

2235 . 21

ORD.: _____

MAT.: 1. No resulta jurídicamente procedente que doña Alejandra Camila Guerra Pérez reciba de su empleadora Colegio Juanita Fernández, un bono compensatorio del beneficio legal de sala cuna durante el período en que la misma se encuentra haciendo uso de su descanso maternal, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar las partes.

2. No resulta jurídicamente procedente incluir el pago del bono materia de este informe en la liquidación de remuneraciones, sin perjuicio de suscribir un recibo u otro documento, cualquiera sea su denominación, en que conste el pago efectuado por tal concepto, con expresa declaración de la cantidad percibida, lo que, en opinión de este Servicio, bastaría para acreditar dicho pago y dar por cumplida la obligación de sala cuna mediante la modalidad aludida.

ANT.: 1) Instrucciones de 02.06.2014, de Paula Donoso Vergara, Asesora Director del Trabajo.

2) Presentación de 14.04.2014, de Kepa Bilbao Laca, Colegio Juanita Fernández.

FUENTES: Código del Trabajo, Art. 203.

CONCORDANCIAS: Dictámenes N°s. 4502/197 de 14.08.1992 y 2497/042 de 21.06.2011.

SANTIAGO,

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

16 JUN 2014

A : KEP A BILBAO LACA
COLEGIO JUANITA FERNÁNDEZ
AV. DECIMA N° 1392, REÑACA ALTO
VIÑA DEL MAR/

Por medio de la presentación del antecedente 2) Ud. ha solicitado que esta Dirección determine la forma en que debe darse cumplimiento al beneficio de sala cuna respecto de doña Alejandra Camila Guerra Pérez, trabajadora que presta servicios en el Colegio Juanita Fernández, cuya hija menor de dos años padece una enfermedad que le impide asistir a tal establecimiento.

Expone que su empresa cumple con el beneficio en comento mediante un convenio que mantiene con la sala cuna más cercana al lugar de trabajo, sin embargo la trabajadora por quien se consulta ha requerido el pago de un bono por la suma de \$90.000 atendidos los problemas de salud de su hija menor de dos años, no obstante encontrarse actualmente haciendo uso de su descanso maternal por estar embarazada.

Para el caso de ser procedente dicho bono, solicita además si el mismo debe incluirse en la liquidación mensual de sueldo, atendido que a su juicio, ello podría convertirlo en un bono permanente.

Al respecto, cúpleme 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 esta Dirección, 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 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.

Como se advierte el legislador ha sido categórico al establecer tres modalidades específicas para dar cumplimiento a la obligación de tener salas cunas anexas e independientes del local de trabajo, de manera que si una de esas modalidades se torna imposible subsistirá la posibilidad de solucionarlas de acuerdo a otra, persistiendo, por tanto, la obligación de otorgar el beneficio precisamente en la forma que resulte factible.

Acorde con lo anterior, este Servicio 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 equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe señalar que se han 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 se encuentra fundamentada en el interés superior de aquél 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 preciso destacar que según lo expresado por la misma jurisprudencia, el monto del beneficio aludido debe ser equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna o permitir solventar los gastos de atención y cuidado en su propio domicilio o en el de la persona que preste los servicios respectivos.

Es así como, entre otros, en oficios N°s 1170; 332; y 3820, de 08.03.2012; 20.01.2012; y 27.09.2011, respectivamente, se ha resuelto que no existe inconveniente jurídico para que se otorgue un bono compensatorio por concepto de sala cuna, cuando las condiciones de salud o los problemas médicos que el menor padece aconsejan no enviarlo a un establecimiento de tal naturaleza, circunstancia que exige un análisis de cada situación en particular.

En relación a este último punto es preciso destacar que, esta Dirección ha manifestado en oficio N° 701, de 07.02.2011, que *"No resulta jurídicamente procedente entender que por la sola presentación de un certificado médico del menor afectado el empleador está autorizado para dar cumplimiento a su obligación de proporcionar sala cuna mediante el otorgamiento de un bono compensatorio por dicho concepto, para tales efectos se requiere un pronunciamiento previo de la Dirección del Trabajo, quien resolverá analizando y ponderando en cada situación particular las condiciones en que presta servicios la madre trabajadora o los problemas de salud que sufre el menor."*

Ahora bien, en la especie se consulta si procede dar cumplimiento a la obligación de otorgar el beneficio de sala cuna mediante el pago de un bono compensatorio por tal concepto, por haberlo requerido así la trabajadora Alejandra Camila Guerra Pérez, cuya hija Isabella Trinidad Lufi Guerra, de un año cinco meses de edad, ha sido diagnosticada con severa alergia alimentaria, según consta del certificado emitido por la médico, Sra, Aida Milinarsky Topaz, no obstante encontrarse actualmente haciendo uso de su descanso maternal por encontrarse embarazada.

Frente a la inquietud planteada, cabe tener presente lo resuelto por la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 4502/197 y 2497/042, de 14.08.1992 y 21.06.2011, respectivamente, la que pronunciándose acerca de la obligación del empleador de pagar los gastos de sala cuna cuando las trabajadoras se encuentran haciendo uso de feriado o permiso por enfermedad u otra causa, ha dispuesto *"De consiguiente, toda vez que las trabajadoras no deben presentarse al establecimiento para el cual prestan servicios durante el período en que hacen uso de licencia médica, de feriado o de permiso por enfermedad u otra causa, es preciso concluir que en la situación en análisis no concurre el requisito básico enunciado anteriormente, cual es, asistir y realizar efectivamente su trabajo, encontrándose, por tanto, liberado el empleador de cumplir con la obligación en comento, cualquiera que sea la forma que dicho cumplimiento revista"*.

Conforme a lo precedentemente expuesto, la citada doctrina concluye que *"el empleador no se encuentra jurídicamente obligado a pagar los gastos de sala cuna durante los períodos en que las trabajadoras que tienen un hijo menor de dos años, se encuentran haciendo uso de feriado o de permiso por enfermedad u otra causa"*.

De esta suerte, aplicando en la especie lo expuesto en párrafos anteriores, es posible concluir que si el empleador no se encuentra jurídicamente obligado a pagar los gastos de sala cuna durante los períodos en que las trabajadoras que tienen un hijo menor de dos años, se encuentran haciendo uso de feriado o de permiso por enfermedad u otra causa, mal podría exigirse su cumplimiento mediante el pago de un bono por dicho concepto, atendida la naturaleza compensatoria del mismo.

Con todo, cabe hacer presente que en virtud de los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual, insertos en el Derecho Moderno y consagrados en los artículos 12, 1545 y 1560 del Código Civil, entre otros, y en el inciso 3° del artículo 5 del Código del Trabajo, nada obsta a que las partes puedan celebrar los actos o acuerdos que estimen convenientes, tendientes a otorgar un bono de carácter convencional a fin de financiar el cuidado del menor que no puede asistir a sala cuna.

Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, en orden a la improcedencia de pagar a la trabajadora a que se refiere esta presentación,

un bono compensatorio, de carácter legal, por concepto de sala cuna, por las razones ya expuestas, este Servicio ha estimado pertinente atender su consulta sobre si el pago del bono en estudio debe incluirse en la liquidación mensual de remuneraciones.

Sobre el particular, es dable señalar que la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, contenida, entre otros, en Ordinarios N°s. 4257 y 1616, de 28.10.2011 y 17.04.2013, respectivamente, ha dispuesto que el bono en comento no reviste el carácter de remuneración, 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.

Por consiguiente, establecido que el bono compensatorio del beneficio de sala cuna no es constitutivo de remuneración, forzoso es concluir que no resulta jurídicamente procedente incluir el mismo en la liquidación de remuneraciones, sin perjuicio de suscribir un recibo u otro documento, cualquiera sea su denominación, en que conste el pago efectuado por tal concepto, con expresa declaración de la cantidad percibida, lo que, en opinión de este Servicio, bastaría para acreditar dicho pago y dar por cumplida la obligación de sala cuna mediante la modalidad aludida.

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

1. No resulta jurídicamente procedente que doña Alejandra Camila Guerra Pérez reciba de su empleadora Colegio Juanita Fernández, un bono compensatorio del beneficio legal de sala cuna durante el período en que la misma se encuentra haciendo uso de su descanso maternal, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar las partes.

2. No resulta jurídicamente procedente incluir el pago del bono materia de este informe en la liquidación de remuneraciones, sin perjuicio de suscribir un recibo u otro documento, cualquiera sea su denominación, en que conste el pago efectuado por tal concepto, con expresa declaración de la cantidad percibida, lo que, en opinión de este Servicio, bastaría para acreditar dicho pago y dar por cumplida la obligación de sala cuna mediante la modalidad aludida.

Saluda a Ud.,



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



JFCC/SOG/MBA

Distribución:

- Jurídico.
- Partes.
- Control.
- Boletín.
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica.
- XV Regiones.
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social.
- Sr. Subsecretario del Trabajo.