



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos, Inno-
vación y Estudios Laborales
E 18199 (651) 2020

1983

ORD. N°: _____

Jurídico



MAT.: De conformidad a la doctrina contenida entre otros, en el Ordinario N 3843, de 30.07.2015, de este Servicio, en el evento que el empleador haya optado por cumplir su obligación pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, la elección de dicho establecimiento corresponderá al empleador, debiendo optar por aquellos que cuenten actualmente con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial otorgados por el Ministerio de Educación, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar las partes y de lo señalado en el presente informe.

ANT.: 1) ORD. N° 298, de 11.03.2020, del Inspector Comunal del Trabajo Santiago Sur.
2) Presentaciones del Sr. Galvarino Flores Guzmán, Presidente Sindicato Liceo Comercial OEP, de fechas 03.03 y 05.02., ambas de 2020.

SANTIAGO,

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

24 JUN 2020

**A: SR. GALVARINO FLORES GUZMAN
PRESIDENTE SINDICATO LICEO COMERCIAL OEP
CALLE ALVAREZ DE TOLEDO N° 1060
SAN MIGUEL
Galvarinofloresg@gmail.com**

Mediante documento del ANT 2), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección que permita, atendidas las particularidades explicadas en su presentación, convenir con su empleador un bono en compensación del beneficio de sala cuna, no obstante contar la empresa con un convenio de prestación de servicios de sala cuna vigente, con un establecimiento determinado al que asistirían los hijos menores de dos años de las trabajadoras de dicha Institución.

Al respecto, cúpleme en informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 203 del Código del Trabajo, prescribe:

“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”.

De conformidad a lo dispuesto en los incisos 1º, 3º y 5º del artículo 203 del Código del Trabajo y según lo ha señalado la jurisprudencia reiterada y uniforme de este Servicio, contenida entre otros, en dictamen N° 0059/002 de 07.01.2010, la obligación de disponer de salas cunas puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes 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 empresas que se encuentren en 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.

Por su parte, la doctrina de esta Dirección, analizada, entre otros en el Ord. N° 761, de 11.02.2008, ha manifestado que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación prevista en el artículo 203 del Código del Trabajo mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora, cantidad supuestamente equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna, teniendo presente, además, que se trata de un beneficio de carácter irrenunciable.

Sin perjuicio de lo expresado, este Servicio ha emitido pronunciamientos que autorizan, en determinados casos, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o condiciones laborales de la madre, teniendo presente para ello diversos factores, entre ellos como ocurre, a vía de ejemplo, con aquellas que laboran en lugares en que no existen servicios de sala cuna autorizados por la Junta Nacional de Jardines Infantiles - Junji-, que actualmente debe entenderse por el Ministerio de Educación-; en faenas mineras ubicadas en zonas alejadas de centros urbanos, quienes durante la duración de éstas viven separadas de sus hijos, en los campamentos habilitados por la empresa para tales efectos, y/o en turnos nocturnos. Se ha considerado, asimismo, dentro de las circunstancias excepcionales que permiten el pacto de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, los problemas de salud que afecten a los menores, hijos de las beneficiarias, que les impide su asistencia a tales establecimientos.

De lo expuesto, se desprende que en las circunstancias excepcionalísimas descritas en el párrafo anterior, se ha autorizado, que las partes acuerden la entrega de un bono compensatorio del beneficio en estudio, dado que la ocurrencia de algunas de las situaciones descritas haría imposible que el empleador pueda cumplir con el otorgamiento del derecho referido utilizando alguna de las tres alternativas indicadas en los párrafos que anteceden, lo cual en ningún caso implica la renuncia de la trabajadora al beneficio en comento.

Cabe manifestar que la doctrina sustentada al respecto se encuentra fundamentada en el interés superior del menor y justifican por consiguiente, que en situaciones excepcionales, debidamente ponderadas, 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 aquella no está haciendo uso del beneficio, a través de una de las alternativas a que nos hemos referido precedentemente.

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 de carácter irrenunciable, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales, por aplicación del inciso 2° del artículo 5 del Código del Trabajo, 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 del sistema de seguridad social.

En ese sentido, 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.

En virtud de lo señalado, y de conformidad a la doctrina contenida entre otros, en el Ordinario N° 3843, de 30.07.2015, de este Servicio, en el evento que el empleador haya optado por cumplir su obligación pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, la elección de dicho establecimiento corresponderá al empleador, debiendo optar por aquellos que cuenten actualmente con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial otorgados por el Ministerio de Educación, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar las partes.

Precisado lo anterior, corresponde pronunciarse sobre la situación de hecho mencionada en su presentación y que se relaciona al eventual estado de inseguridad del que podrían ser objeto los menores al momento de su traslado hacia y desde la sala cuna contratada, dada la ubicación geográfica de las dependencias del empleador, en la que se fundaría la solicitud de autorizar el pago de un bono compensatorio de sala cuna, por parte de las trabajadoras con hijos menores de dos años.

Al respecto, se debe indicar que la normativa consagrada en la Constitución Política de la República, en especial, en su artículo 19, N° 1, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, a su vez, el N° 18, consagra el derecho a la seguridad social. Esta norma agrega, en lo que nos interesa, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, correspondiéndole además supervigilar el adecuado ejercicio de la seguridad social.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 790, de 2007, considerando 31, señaló "*El derecho a la seguridad social, ..., tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal... Así el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a la que alude el artículo 1°, inciso primero de la Carta Fundamental;*".

A su turno, la Convención 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 -y como ya se ha señalado-, su artículo 3 N°1, que establece 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 a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, el N°2 del mismo artículo, dispone: que "*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*"

Enseguida, y como lo señala el dictamen N° 4971/078, de 10.12.14, de este Ente Fiscalizador, dada la trascendencia de los fines perseguidos por las normas revisadas precedentemente, no cabe sino entender que el artículo 203 del Código del Trabajo, debe interpretarse en un sentido finalista que asegure tanto la debida protección del hijo menor de dos años, que concilie o haga compatible el trabajo con la vida familiar y personal y que permita a la madre trabajadora desarrollar su capacidad de tal. Al mismo tiempo, debe cumplir con el mandato constitucional de velar por el adecuado ejercicio de la seguridad social, considerando que la persona y los que de ella dependen se encuentran expuestos a contingencias sociales que requieren de protección y cuidado.

Así, en este contexto, y bajo el amparo de la normativa constitucional y doctrina analizada, podemos colegir en términos generales que si existe una imposibilidad material para el cumplimiento de la obligación legal analizada, producto de circunstancias que podrían constituir contingencias sociales y que traen como consecuencia un eventual riesgo a la integridad física de los menores, de manera excepcional, en opinión de quien suscribe, no existiría inconveniente legal para que las partes pactaran, de común acuerdo, y mientras dichas circunstancias se mantengan, el pago de un bono compensatorio de sala cuna, cuando ha de resultar imposible entregar el beneficio de sala cuna a través de las alternativas que ha previsto el legislador.

Efectuadas las precisiones anteriores, para efectos del análisis y ponderación que corresponde realizar en el caso en particular, se debe indicar que, al tratarse de una norma de derecho estricto, irrenunciable, y como tal, de interpretación restrictiva para este Servicio, a efectos de fundamentar una posible autorización del bono de sala cuna, no corresponde emitir un pronunciamiento de manera genérica, sin acompañar los documentos necesarios para fundamentar aquella, como son el contrato de trabajo, certificado de nacimiento del menor y un acuerdo suscrito entre las partes, respecto del otorgamiento y aceptación del beneficio, estableciendo el monto acordado, el cual, como se ha señalado, debe ser equivalente a los gastos que irroga una sala cuna, debiendo además, en el caso puntual mencionar en dicho acuerdo el hecho específico que lo origina.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Ud., que:

1) De conformidad a la doctrina contenida entre otros, en el Ordinario N 3843, de 30.07.2015, de este Servicio, en el evento que el empleador haya optado por cumplir su obligación pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, la elección de dicho establecimiento corresponderá al empleador, debiendo optar por aquellos que cuenten actualmente con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial otorgados por el Ministerio de Educación, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar las partes.

2) En la especie, y sin perjuicio de análisis efectuado, no corresponde, a este Servicio otorgar una autorización genérica para efectos de pactar un bono en compensación del beneficio de sala cuna, en virtud de los antecedentes analizados en el cuerpo del presente informe.

3) Para el análisis y ponderación, de la autorización de un pacto en tal sentido, por parte de esta Dirección, resulta necesario acompañar los

documentos enunciados al tenor del presente informe, los que podrá hacer llegar directamente al Departamento Jurídico y Fiscalía de la Dirección del Trabajo, ubicado en Agustinas N° 1253, Piso 9°, Santiago.

Saluda atentamente a Ud.,


SONIA MENA SOTO

ABOGADA

JEFA DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL (S) E
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




SMS/ESP/BAV

Distribución

- Partes
- Control
- Jurídico