



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN  
DERECHO  
K 7405 (1483) 2018

*Juridico*

ORD.: 3929

**MAT.:** 1. El acuerdo celebrado entre las partes sobre el pago de un bono compensatorio de sala cuna, no reúne los presupuestos fijados por la doctrina de este Servicio para su otorgamiento.

2. En cuanto a la procedencia de pagar en forma retroactiva el bono compensatorio de sala cuna acordado por 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.

**ANT.:** 1) Presentación de 27.06.2018 de Clínica Dental Cumbre Apoquindo S.A.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

27 JUL 2018

A : CLINICA DENTAL CUMBRE APOQUINDO S.A.  
AVENIDA ALEMANIA N° 0538  
TEMUCO

Mediante presentación del antecedente 1), ha solicitado un pronunciamiento respecto de la procedencia de pagar de forma retroactiva el bono compensatorio de sala cuna acordado con la trabajadora, Sra. Fabiola Andrea Cisternas Valch.

Agrega que el 24.05.2018, fecha en que la trabajadora se reincorporó a sus funciones, acordaron según consta en anexo de sustitución del beneficio de sala cuna y modificación de horario, que el empleador pagaría un bono compensatorio de sala cuna, beneficio que sería otorgado previa presentación de la boleta de servicios a terceros por cuidados de menores y el respectivo certificado de nacimiento.

Añade que, a su juicio, no corresponde pagar de forma retroactiva el bono como lo plantea la trabajadora, toda vez que la Sala Cuna y Jardín Infantil con la que tiene un convenio de prestación de servicios vigente siempre estuvo disponible para esta última.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 203 del Código del Trabajo, dispone:

*“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 les 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 la norma precedentemente transcrita se desprende que la obligación impuesta a empleador en orden a disponer de sala cuna en aquellas empresas que ocupen 20 o más trabajadoras, puede ser cumplida por éste, a través de las siguientes modalidades:

1. Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo;

2. Construyendo o bien habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica;

3. Pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleva a sus hijos menores de dos años, debiendo el empleador, en este último caso, designar una sala cuna que cuente con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación.

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 alternativas se torna imposible subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otra, persistiendo, por tanto, la obligación de otorgar el beneficio precisamente en la forma que resulte factible.

En ese orden de ideas, esta Dirección ha manifestado que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación prevista en la norma legal en comento mediante la entrega de una suma de dinero equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna.

Sin perjuicio de lo expuesto, excepcionalmente este Servicio ha señalado, entre otros, en los Dictámenes Ord. Nros. N° 642/41, de 05.02.04, 4951/078 de 10.12.2014 y Ord. 4626 de 09.09.2015 que el derecho a sala cuna puede compensarse con un bono de monto apropiado para financiar el servicio de sala cuna en los siguientes casos: *“tratándose de trabajadoras que laboran en una localidad en que no existe ningún establecimiento que cuente con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, que se desempeñen en faenas mineras ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, quienes viven, durante la duración de éstas, separadas de sus hijos, en los campamentos habilitados por la empresa para tales efectos; que presten servicios en horarios nocturnos o cuando las condiciones de salud y los problemas médicos que el niño padece aconsejen no enviarlo a sala cuna”*.

De este modo, en la medida que la trabajadora se encuentre en alguna de las situaciones antedichas, podrá pactar con su empleador un bono compensatorio de sala cuna, sin que ello implique, atendida la naturaleza de los derechos laborales, una renunciar a estos.

Asimismo, y según lo expresado por la misma jurisprudencia de este Servicio, 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.

Considerando que se trata de una situación de carácter excepcional, este Servicio ha señalado en Ord. Nro. 701, de 07.02.2011 que: *“se requiere de una 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”*, criterio que fue modificado parcialmente tan solo respecto de la hipótesis referida al estado salud del menor en que este Servicio a través del Dictamen Ord. Nro. 6578/086 de 24.12.2015 señala 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”*.

El referido pronunciamiento precisa que: *“lo anterior no obsta para este Servicio en uso de sus facultades fiscalizadoras proteja el correcto otorgamiento a las trabajadoras del beneficio de sala cuna o del bono que le compense en su caso, cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 208 del Código del Trabajo.”*

Precisado lo anterior, cabe señalar que de la revisión de los antecedentes por usted acompañados, esto es, contrato individual de trabajo, de fecha 25.05.2016, Convenio de prestación de servicios entre la empresa Clínica Dental Cumbre Sur S.A. y la Sostenedora o Administradora de la Sala Cuna o Jardín Infantil Luz de Luna, Resolución Exenta N° 0151 de 24.01.2017 que otorga autorización normativa al establecimiento de Educación Parvulario “Luz de Luna”, de la comuna de Temuco, emanado de la Dirección Regional Junta Nacional de Jardines Infantiles, de la Región de la Araucanía, y en particular, copia simple de Anexo sustitución del beneficio de sala cuna y modificación de horario, de fecha 24.05.2018, no se observa que el acuerdo sobre pago de bono compensatorio de sala cuna se funde en alguna de las hipótesis o circunstancias previstas por este Servicio, ni que se hubiere obtenido una autorización previa por parte de este último, en los casos en que procediere, para efectos que las partes pudieran acordar el pago de un bono compensatorio de sala cuna, monto que además

debe ser equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna o bien permitir solventar los gastos de atención y cuidado en su propio domicilio o en el de la persona que preste los servicios respectivos, requisito que en este caso tampoco se cumple toda vez que el monto acordado por las partes, de \$ 100.000 no puede estimarse como equivalente o compensatorio de los gastos que implica la atención del menor en una sala cuna o bien que permita solventar los gastos de atención y cuidado del menor en su propio domicilio o en el de la persona que preste los servicios respectivos.

Cabe señalar también que, conforme lo señala la jurisprudencia administrativa, contenida en Ord. Nos. 4911 de 05.12.2014, 3289 de 23.06.2016, 1220 de 16.03.2017, 5307 de 07.11.2017, el beneficio consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo es irrenunciable al tenor de lo dispuesto en los artículos 5º, inciso 2º del Código del Trabajo, por tanto, no puede ser objeto de desistimiento de la mujer trabajadora, lo anterior, sin perjuicio del acuerdo en cuanto al pago de un bono compensatorio de sala cuna, el que por corresponder a circunstancias especiales debe ser autorizado de forma previa por este Servicio salvo en el caso referido al estado salud de menor.

De ello se sigue que el empleador no está dando cumplimiento al mandato legal, en orden a proporcionar en los términos previstos por la ley el beneficio de sala cuna, sin que pueda estimarse que el pacto acompañado sobre el pago de un bono compensatorio de sala cuna, a la luz de la doctrina institucional, cumpla con los requisitos y supuestos establecidos para su otorgamiento.

En consecuencia, sobre la base de las normas legales citadas, jurisprudencia invocada y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que:

1. El acuerdo celebrado entre las partes sobre pago de bono compensatorio de sala cuna, no reúne los presupuestos fijados por la doctrina de este Servicio para su otorgamiento.
2. En cuanto a la procedencia de pagar en forma retroactiva el bono compensatorio de sala cuna acordado por 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 a Ud.,

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



  
**JFCC/EPICAS**  
**Distribución:**  
 - Jurídico  
 - Partes  
 - Control