determinadas condiciones pueda pactar con su empleador el otorgamiento de un bono compensatorio por un monto que resulte apropiado para financiar el servicio de sala cuna cuando ella no está haciendo uso del beneficio a través de una de las alternativas a que nos hemos referido precedentemente.

Es así como en oficio N° 2069, de 04.07.2002, y Dictamen N° 642/41 de 05.02.2004, se ha resuelto que no existe inconveniente

jurídico para que se otorgue un bono compensatorio por concepto de sala cuna, tratándose de trabajadoras que prestan servicios en horario nocturno.

De esta suerte, del análisis de los antecedentes se obtiene que, la trabajadora afectada, presta servicios en un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos denominado "cuarto turno", autorizado por esta Dirección, el cual consiste en laborar en un régimen de turnos rotativos de 12 horas diarias de duración, con una hora de colación imputable a la jornada, distribuidos de 08:00 horas 20:00 horas y de 20:00 a 08:00 horas, que se desarrollan en un total de 3 días, seguidos de uno íntegro de descanso y, así sucesivamente.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la jornada laboral de la trabajadora Sra. Carol- Lan Scarlette Toledo Sepulveda, se desarrolla en un régimen de dos turnos rotativos el primero de los cuales se inicia a las 08:00 y termina a las 20 horas, iniciándose el segundo a la misma hora y terminando a las 08 del día siguiente.

Como es dable apreciar, si bien el primer turno aludido ha sido considerado por la jurisprudencia administrativa de este Servicio como de carácter diurno – Ord. N° 2667/196, de 15.06.98- no lo es menos, que el término del mismo se produce a una hora en que los diversos establecimientos de salas cunas se encuentran cerrados y sin atención, lo que implica que la madre trabajadora que se encuentra en tal situación, la imposibilidad de hacer uso efectivo de este beneficio. Por su parte el segundo de los turnos indicados se desarrolla principalmente de noche, circunstancia que, al igual que en el caso anterior, impide a aquella ejercer tal derecho bajo alguna de las alternativas legales consignadas en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Lo anteriormente expuesto permite sostener que en la especie se está en presencia de un caso calificado que faculta a este Servicio para autorizar a las partes para convenir el pago de un bono en compensación del beneficio de sala cuna.

La conclusión anterior, guarda armonía con la jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros en dictamen N° 642/041 de 5.02.2004.

Respecto a si el beneficio en comento constituye remuneración para los efectos del pago de imposiciones, cabe indicar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41 del Código del Trabajo:

"Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo".

"No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo."

De la norma legal recién transcrita, se desprende que para que una contraprestación pueda denominarse remuneración ha de tratarse de dinero o, de modo adicional al dinero, especies avaluables en dinero, teniendo como causa de la misma el contrato de trabajo. Asimismo, se

desprende que claramente no constituirán remuneración aquellas asignaciones que se encuentren dentro de aquellas que específica o genéricamente se mencionan en el inciso segundo de la norma legal recién transcrita.

De acuerdo con lo expuesto, el bono de que se trata, supone el pago de una cantidad de dinero mensual por el monto que resulte apropiado para que la madre trabajadora financie el cuidado del menor en su casa. De esta manera, aparece inequívocamente que la naturaleza del beneficio es de carácter compensatorio, pues busca resarcir a la trabajadora, en la particular situación analizada, del costo asociado al gasto en que incurriría por el referido concepto.

De esta manera, entonces, si se considera que el bono de que se trata es de carácter indemnizatorio se debe concluir que se encuentra incluido en aquellos mencionados genéricamente en el inciso 2º del artículo 41 del Código del Trabajo, como beneficio no constitutivo de remuneración, lo que permite sostener que el mismo no debe ser calificado jurídicamente de remuneración y, por ende, no sería imponible. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Dirección del Trabajo en la conclusión N° 4) del ordinario 4.257, de 28.10.2011 y en el oficio N° 1739, de 13.04.2012.

En relación a su segunda consulta, es del caso indicar que, el inciso final del artículo 206 dispone:

“Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203, el período de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.”

Por su parte, el inciso 7º del artículo 203 del Código del Trabajo, prescribe:

“El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento”

De lo que se infiere que el costo de los pasajes que deban emplearse para la ida y regreso del menor desde la sala cuna a su hogar, deben ser pagados por el empleador.

Del análisis conjunto de ambas normas, se colige que establecen derechos similares, en la medida que cubren el costo de pasajes de transporte, pero de origen distinto, ya que la norma consignada en el inciso final del artículo 206, se refiere al gasto que realiza la madre trabajadora entre la empresa en que labora y la sala cuna y viceversa, mientras que el inciso 7º del artículo 203, establece el gasto en que incurre la trabajadora entre su casa y la sala cuna, para ir a dejar al menor y posteriormente, aquel que realiza para regresar al menor desde la sala cuna.

Dicha conclusión encuentra su fundamento no tan solo en el tenor literal de cada una de ellas, sino que además en la ubicación que el legislador dio a estos derechos con la modificación introducida por el número 1 del artículo único de la Ley N° 20.166, publicada en el Diario oficial del día 12 de febrero de 2007, al eliminar el inciso 7º del artículo 203 y suprimir del inciso 8º la frase referida al valor de los pasajes que debía utilizar la madre para ir

a dar alimento a sus hijos, trasladando ambos beneficios al inciso final del artículo 206.

De esa manera, en opinión de este Servicio, queda en el artículo 203, referido a las salas cunas, el derecho al valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y, en el artículo 206, referido al tiempo de que dispone la madre para dar alimento a sus hijos menores de dos años, tanto el derecho a la ampliación de dicho tiempo en el necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre a la sala cuna, como el derecho al pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplear ésta para su ida y regreso.

Por su parte, el inciso 4° del artículo 206 del Código del Trabajo, establece:

“El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203. “

Ahora bien, en relación con la obligación del empleador de pagar el valor de los pasajes por el transporte ya indicado, cabe tener presente la reiterada jurisprudencia de este Servicio en materia de pago de asignaciones de movilización como es el caso de aquella que establecía el artículo 20 del D.L. N° 97 de 1973 respecto de la cual habida consideración del carácter compensatorio del beneficio se exigía para su procedencia la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

1) Que el dependiente debiera incurrir en gastos de movilización para trasladarse de su domicilio al lugar de las faenas y

2) Que existiera un servicio de locomoción colectiva que cubriera el trayecto que debía hacer el trabajador para llegar al sitio del trabajo.

De lo expuesto precedentemente y atendida la igual naturaleza del beneficio en comento cabe concluir, según lo ha determinado la reiterada jurisprudencia administrativa de este Servicio, en dictámenes N°s 8912/152 de 17.11.1989, 4201/194 de 19.07.1994 y 6754/392 de 10.12.1993, que los requisitos anteriores son aplicables a la obligación que recae sobre el empleador contenida en las disposiciones anteriormente citadas de lo cual resulta que si la trabajadora debe incurrir en gastos de movilización para trasladarse con su hijo a la sala cuna o para concurrir a darle alimento y existe un servicio de locomoción colectiva que cubra el trayecto que deba hacer para cumplir las funciones anotadas el empleador estará obligado al pago del gasto consiguiente.

En el caso que nos ocupa deberá estarse a la situación de hecho configurada, la que deberá ser ponderada según los antecedentes del caso particular, estableciendo primero, si han existido gastos por parte de la madre trabajadora y segundo, si existe locomoción colectiva que cubra el trayecto que debe hacer la madre trabajadora para la ida y regreso a la sala cuna, como también para la ida y regreso del menor desde la sala cuna a su hogar.

Ponderados dichos antecedentes, la asignación de movilización, se deberá desde que se cumplen los requisitos señalados.

En consecuencia, en conformidad con las disposiciones legales citadas, doctrina y consideraciones expuestas cúpleme informar a Ud. que el empleador está obligado a pagar el gasto de traslado que debe hacer la madre trabajadora para dar alimento a su hijo menor de dos años, como el costo de los pasajes que deban emplearse para la ida y regreso del menor desde la sala cuna a su hogar, cuando las trabajadoras precisan incurrir en dicho importe y existe un servicio de locomoción colectiva que cubre dichos trayectos.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




RGR/MECB
Distribución:
- Jurídico.
- Parte.
- Control.