



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K. 7623 (1730) 2017

4211

ORD.: _____

MAT.:

Atiende diversas consultas relacionadas a cláusula de convenio colectivo suscrito por la empresa recurrente con el Sindicato Interempresa Hospital Clínico Viña del Mar, sobre autorización de entrega de un bono compensatorio, para efectos de dar cumplimiento a la obligación del empleador de proporcionar el beneficio de sala cuna, atendidas las condiciones de salud del menor.

ANT.:

- 1) Instrucciones Jefe del Departamento Jurídico(S), de 03.08.2018.
- 2) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, del Departamento Jurídico, de 31.07.2018.
- 3) ORD. N° 5589, de 17.11.2017, del Jefe del Departamento Jurídico.
- 4) ORD. N° 1605, de 02.08.2017, del Director Regional del Trabajo Valparaíso, de la época.
- 5) Presentación de Jefe Administrativo Subgerencia de Desarrollo de las Personas, Hospital Clínico Viña del Mar, de fecha 12.07.2017.

SANTIAGO, 10 AGO 2018

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)

A : SR. LUIS ADASME PADILLA
JEFE ADMINISTRATIVO
SUBGERENCIA DE DESARROLLO DE PERSONAS
HOSPITAL CLÍNICO VIÑA DEL MAR
CALLE LIMACHE N° 1741
VIÑA DEL MAR
jefeadministrativo@hospitalclinico.cl

Mediante presentación singularizada en el Ant. 5), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, para efectos de absolver diversas

consultas relacionadas a la cláusula N° 11 del convenio colectivo, de 31 de enero de 2017, suscrito entre la empresa recurrente y el Sindicato Interempresa Hospital Clínico de Viña del Mar, referida al beneficio de "sala cuna".

Al respecto, la cláusula contractual aludida, señala:

"Para dar cumplimiento al Art. 203 del Código del Trabajo, la empresa mantendrá Convenios Vigentes con Salas Cuna, con la finalidad que las funcionarias pueda dar alimentos a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén de servicio en Hospital Clínico Viña del Mar.

Para los casos que las trabajadoras que tengan hijos menores a dos años y que por razones de Salud del menor, debidamente acreditada con certificado médico y/o otros antecedentes o por la existencia de causas justificadas que le impidan ejercer este derecho, podrá solicitar por escrito la entrega de un Bono de Sala Cuna ascendente a la suma de \$ 180.000.

Se analizarán caso a caso en conformidad a lo dispuesto por la Dirección del Trabajo y evaluados y autorizado por la Dirección de este Hospital y la Sub Gerencia de RRHH entregando por escrito una respuesta formal a la solicitud a la funcionaria".

A su turno, en cumplimiento de los principios de bilateralidad, contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento, y al tenor del ANT. 2), se confirió traslado por este Servicio, a la organización sindical señalada, sin que la fecha señalara opinión al respecto.

Precisado lo anterior, como cuestión previa, 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 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, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o las condiciones de salud del menor que aconsejan no enviarlo a sala cuna, 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.

De lo expuesto, se desprende que en las circunstancias excepcionales 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.

Ahora bien, cabe indicar que por Ord. N° 6758/086 de 24.12.2015 –cuya copia se acompaña-, del Sr. Director del Trabajo, de la época, se reconsideró la doctrina de este Servicio, indicando que un certificado médico, 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, y de manera excepcional, 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.

Lo anterior, no obsta que este Servicio en uso de sus facultades fiscalizadoras, proteja el correcto otorgamiento a las trabajadoras del beneficio de sala cuna, o del bono que lo compense en su caso, cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 208 del Código del Trabajo.

De esta manera, ha resuelto la Dirección del Trabajo que, tratándose del pago de un bono compensatorio de sala cuna en el caso específico analizado, no resulta necesario un análisis ulterior de este Servicio, y por tanto, autorización de un pacto en tal sentido, en atención a que conforme a la doctrina citada, 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.

Ahora bien, en relación a su consulta, referida al “*sustento legal*” en solicitar “*otros antecedentes médicos*”, además del certificado médico, como señala la cláusula convenida, este Servicio debe indicar que la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen del año 2015, es clara y específica al señalar la suficiencia del documento denominado “*certificado médico*”, -que sea expedido por un facultativo competente, y que contenga la información necesaria que prescriba que la asistencia de un menor a establecimientos de sala cuna no resulta recomendable atendidas sus condiciones de salud-, como antecedente justificante o idóneo para que las partes si así lo consideran, y de manera excepcional, acuerden el otorgamiento de un bono compensatorio del derecho en comento, no siendo necesario un análisis ulterior de esta Dirección de un pacto en tal sentido.

En ese sentido, debemos tener presente 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.

A su turno, el D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica que estructura y fija funciones de la Dirección del Trabajo, en el literal b) inciso 2° de su artículo 1°, establece que le compete, “*Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo*”.

Por su parte, el artículo 5°, letra b), del cuerpo legal citado, dispone:

"Al Director le corresponderá especialmente:

b) *Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros servicios u organismos fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento*".

A su turno, el inciso 1º del artículo 505 del Código del Trabajo prescribe:

"La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen".

Ahora bien, del análisis conjunto de las disposiciones en comento, se desprende claramente que la facultad interpretativa otorgada por el legislador a esta Dirección se encuentra radicada en el Director del Trabajo, quien está facultado para fijar el sentido y alcance de la legislación y reglamentación laboral y social, limitada al marco que le señala la propia ley orgánica.

En armonía con lo señalado, este Servicio ha concluido en su doctrina que la naturaleza jurídica de un dictamen de la Dirección del Trabajo es la opinión jurídica que tiene dicho Servicio sobre una materia específica de la legislación laboral, emitida de oficio o a requerimiento de un particular, en el ejercicio de la facultad legal de interpretar la legislación laboral.

Agregando que, el dictamen es para los funcionarios del Servicio una instrucción de cumplimiento obligatorio en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras de la legislación laboral y previsional, y para los particulares el deber de acatamiento cuando no han impugnado este pronunciamiento a través de los recursos legales.

De esta manera, posible es sostener que la interpretación efectuada por este Ente Fiscalizador, consagra una modalidad de cumplimiento por equivalencia de un derecho laboral para la trabajadora, y por tanto, irrenunciable, que no puede verse obstaculizado estableciendo requisitos de acceso o formalidades distintos a los que expresamente ha previsto este Servicio, en el ámbito de sus atribuciones.

Por otra parte, respondiendo su segunda y tercera consulta, cabe indicar que en los mismos términos precedentemente expuestos, debe entenderse que, 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 relación al monto del bono compensatorio, este Servicio ha precisado que, el monto a pactar, debe ser equivalente a los gastos que irrogan tales establecimientos en la localidad de que se trate, de manera que permitan financiar los cuidados del niño y velar por el resguardo de su salud integral.

Además, deberá considerar al tenor de lo consultado en el punto cuarto de su presentación, que el principio de no discriminación arbitraria, que deriva del de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, se materializa, en el ámbito laboral, en el precepto del artículo 19 N°16, inciso 3º de la citada Carta Fundamental, en los siguientes términos: *"Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"*.

A su vez, el artículo 2º del Código del Trabajo, en sus incisos 3º, 4º y 5º, dispone:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”.

Así, y tal como se ha sostenido por este Servicio, en el dictamen N°3704/134, de 11.08.2004, *“nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1988, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental”.*

Sostiene, además, que la incorporación en el inciso 3° del artículo 2°, ya citado, de un catálogo de situaciones respecto de las cuales toda diferenciación resulta discriminatoria no puede agotarse en una formulación cerrada, que impida la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no sean necesariamente las descritas por la ley o cuyo encuadre en dicho catálogo resulte difícil o dudoso.

De esta manera, si la consulta efectuada dice relación con hechos que, constituirían actos discriminatorios por parte del empleador, en contra de algunas de las trabajadoras afectas al convenio colectivo de que se trata, resulta posible, en este caso, recurrir al procedimiento de tutela laboral ante el Juzgado de Letras del Trabajo competente, en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

En efecto, la norma recién invocada establece que también se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, transcrito y comentado, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Por su parte, el artículo 486 del mismo cuerpo legal dispone que cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Además, deberá considerar que de existir hechos que podrían ser constitutivos de práctica antisindical, el Capítulo IX del Título I del Libro III, del Código del Trabajo, que regula dichas conductas y su sanción, contempla, en los artículos 289, 290 y 291, esencialmente, normas protectoras de la libertad sindical, suponiendo la existencia de conductas atentatorias a dicha garantía constitucional y que, por ende, no tienen el carácter de taxativas.

Por su parte, el artículo 292 del mismo cuerpo legal, en su inciso 4°, dispone:

El conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo.

De la disposición legal citada se colige que la calificación de una conducta como constitutiva de práctica antisindical es una atribución exclusiva de los Tribunales de Justicia.

De lo anterior se infiere que esta Dirección no tiene competencia para pronunciarse respecto del carácter antisindical de una conducta determinada, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto le confiere el inciso 5° de la última de las disposiciones legales citadas, de denunciar al tribunal competente los hechos que estime como constitutivos de prácticas antisindicales o desleales de los cuales tome conocimiento, debiendo acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.

En relación a su quinta consulta, es precisamente el certificado médico con las condiciones y requisitos previamente expuestos el documento suficiente, en el caso de las partes acuerden pactar un bono compensatorio del derecho de sala cuna, lo que necesariamente al constituir un acuerdo, requiere el consentimiento expreso a la trabajadora, teniendo presente además, que se trata del ejercicio de un derecho irrenunciable.

Por último, se debe indicar que de acuerdo a lo consultado, y de conformidad a la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida en el ORD. N° 2235/021, de 16.06.2014 *"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 armonía con lo señalado, podemos colegir que no existe obligación legal para que la trabajadora acredite a su empresa el "gasto efectivo" incurrido en el cuidado del menor, en virtud del pago del bono de sala cuna acordado, por cuanto se trata de una modalidad de cumplimiento de una obligación legal, al que se encuentra sujeto el empleador.

En consecuencia, analizada la situación que nos ocupa, a la luz de las normas legales y jurisprudencia administrativa señalada, podemos concluir que el inciso 2° de la cláusula N° 11 del convenio colectivo analizado, referido al beneficio de sala cuna y específicamente el pago de un bono compensatorio por tal concepto, en virtud de razones de salud del menor, no se ajusta a la normativa laboral vigente y lo resuelto en virtud de la potestad interpretativa de este Servicio, debiendo ajustarse la empresa recurrente al cumplimiento a la obligación legal referida, de manera oportuna.

Saluda atentamente a Ud.,


ROSAMEL GUTIERREZ RIQUELME
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO(S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Partes
- Control
- Sind. de Trabajadores Interempresa H. Clínico Viña del Mar, calle Limache N° 1741.

Incluye:

- Ord. N° 6758/086 de 24.12.2015.