



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales
E. 70830 (2080) 2020

183

Juridico

ORD. N°: _____

MAT.: Atiende presentación, sobre pago bono compensatorio del beneficio de sala cuna, con efecto retroactivo.

ANT.: Presentación de la Sra. Rosa Canales, de fecha 18.12.2020.

SANTIAGO,

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCALÍA
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

18 ENE 2021

**A: SRA. ROSA CANALES
canales_1787@hotmail.com**

Mediante documento del ANT., se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección que permita, atendidas las particularidades explicadas en su presentación, autorizar el pago de un bono compensatorio con efecto retroactivo del beneficio de sala cuna a la trabajadora Sra. Rosa Canales, respecto de su hijo menor de dos años.

Al respecto, cúmpleme 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 como el dictamen N° 642/41, de 05.02.2004, 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 2º 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.

Precisado aquello, debemos recordar que el beneficio de sala cuna es una obligación impuesta por ley al empleador y que, a su vez, el pago de un bono compensatorio de sala cuna, constituye el cumplimiento de dicha obligación, a través de un medio equivalente, cuyo desembolso debe efectuarse en forma íntegra por aquel.

Ahora bien, a través del dictamen N° 6758/086, de 14.12.2015, este Servicio concluyó *“que el certificado 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 un antecedente suficiente, para que las partes si así lo consideran, acuerden el otorgamiento de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna”*.

Señalado lo anterior, a través del dictamen N° 1884/014, de 11.06.2020, la Dirección del Trabajo, expresó que *“en el marco de la presente emergencia sanitaria COVID-19, mediante Resolución Exenta N° 322, de 28.04.2020, del Ministerio de Salud, se dispuso la suspensión de clases en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios que establezca el Ministerio de Educación, hasta que las condiciones sanitarias permitan el levantamiento de esta medida.*

Ahora, tratándose de niños o niñas menores de dos años, a juicio de la suscrita, se torna materialmente inviable cumplir de manera remota, las actividades propias de los establecimientos de sala cuna debiendo destacar que aun en caso de ser ello posible, su sola ocurrencia impediría cumplir las finalidades del derecho en análisis. En efecto la permanencia de los menores en sus hogares haría igualmente necesario disponer de una persona que asuma su cuidado, con el consiguiente gasto adicional que implica la contratación de un tercero para ello o impediría a la madre trabajadora prestar debidamente los servicios convenidos en caso de asumir personalmente dicho cuidado lo que, además, podrá derivar en un riesgo para los citados menores”.

Agrega dicho pronunciamiento jurídico *“en este sentido, en caso que exista imposibilidad para el empleador de cumplir con su obligación legal de sala cuna bajo las reglas generales, las partes se encuentran habilitadas para acordar, en el marco de la presente emergencia sanitaria y mientras duren las limitaciones a este respecto, el pago de un bono compensatorio que permita a la madre trabajadora encargar el cuidado del niño o niña menor de dos años a un tercero y poder prestar servicios de forma adecuada, debiendo destacar que el monto a pactar, conforme a la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N° 6758/86 de 24 de diciembre de 2015, 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”*.

Cabe precisar que, analizados los hechos contenidos en su presentación, se colige que Ud. estuvo haciendo uso de su derecho a permiso post natal parental hasta el 12.04.2020. Luego, hizo uso de licencia médica por enfermedad común a contar del 13.04.2020 y hasta el 14.09.2020; finalmente se acogió al beneficio de Licencia Médica Preventiva Parental (LMPP), desde el 15 de septiembre y hasta el 13.12.2020, sin que hubiese solicitado el beneficio de pago de bono compensatorio de sala cuna a su empleador, durante el tiempo que estuvo haciendo uso de licencia médica por enfermedad común.

Al respecto, y contestando su consulta relativa al pago con efecto retroactivo del pago del beneficio de sala cuna, este Servicio ha señalado en el Ordinario N°2167 de 23.05.2017 que *“Respecto a la procedencia de obtener el pago del bono compensatorio de manera retroactiva, esto es, por aquellos meses en que la empresa no cumplió íntegramente su obligación, cabe señalar que sin perjuicio de la facultad con que cuenta este Servicio para fiscalizar y sancionar las irregularidades que constate en la inspección respectiva, la trabajadora en cuestión podrá recurrir a los Tribunales de Justicia, con el objeto de lograr que su empleador le reintegre el gasto que debió asumir por el cuidado de sus hijos menores de dos años.”*

Concluyendo el ORD. N°3840, de 23.07.2018 de este Órgano Fiscalizador que *“La procedencia de obtener el pago del bono compensatorio de manera retroactiva, sin perjuicio de las facultades con que cuenta este Servicio para fiscalizar y sancionar las irregularidades que eventualmente pueda constatar, requiere de ponderación y prueba, motivo por el cual la trabajadora en cuestión podrá recurrir a los Tribunales de Justicia, con el objeto de lograr que su empleador le reintegre el gasto que debió asumir por el cuidado de sus hija menor de dos años”*. En el mismo sentido se resolvió, a través del ORD. N°3929, de 27.07.2018.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud., qué respecto a la procedencia de pagar en forma retroactiva el bono compensatorio de sala cuna que pudieran acordar las partes, debe estarse a lo señalado de forma precedente, sin perjuicio del derecho de la trabajadora para recurrir a los Tribunales de Justicia en orden a obtener el reembolso de los gastos en sala cuna en que hubiere incurrido.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL




CBPI/AAV
Distribución
- Partes
- Control
- Jurídico