

**DEPARTAMENTO JURÍDICO  
UNIDAD DE DICTAMENES E  
INFORMES EN DERECHO**  
K. 9953 (2226) 2017

ORD.: \_\_\_\_\_

1175

MAT.:

Atiende presentación sobre eventual descuento de bono compensatorio del beneficio de sala cuna por días festivos.

ANT.:

- 1) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de 26.02.2018.
- 2) ORD. N° 0476, del Director Regional del Trabajo Región de Tarapacá, de 12.10.2017.
- 3) Presentación de Secretario General (I) de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Pozo Almonte, de 15.09.2017.

SANTIAGO,

02 MAR 2018

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. JOSE ANTONIO GUERRA PINTO  
SECRETARIO GENERAL (I)  
CORPORACIÓN MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL  
DE POZO ALMONTE  
CALLE CALA – CALA N° 112  
POZO ALMONTE

Mediante presentación singularizada en el Ant. 3), se ha solicitado, un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, en orden a determinar la procedencia de descontar, del bono compensatorio del beneficio de sala cuna, otorgado a la madre trabajadora, los días festivos que se incluyan en dicho período, en los cuales le es posible cuidar a su hijo menor de dos años.

Además se consulta si en el caso de que el menor "se encuentre con prescripción médica de reposo", es posible que la madre pueda acceder al beneficio del bono compensatorio de sala cuna, en proporción a los días de reposo del menor indicados por el facultativo médico.

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-; 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 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.

A su turno, mediante dictámenes N°s 4951/78 de 10.12.2014 y 1013/021 de 27.02.2015, este Servicio concluyó que el goce del derecho a sala cuna resulta exigible cuando la madre trabajadora se encuentre haciendo uso de licencia médica o en cualquier otro evento que le impida cuidar adecuadamente a su hijo menor de dos años, agregando que, en las mismas condiciones deberá procederse en caso que la obligación se esté ejecutando mediante la entrega de un bono compensatorio, toda vez que por su naturaleza, este cumple un rol de reemplazo de un beneficio legalmente establecido dentro de las normas protectoras de la maternidad.

Por su parte, el Ord. N°714 de 11.02.2015 de este Servicio precisó que *"la madre trabajadora mantiene su derecho a sala cuna durante el tiempo en que se encuentra en reposo autorizado mediante la correspondiente licencia médica, así como en cualquiera otra situación que le impida cuidar adecuadamente a su hijo menor de dos años, no obstante, no estar prestando servicios en ese momento, salvo, en lo que se refiere al período en que hace uso de su feriado legal, en cuyo caso el beneficio se suspende"*.

En el mismo sentido, este Servicio, en Ord. N°2657 de 29.05.2015, ha señalado que, *"tratándose de la trabajadora que se ausenta de labores de manera injustificada, es decir, cuando no concurre a su trabajo sin que exista alguna situación que denote razonablemente un impedimento para el cumplimiento de su obligación de asistir"*, no habría obligación del empleador de proveer el servicio de sala cuna durante el tiempo de la referida ausencia, cualquiera sea la forma en que el beneficio se

esté otorgando, por cuanto, en dichas circunstancias, se diluye el supuesto y objetivo de la norma contenida en el citado artículo 203 inciso 1°, a saber, necesitar la madre trabajadora un lugar donde dar alimento a su hijo menor de dos años y dejarlo bajo cuidado mientras ella esté en el trabajo.

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.

De lo expuesto se infiere que no resulta procedente que el empleador pague una parte del costo de la sala cuna proporcionado a la madre trabajadora, mediante cualquiera de las vías permitidas señaladas precedentemente, y que aquella deba asumir la diferencia restante del valor que irroga el beneficio, como resultaría si se descontara del bono compensatorio de sala cuna los días domingos y aquellos que la ley declare festivos, incluidos dentro de la jornada de trabajo semanal de una trabajadora.

En ese orden de ideas, corresponde concluir que la trabajadora que utiliza el servicio de sala cuna que provee el empleador mediante el pago de un bono de sala cuna, tiene el derecho a seguir gozando de dicho beneficio de manera íntegra durante sus días de descanso, no obstante, no esté prestando servicios efectivos en ese momento, por cuanto, precisamente esos días, que incluyen los festivos, en el caso concreto, constituyen un derecho irrenunciable de la trabajadora a su descanso semanal.

A mayor abundamiento, una conclusión distinta permitiría sostener, de manera irrazonable, que en el caso de que el empleador resuelva cumplir con esta obligación legal pagando directamente los gastos de la sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, podría solicitar a dicho recinto la devolución del dinero por todos aquellos días que incluyen sábados, domingos y festivos y que, de acuerdo a la jornada de trabajo de la madre, constituyen sus días de descanso.

Precisado lo anterior y al tenor de su segunda consulta se debe indicar que el ORD. N°6758/086, de 24.12.2015 precisó "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, no siendo necesario un análisis ulterior de esta Dirección de un pacto en tal sentido", reconsiderándose, sólo en lo pertinente, la doctrina contenida en Ords. N°s 4257 de 28.10.2011 y 701 de 07 de febrero de 2011 y toda jurisprudencia de este Servicio contraria a lo precisado mediante el presente informe.

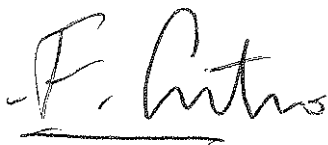
De lo anterior se concluye que en el caso concreto, la duración del acuerdo del pago de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, pactado entre las partes, tendrá vigencia mientras subsistan las condiciones de salud del menor, que no hacen recomendable su asistencia a aquella.


Por último, en el caso de que cesen las circunstancias referidas, y la madre optara por incorporar al menor a una sala cuna, el empleador cumplirá su obligación legal pagando directamente los gastos de aquella al establecimiento al que la trabajadora lleve a su hijo menor de dos años.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud., que, en la especie, la trabajadora que utiliza el servicio de sala cuna que provee el empleador mediante el pago de un bono de sala cuna, tiene el derecho a seguir gozando de dicho beneficio de manera íntegra durante sus días de descanso, no obstante, no esté prestando servicios efectivos en ese momento, por cuanto, precisamente esos días, que incluyen los festivos, en el caso concreto, constituyen un derecho irrenunciable de la trabajadora a su descanso semanal.

A su vez, el certificado médico expedido por 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, el que deberá constar por escrito, y que tendrá vigencia mientras subsistan las condiciones de salud del menor, que no hacen recomendable su asistencia a aquella.

Saluda atentamente a Ud.,

  
**JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**  
**DIRECCIÓN DEL TRABAJO**



  
BSP/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Jurídico
- Partes
- Control