



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
 K. 1766 (460) 2017

3382

ORD.:

ANT.:

1) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de 04.05.2017.

2) ORD. 9742*24-02-2017, del Jefe Unidad de Atención al Usuario, de la Superintendencia de Seguridad Social.

3) Presentación de fecha cierta 31.01.2017, del Sr. Juan Francisco Lillo Araya, Gerente de Administración y Finanzas, de la Fundación O.D.E.C.

MAT.:

Solicita pronunciamiento jurídico respecto de si bono compensatorio del beneficio de sala cuna, tiene el carácter de imponible y devuelve presentación que indica por tratarse de una materia propia de su competencia.

Jurídico
 ✓

B11

SANTIAGO,

25 JUL 2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SUPERINTENDENTE DE SEGURIDAD SOCIAL
 HUÉRFANOS N° 1376
 SANTIAGO

Por necesidades del Servicio, y en virtud de presentación del antecedente 2), se ha estimado necesario solicitar un nuevo pronunciamiento jurídico a dicha Superintendencia, respecto a si el bono compensatorio de sala cuna, pagado directamente a las trabajadoras por su empleador, en cumplimiento de la obligación legal prevista en el artículo 203 del Código del Trabajo, equivalente a los gastos que irrogan tales establecimientos en la localidad de que se trate, tiene o no el carácter de imponible.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El 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 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.”.

“Las salas cunas señaladas en el inciso anterior deberán contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación.”.

“Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previa autorización del Ministerio de Educación, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos”.

“En los períodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades u otras entidades públicas o privadas”.

“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 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 funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación”.

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

“El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador”.

“Lo anterior se aplicará, además, si la madre fallece, salvo que el padre haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial”.

Del precepto legal transcrito se desprende, en lo pertinente, que toda empresa que ocupe veinte o más trabajadoras deberá mantener salas anexas e independientes del lugar de trabajo para que las madres dependientas puedan dar alimento y dejar a sus hijos menores de dos años 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.

De igual forma, 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 dependientas, previa autorización del Ministerio de Educación.

Además, se colige que el empleador igualmente, cumple con la obligación de otorgar el beneficio en comento, si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, el cual debe ser elegido por él de entre aquellos que cuenten con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación.

De acuerdo a lo anterior y a la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio, contenida entre otros, en dictamen N° 0059/002 de 07/01/2010, la obligación de disponer de sala cuna puede ser cumplida por el empleador a través de tres alternativas:

a) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo.

b) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de empresas que se encuentran en la misma área geográfica y,

c) Pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve sus hijos menores de dos años."

A su turno, el dictamen N° 1399/76, de 08.05.2002, de este Servicio precisó que si una de las maneras de cumplir el mandato legal se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otras modalidades, persistiendo, por tanto, la obligación de entregar el beneficio en la forma que resulte factible.

En el mismo sentido el Ord. N° 4641 de 24.11.2014, entre otros, en el que este Servicio ha precisado que el empleador debe cumplir con su obligación de proporcionar sala cuna a sus trabajadoras a través de las tres alternativas citadas precedentemente, de modo tal que si una de ellas se torna imposible deberá cumplir con aquella que le resulte factible.

De esta manera, a través del Ord. N° 6758/086, de 24.12.2015, este Servicio reconsideró su doctrina respecto al bono en compensación del beneficio de sala cuna, tratándose de condiciones de salud del menor, señalando que *"respecto a la procedencia de acordar un bono en compensación del beneficio en estudio, atendido que las condiciones de salud del menor aconsejan no enviarlo a sala cuna, este Servicio ha precisado que "cada vez que una de las madres titulares del mismo presente el correspondiente certificado médico con la sugerencia de no enviar al menor a sala cuna por riesgo de salud, este Servicio ha sostenido que la presentación de dicho antecedente no es suficiente para acordar el otorgamiento del bono referido, por cuanto corresponde a este Servicio resolver cada caso, previo análisis y ponderación de las condiciones de la prestación de servicios de la madre trabajadora o de los problemas de salud que sufra el menor", según aparece en Ords. N°s. 4257 de 28.10.2011 y 701 de 07 de febrero de 2011.*

Pues bien, un nuevo análisis de las particularidades que se relacionan con las actuaciones de este Servicio relacionadas con las solicitudes presentadas por las partes al tenor del acápite anterior, ha permitido al suscrito colegir que un certificado médico, expedido por un facultativo competente, que prescriba que la asistencia de un menor a establecimientos de sala cuna no resulta recomendable atendidas sus condiciones de salud, constituye de manera inequívoca un antecedente suficiente, para que las partes si así lo consideran, y de manera excepcional, acuerden el otorgamiento de un bono compensatorio del derecho en comento, no siendo necesario un análisis ulterior de esta Dirección de un pacto en tal sentido.

Cabe hacer notar, que el monto a pactar, debe ser equivalente a los gastos que irrogan tales establecimientos en la localidad de que se trate, de manera que permitan financiar los cuidados del niño y velar por el resguardo de su salud integral.

Lo anterior, no obsta que este Servicio en uso de sus facultades fiscalizadoras proteja el correcto otorgamiento a las trabajadoras del beneficio de sala cuna, o del bono que lo compense en su caso, cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 208 del Código del Trabajo".

Por otra parte, en oficios N°s 3717; 2069 y 2587, de 11.11.2002; 04.07.2002 y 04.07.2003, respectivamente, este Servicio ha resuelto que no existe inconveniente jurídico para que se otorgue un bono compensatorio por concepto de sala cuna, tratándose de trabajadoras que laboran en una localidad en que no existe ningún establecimiento que cuente con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles; también, en el caso que se desempeñen en faenas mineras ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, quienes viven, durante la duración de éstas, separadas de sus hijos, en los campamentos habilitados por la empresa para tales efectos; del mismo modo quienes prestan servicios en horario nocturno, y finalmente, cuando las condiciones de salud o los problemas médicos que el menor padece aconsejen no enviarlo a un establecimiento de tal naturaleza, circunstancia esta última en que, según lo señalado en

el dictamen N° 6758/086, de 24.12.2015, un certificado médico, con las particularidades referidas en dicho documento, constituye un antecedente suficiente, no existiendo un análisis posterior, en el caso particular, por parte de este Servicio.

De tal modo, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, ha precisado y descrito cuatro casos específicos en los que el empleador puede cumplir la obligación establecida en el artículo 203 del Código del Trabajo, otorgando una compensación o bono directo a la trabajadora, situaciones que, -salvo el caso de la condición de salud del hijo que aconsejan no enviarlo a sala cuna-, han de ponderarse en forma estricta para que previo análisis de los antecedentes aportados se evalúe la procedencia de su pacto, por esta Institución.

Señalado lo anterior, a través de ORD. N° 16-06-2004 * 23347, la Superintendente de Seguridad Social, de la época, dando respuesta a una presentación efectuada por este Servicio, sobre si el "Bono de Sala Cuna pagado a las trabajadoras, tiene o no, el carácter de imponible", resolvió, luego del análisis normativo efectuado, que *"en la especie, el denominado "Bono Sala Cuna", según lo indicado por esa Dirección, excepcionalmente puede compensar la obligación del derecho a sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, cuando atendidas las circunstancias señaladas en el numerando 1°, a que alude esa Dirección, no permiten cumplir con tal deber. En consecuencia, en la medida que ese bono corresponda a una devolución de gastos, (sujeto a rendición de cuenta), equivalente al valor que deba pagar la trabajadora por concepto del uso de la sala cuna a la que lleva a su hijo, y coincidiendo con su opinión, el aludido bono no constituiría remuneración y, por ende no es imponible.*

Ahora bien; si el pago del denominado "Bono Sala Cuna" excede el gasto efectivo por este concepto, dicho exceso constituiría remuneración, al tenor de lo prescrito en el artículo 41 del citado Código, y por tanto, sería imponible".

Sin embargo, a través de jurisprudencia administrativa contenida, entre otros en dictamen N° 066542, de 2012 esa Institución, precisó *"Al respecto, se hace presente que tratándose de un "Bono Sala Cuna", éste puede corresponder a una devolución del gasto sujeto a rendición de cuenta, en caso de empresas que dan cumplimiento a la obligación que les impone el artículo 203 del Código del Trabajo, pagando la sala cuna donde la trabajadora lleva a su hijo. En esta situación no se trata de una remuneración, y, por ende, no se debe incluir en el cálculo de un subsidio por incapacidad laboral.*

En cambio, si el pago del denominado "bono sala cuna" no dice relación con el gasto efectivo y se paga sin necesidad de rendición de cuenta, constituye remuneración y es imponible, caso en el cual se debe incluir en el cálculo de los subsidios por incapacidad laboral".

Concluyendo, "Finalmente, se hace presente que si persisten dudas respecto a si el bono sala cuna que se le paga es o no remuneración, deberá solicitar un pronunciamiento a la Dirección del Trabajo, según lo cual, de resolver dicho organismo que constituye remuneración, deberá incluirse en el cálculo del subsidio por incapacidad laboral que corresponda".

A su turno, el dictamen N° 029014, de 09.05.2013, de dicha Superintendencia, ha concluido en el mismo sentido.

Por su parte, en el caso de que este bono compensatorio de sala cuna, se encuentre establecido en un instrumento colectivo, la Superintendencia, en dictamen N° 20807, de 08.06.2001, ha arribado a similar conclusión.

Señalado lo anterior, el Código del Trabajo, en el artículo 1° transitorio, inciso primero, ubicado en el Apartado denominado de los "Artículos Transitorios", prescribe:

"Las disposiciones de este Código no alteran las normas y regímenes generales o especiales de carácter previsional. Sin embargo, tanto en aquéllas

como en éstas regirá plenamente la definición de remuneración contenida en el artículo 41 de este Código”.

De la norma transcrita se colige que en materia previsional rige plenamente la definición de remuneración contenida en el artículo 41 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el artículo 41 del Código del Trabajo dispone:

“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”.

Al respecto, la doctrina de este Servicio contenida en Ord. N° 4626, de 09.09.2015, ha señalado respecto a si el beneficio en comento constituye remuneración para los efectos del pago de imposiciones, que *“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 específicamente 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”.

En efecto, el Ord. N° 4257, de 28.10.2011, precisó *“en referencia a la consulta de que si el beneficio monetario sustitutivo de sala cuna constituye remuneración, cabe señalar que el mismo no reviste tal carácter, atendida su naturaleza de reemplazo de un beneficio legalmente establecido dentro de las normas protectoras de la maternidad, cuya finalidad es compensar los gastos en que incurre la madre trabajadora en el cuidado de sus hijos menores de dos años”.*

Señalado lo anterior, la Contraloría General de la República pronunciándose sobre el pago de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna a las funcionarias públicas ha precisado en dictamen N°68316, de 16.09.2016, *-que reconsidera toda su doctrina en contrario-, “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”.*

De esta manera, por una parte, es el empleador el responsable por mandato legal de proporcionar el aludido derecho a sus trabajadoras; y por otra, el derecho a sala cuna es irrenunciable para la trabajadora por cuanto el bien jurídico contemplado en la preceptiva en análisis es la integridad física y psíquica del menor, de modo que su objeto es velar por la debida protección y seguridad de aquel, procurando un adecuado desarrollo, y constituyendo el anotado artículo 203 del Código del Trabajo una

disposición integrante de la seguridad social, este precepto ha de interpretarse considerando siempre el resguardo del niño o niña, ya que de no ser así se contravendría el espíritu y la finalidad de la ley.

Así, al tenor de lo señalado, el bono compensatorio de sala cuna que pague el empleador, en cumplimiento de una obligación legal, de conformidad al artículo 203 del Código del Trabajo, ubicado en el Libro II, denominado "De la Protección a los Trabajadores", Título II, "De la Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar", en relación al artículo 41 inciso 2°, del Código del Ramo, no reviste el carácter de remuneración, en la medida que se trate de un monto equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna, de manera que permita financiar los cuidados del niño y velar por el resguardo de su salud integral.

En ese mismo sentido se podría concluir que, un valor superior a dicho gasto constituiría remuneración de conformidad al artículo 41 inciso 1 del Código Laboral.

Precisado lo anterior, se concluye que el hecho de que se pague sin necesidad de rendición de cuenta, en nada altera la naturaleza no remuneracional de dicho bono compensatorio de sala cuna, de acuerdo a las consideraciones explicitadas en el cuerpo del presente oficio.

Finalmente, de conformidad a lo previsto en el artículo 38 letra e) de la ley N° 16.395, de 1966, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, incumbe a dicho Organismo "Fijar la interpretación de las leyes y reglamentos de previsión social y ordenar a las instituciones sometidas a su fiscalización que se ajusten a esta interpretación".

Señalado lo anterior, corresponde a dicha Superintendencia determinar si el pago del bono compensatorio de sala cuna es imponible o no, no obstante, se acompaña la opinión de este Servicio en cuanto a la naturaleza no remuneracional que aquel reviste, teniendo presente que, de conformidad al inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, los Órganos de la Administración del Estado, deberán cumplir sus cometidos con estricta observancia del principio de coordinación.

Al tenor de lo indicado, se devuelve oficio ORD. 9742*24-02-2017, del Jefe de la Unidad de Atención al Usuario, de dicha Superintendencia, emitido en virtud de presentación efectuada por la Fundación Oficio Diocesano de Educación Católica, al tenor de la consulta efectuada sobre la impondibilidad de bono de sala cuna, por tratarse de una materia propia de su competencia.



Saluda atentamente a Ud.,

CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

JFCC/EBPIAAV

Distribución:

- Director del Trabajo.
- Interesado
- Partes
- Control

Incluye:

ORD. 9742*24-02-2017 y sus antecedentes.