



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO**
K. 3041 (637) 2018

ORD.:

2660

MAT.:

Atiende presentación sobre beneficio de sala cuna en jornada vespertina tratándose de Corporaciones Educacionales, al tenor de la ley N° N°20.845.

ANT.:

1) Instrucciones de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de 19.04.2018.

2) ORD. N° 512, de 15.03.2018, del Inspector Provincial del Trabajo Concepción.

3) Presentación de la Presidenta del Directorio de la Corporación Educacional SAME de Chiguayante, de 07.03.2018.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SRA. JESSICA MÉNDEZ SALGADO
PRESIDENTA DEL DIRECTORIO
CORPORACIÓN EDUCACIONAL SAME DE CHIGUAYANTE
CALLE PORVENIR N° 787
CHIGUAYANTE
REGIÓN DEL BÍO BÍO

11 JUN 2018

Mediante presentación singularizada en el Ant. 3), se ha solicitado, un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, en orden a determinar cómo se ejerce el derecho a sala cuna, respecto de una trabajadora que *“desarrolla su jornada laboral en modalidad vespertina (a partir de las 19:00 hrs.), no contando con servicios, en ese horario, la sala cuna contratada por el empleador, para dar cumplimiento a su obligación”*.

Luego, consulta si *“procede otorgar bono compensatorio... y cual sería en la práctica la manera de establecer el monto, cuando la madre cumple con una jornada laboral parcial”*, haciendo presente que el empleador es una *“Corporación Educacional, que administra fondos del Estado para la educación de su alumnos y que en el marco de la ley de Inclusión Escolar, le corresponde velar por el uso de aquellos recursos con fines educativos”*.

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.

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.

A su vez, a través del Ord. N° 1175, de 02.03.2018, se concluyó *“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 este 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”*.

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, la ley N°20.845, de *“inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”*, en su artículo 2° transitorio, incisos 1° al 4°, establece:

“Hasta el 31 de diciembre de 2017, los sostenedores particulares que no estén organizados como una persona jurídica sin fines de lucro y que estén percibiendo la subvención del Estado que regula el decreto con fuerza de ley N°2, del año 1998, del Ministerio de Educación, podrán transferir la calidad de sostenedor a una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, sin que les sea aplicable lo señalado en el artículo 46, letra a), párrafo quinto, del decreto con fuerza de ley N°2, de 2009 del Ministerio de Educación.

El sostenedor que haya adquirido su calidad de tal en conformidad al inciso anterior será el sucesor legal de todos los derechos y obligaciones que la persona transferente haya adquirido o contraído, con ocasión de la prestación del servicio educativo, manteniendo los establecimientos educacionales respecto de los cuales se traspasa la condición de sostenedor, el reconocimiento oficial con que contaren.

Quien haya transferido su calidad de sostenedor y la persona jurídica sin fines de lucro que la haya adquirido, serán solidariamente responsables por todas las obligaciones laborales y previsionales, contraídas con anterioridad a la transferencia.

En ningún caso la transferencia de la calidad de sostenedor alterará los derechos y obligaciones de los trabajadores, ni la subsistencia de los contratos de trabajo individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo que los rijan, los que continuarán vigentes con el nuevo empleador, para todos los efectos legales, como si dicha transferencia no se hubiese producido”.

Señalado lo anterior, a través del dictamen N° 6063/138, de 15.12.2017, este Servicio precisó, que de dicha transferencia se derivan los siguientes efectos legales:

“1) El sostenedor que haya adquirido tal calidad en virtud de dicha transferencia será el sucesor legal de todos los derechos y obligaciones que el transferente haya adquirido o contraído, con ocasión de la prestación del servicio educativo.

2) Los establecimientos educacionales respecto de los cuales se traspasa la condición de sostenedor, mantienen el reconocimiento oficial con el que contaban antes de la transferencia.

3) El transferente y el adquirente serán solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales, contraídas con anterioridad a la transferencia.

Conforme a ello el trabajador tiene la facultad legal de exigir indistintamente al transferente o al nuevo sostenedor el total de lo adeudado por concepto de obligaciones legales y previsionales antes de la transferencia, entendiéndose por obligaciones laborales todas aquellas que emanan de la ley o de los contratos individuales o instrumentos colectivos de trabajo de los dependientes de los establecimientos educacionales de que se trata, tales como el pago de las remuneraciones y asignaciones, y por obligaciones previsionales, las relacionadas con el integro de la cotizaciones para pensiones, salud, accidentes del trabajo, seguro de desempleo.

4) La transferencia de la calidad de sostenedor no altera los derechos y obligaciones de los trabajadores, ni la subsistencia de los contratos de trabajo individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo que los rijan, los que continuarán vigentes con el nuevo empleador para todos los efectos legales, como si dicha transferencia no se hubiese producido.

Vale decir, se reconoce la continuidad de los beneficios derivados de los contratos individuales y de los instrumentos colectivos de trabajo, los cuales mantendrán su vigencia con el nuevo sostenedor”.

A su vez, el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1998 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, establece que al sostenedor, como cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional, le corresponde gestionar las subvenciones y aportes de todo tipo para el desarrollo de su proyecto educativo, debiendo tales recursos estar afectos al cumplimiento de los fines educativos, pudiendo solo destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines.

Precisado lo anterior, y en relación al cumplimiento de esta obligación siendo por una parte, el empleador el responsable por mandato legal de proporcionar el aludido derecho a sus trabajadoras; y por otra, que el derecho a sala cuna es de carácter irrenunciable para la trabajadora 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, 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.

De esta manera, forzoso resulta concluir que si una de las maneras de cumplir el mandato legal se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otras modalidades, persistiendo, por tanto, la obligación de entregar el beneficio en la forma que resulte factible. Aplica criterio dictamen N° 1399/76, de 08.05.2002, de este Servicio.

Efectuadas las precisiones anteriores, no corresponde que este Servicio se pronuncie sobre la eventual autorización de un bono compensatorio de sala cuna de manera genérica o en abstracto, -como se efectúa a través de la presentación analizada-, por cuanto para aquello se requiere a efectos de fundamentar la autorización solicitada, en los hechos y derecho, presentar una solicitud concreta, con la que se acompañen los documentos soportantes necesarios para justificar la autorización solicitada, como son 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, lo que deberá estar vinculada a la jornada de trabajo que tenga la trabajadora.

Teniendo presente lo señalado, la transferencia de la calidad de sostenedor a Corporación Educacional, no altera los derechos y obligaciones de los trabajadores, en ese sentido, la obligación de proporcionar sala cuna en las formas indicadas en el artículo 203 del Código del Trabajo, analizado, se mantiene, como si dicha transferencia no se hubiese producido, y continúa siendo una obligación legal de la que el

empleador, en su nueva calidad jurídica, no se encuentra exceptuado, debiendo dar cumplimiento a aquella, a través de alguna de las alternativas precedentemente señaladas.

Finalmente, en cuanto al financiamiento del eventual pago de un bono compensatorio de sala cuna, en el caso concreto, tratándose de una Corporación Educacional, que recibe subvenciones y aportes de todo tipo por parte del Estado, para el desarrollo de su proyecto pedagógico y afectos al cumplimiento de los fines educativos previstos en la norma, cumpla con informar a Ud. que el Título III de la ley N° 20.529, sobre "Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización", crea la Superintendencia de Educación, que en el artículo 48, inciso primero señala "El objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante "la normativa educacional". Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. ...".

A su turno dicha normativa señala en el literal b) de su artículo 49, la atribución de "Fiscalizar la rendición de la cuenta pública del uso de todos los recursos, públicos y privados" de las señaladas entidades de enseñanza.

Pues bien, conforme a lo expuesto, y sin perjuicio de la competencia de la Dirección del Trabajo en materia laboral, al tenor de la respuesta otorgada en el cuerpo del presente informe, considerando que en el caso particular, una parte de la consulta, se refiere en el fondo, a la legalidad del uso de los recursos asignados a dicha Corporación Educacional, se debe concluir que la Dirección del Trabajo carece de competencia para pronunciarse al respecto, encontrándose aquella en el ámbito de atribuciones de la Superintendencia de Educación.

Saluda atentamente a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Partes
- Control