



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales
E. 12303 (197) 2021

ORD. N°: 1504

MAT.: Bono compensatorio de sala cuna. Efecto retroactivo.

ANT.: 1) Instrucciones Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales, de 11.05.2021.

2) Presentación del Sr. Felipe Benavides Medina, Gerente General de la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile Kléber Monlezum, de fecha 08.02.2021.

SANTIAGO, 19 MAY 2021

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

**A: SR. FELIPE BENAVIDES MEDINA
GERENTE GENERAL
FUNDACIÓN DE ASISTENCIA LEGAL DEL COLEGIO MÉDICO DE
CHILE KLÉBER MONLEZUM
fbenavides@falmed.cl
gnieto@falmed.cl**

Mediante documento del ANT.2), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección consultando si atendidas las particularidades explicadas en su presentación, es obligatorio el pago de un bono compensatorio con efecto retroactivo del beneficio de sala cuna a las trabajadoras de su fundación, en consideración a que debido a la emergencia sanitaria por COVID-19, las salas cunas no estuvieron funcionando por disposición de la autoridad sanitaria.

Agrega el recurrente, que en el mes de diciembre de 2020 una de las trabajadoras de su organización le consultó "*...sobre la procedencia de recibir de manera retroactiva, el pago de un bono compensatorio por los gastos en que habría incurrido por el cuidado de sus hijos menores de dos años...*", encontrándose aquella realizando labores de teletrabajo.

Precisa, además, que, durante los meses de marzo a noviembre de 2020, no se pactó dicho beneficio con ninguna de las trabajadoras de la fundación.

A su vez, alega el recurrente que la falta de pago de bono compensatorio en la situación planteada, se debió entre otras razones, a la respuesta otorgada con fecha 27.03.20, al requerimiento CAS-710151-M1W7N9 CRM:0044355, desde el Canal de Atención Virtual de la Dirección del Trabajo.

En efecto, en dicho caso se consultaba, sobre el derecho de sala cuna y su cumplimiento, habiéndose decretado el cierre de las salas cunas, en el marco de la pandemia por COVID-19, concluyendo este Servicio que *“dado que la sala cuna cerró por orden de una autoridad y la trabajadora hacía uso de este beneficio, el empleador no estaría en la obligación de pactar un bono compensatorio por este concepto”*.

Al respecto, se debe indicar como cuestión previa, que sobre esta materia específica, como la misma respuesta señala, se recomendaba al consultante *“solicitar un pronunciamiento”*, adjuntando el link explicativo sobre el procedimiento para efectuar dicha solicitud, situación que se constata en el mes de febrero del presente año y que precisamente se justificaba en el contexto excepcional de la situación de emergencia sanitaria por COVID-19.

De esta manera, sobre la materia específica, este Servicio emite el Dictamen N°1884/014, de 11.06.2020.

Señalado lo anterior, sobre el particular, cumpla en informar a Ud. lo siguiente:

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, como usted menciona en su presentación, a través del Dictamen N°1884/014, de 11.06.2020, la Dirección del Trabajo, concluyó que *"1. En el marco de la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, resulta exigible que el empleador cumpla con la obligación de proveer el derecho de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo. 2. La madre trabajadora que preste servicios y se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia, mantiene el derecho a que el empleador le provea de la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas que señala este informe, habilita a las partes a acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor"*.

Se debe agregar que, en el mismo sentido se informó a través del Dictamen N°678/005, de 26.02.2021, de la Sra. Directora del Trabajo, indicando que en el caso de prestarse servicios bajo modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo resulta plenamente exigible que el empleador cumpla con su obligación de proveer el derecho de sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas establecidas en el artículo 203, habilitan a las partes acordar el pago de un bono compensatorio.

Cabe precisar que, analizados los hechos contenidos en su presentación, y documentos anexos, se colige que una de las trabajadoras de la fundación, consulta en el mes de diciembre de 2020, si correspondía, el pago del beneficio de bono compensatorio de sala cuna, por parte del empleador, por el tiempo que estando realizando funciones de *“teletrabajo”*, debió asumir de manera particular, el costo del cuidado de sus hijos, al encontrarse cerrada la sala cuna contratada por dicha institución.

Al respecto, y contestando su primera y tercera consulta relativa al pago con efecto retroactivo 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.”*

A su turno, concluye 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 su hija menor de dos años”*. En el mismo sentido se resolvió, a través del ORD. N°3929, de 27.07.2018 y ORD. N°3897, de 13.08.2019, agregando este último que *“...cabe señalar que no resulta procedente autorizar el pago de un bono compensatorio de sala cuna de forma retroactiva toda vez que la aprobación que este Servicio otorga a un acuerdo de tal naturaleza no solo implica una revisión de los antecedentes en que se funda, entre ellos, el acuerdo celebrado entre el empleador y la trabajadora en torno al pago de un bono compensatorio y el monto del mismo, sino que supone su aplicación a futuro, es decir, para cubrir el período en que el empleador debe dar cumplimiento al beneficio de sala cuna a través de alguna de las alternativas establecidas en el artículo 203 del Código de Trabajo”*.

Ahora bien, teniendo presente la emisión de los Dictámenes N°1884/014 de 2020, y N°678/005 de 2021, indicados precedentemente, en virtud de la situación excepcional de pandemia que atraviesa el país, este Servicio ha concluido que corresponde objetivamente el pago de un bono compensatorio de sala cuna, de manera genérica, desde el momento de la suspensión de funcionamiento de las salas cunas, lo que constituye una circunstancia imparcial y de general aplicación, *“...en cuyo caso resulta procedente el pacto del referido bono a partir del mes de junio de 2020, no siendo procedente analizar su procedencia caso a caso, mientras se mantenga la situación de cierre obligatorio de las salas cunas por orden de la autoridad sanitaria”*. Aplica criterio ORD. N°436 de 04.02.2021.

En ese sentido, agrega dicho pronunciamiento jurídico, *“Por otra parte, cabe hacer presente que, de acuerdo a la reiterada y uniforme doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en Dictamen N°1669/67, de 13.03.1995, los dictámenes meramente declarativos se pueden impetrar desde que se cumplieron los requisitos para disfrutar del beneficio respectivo, a diferencia de los dictámenes que reconsideran uno anterior, ..., en cuyo caso solo pueden disponer para el futuro”*.

En efecto, el dictamen citado expresa *“...tratándose de pronunciamientos meramente declarativos, esto es, de aquellos que fijan el verdadero sentido y alcance de una disposición legal, en la especie, de índole*

laboral, es del caso señalar que éstos, por su naturaleza, no originan derechos para regir en el futuro, sino que se limitan a reconocer uno ya existente, de suerte que el titular de éste podrá impetrarlo desde el momento en que cumplió los requisitos que, para disfrutar del beneficio respectivo, exige la ley interpretada,...

En ese sentido, el aludido Dictamen N°1884/014, de 11.06.2020, no reconsidera la doctrina anterior, sino que precisa el alcance del ejercicio del derecho a sala cuna, en el contexto de la situación excepcional, de emergencia sanitaria provocada por la pandemia COVID-19, por lo que, en opinión de quien suscribe, corresponde su aplicación, desde su publicación en adelante, esto es, el mes de junio de 2020.

En dichas circunstancias, no procede jurídicamente autorizar el pacto de un bono compensatorio de sala cuna, con efecto retroactivo, sin perjuicio de lo señalado en el presente oficio.

Luego, y al tenor de su segunda y quinta consulta, como se expresó precedentemente corresponde el pacto del referido bono compensatorio desde el mes de junio de 2020, siendo aquel de aplicación general, mientras se mantengan las condiciones de emergencia sanitaria señaladas.

Finalmente, en cuanto a la alegación de prescripción del artículo 510 del Código del Trabajo, se debe indicar que la prescripción como modo de extinguir derechos y obligaciones, sólo produce los efectos señalados cuando ha sido judicialmente declarada, toda vez que el artículo 2493 del Código Civil, prevé: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, el juez no puede declararla de oficio", de forma tal que, la trabajadora podrá exigir el pago judicialmente, si la prescripción aún no ha sido alegada y declarada por los Tribunales de Justicia. Aplica criterio Dictamen N°3268/46 de 22.08.2014.

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


LBPIAAV
Distribución
- Partes
- Control