



DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 2271 (581) 2017

1644

ORD.: _____

Jurídico

- MAT.:**
1. Las consultas signadas en el punto 1), 2) y 3) de su presentación fueron resueltas mediante Ordinario N°5943, de 14.12.16, cuya copia se adjunta.
 2. La decisión, en virtud de la cual la madre opta por no llevar a su hijo menor de dos años a la sala cuna con que la empresa mantiene convenio, no puede ser entendida como una renuncia al derecho que le asiste, debiendo la empleadora mantenerlo a disposición de la trabajadora, para cuando ésta decida ejercerlo.
 3. La doctrina que permite, en casos excepcionales, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, se encuentra fundamentada en el interés superior del menor, como también en el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes de la relación laboral son libres para acordar sus condiciones laborales, respetando los mínimos exigidos por el legislador.

- ANT.:**
- 1) Ord. N° 364 de 13.03.2017, de Inspectora Comunal del Trabajo Santiago Oriente.
 - 2) Presentación de 26.01.2017 de Alejandro Cáriz Meller, Abogado, Corporación Educacional y Social Alquimia.

SANTIAGO,

17 ABR 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : ALEJANDRO CÁRIZ MELLER
CORPORACIÓN EDUCACIONAL Y SOCIAL ALQUIMIA
ISIDORA GOYENCHEA N°2934, OF. 401
LAS CONDES/

Mediante Ordinario del antecedente 1) se ha remitido a esta Dirección la presentación del antecedente 2), mediante la cual Ud. formula las siguientes consultas relacionadas con el otorgamiento del bono compensatorio de sala cuna.

1. Vigencia del Ordinario N° 6758/86, de 24.12.2015.
2. Si un certificado médico que no indica la causa que impide la asistencia de un menor a sala cuna, como tampoco el período de duración que abarca tal impedimento, resulta suficiente para autorizar el otorgamiento de un bono compensatorio de sala cuna.

3. Si el monto a que asciende el bono compensatorio que se otorgue por concepto de sala cuna, constituye o no remuneración.

4. Cuál es la situación que se configura cuando la madre trabajadora no ejerce el derecho a sala cuna en la forma que ha sido dispuesto por la empresa, esto es, llevando al menor al establecimiento con el que mantiene convenio vigente.

5. Cuál es el fundamento legal sobre cuya base descansa el otorgamiento del bono compensatorio de sala cuna.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud. que mediante Ordinario N°2485, de 17.11.16, el Inspector Provincial del Trabajo de Concepción remitió a este Servicio la presentación de la Corporación a la que Ud. representa, en la que se formulaban las preguntas signadas con los números 1), 2) y 3), las cuales fueron resueltas a través del Ordinario N°5943, de 14.12.16, cuya copia se adjunta.

Precisado lo anterior, cabe abocarse a los puntos 4) y 5) de su presentación.

Respecto a la consulta sobre qué ocurre cuando la madre decide no llevar a su hijo menor de dos años a la sala cuna dispuesta por la empresa, cabe señalar que la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N°1399/76, de 08.05.2002, ha resuelto que *"...el beneficio de sala cuna al igual que todos aquellos derechos establecidos en leyes laborales son, por aplicación del artículo 5° del Código del Trabajo, de carácter irrenunciable, por consiguiente, no puede ser objeto de desistimiento por parte de la mujer trabajadora ni ser cambiado por otro"*.

Ahora bien, en cuanto al carácter irrenunciable de los derechos laborales, cabe señalar que ello es una consecuencia de la naturaleza de la mayoría de las normas del derecho del trabajo como norma de orden público, cuyo establecimiento responde a la necesidad del legislador de proteger los derechos consagrados a favor de la parte más débil en la relación laboral, es decir, el trabajador, cuestión que en la especie se cumple mediante la exigencia impuesta al empleador de disponer de salas cunas a favor de las madres trabajadoras que tengan hijos menores de dos años.

Luego, cabe aclarar que la exigencia antes expuesta opera para la parte empleadora y no así para la trabajadora, a quien le asiste un derecho, el cual no puede entenderse renunciado por su no ejercicio.

De esta suerte, aplicando en la especie lo expuesto en acápite que anteceden, no cabe sino concluir que la decisión que adopte la madre trabajadora respecto al derecho de sala cuna, no exonera a la empresa de su obligación de dar cumplimiento en alguna de las formas que establece el artículo 203 del Código del Trabajo, derecho que deberá estar disponible para todas las trabajadoras que prestan servicios en sus dependencias, incluso para quien decida no ejercerlo.

La conclusión anotada precedentemente guarda armonía con la doctrina de este Servicio contenida en Ordinario N°3289, de 23.06.2016.

Respecto al fundamento legal sobre cuya base descansa el otorgamiento del bono compensatorio de sala cuna, cabe señalar que de acuerdo 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 es dable apreciar, el legislador ha sido categórico en establecer modalidades específicas para dar cumplimiento a la obligación de tener salas cunas anexas e independientes del local de trabajo, de modo tal que si una de ellas se torna imposible, cumplirá su obligación con la que resulta factible, no resultando jurídicamente procedente otorgar el beneficio aludido en términos distintos a los señalados.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección ha emitido pronunciamientos que aceptan, atendidas las especiales características de la prestación de servicios, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, doctrina que se encuentra fundamentada en el interés superior del menor 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 así como, entre otros, en oficios N°s 3717; 2069 y 2587, de 11.11.2002; 04.07.2002 y 04.07.2003, respectivamente, se ha resuelto que no existe inconveniente jurídico para que se otorgue un bono compensatorio por concepto de sala cuna, 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; también, en el caso 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; del mismo modo quienes prestan servicios en horario nocturno, y finalmente, cuando las condiciones de salud o los problemas médicos que el menor padece aconsejen no enviarlo a un establecimiento de tal naturaleza, circunstancias que exigen un análisis en cada caso particular.

De tal modo, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, ha precisado y descrito cuatro casos específicos en los que el empleador puede cumplir la obligación establecida en el artículo 203 del Código del Trabajo, otorgando una compensación o bono directo a la trabajadora, situaciones todas que han de ponderarse en forma estricta y a las que no pueden asimilarse casos análogos o simplemente similares.

Por su parte, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, al analizar la modalidad de cumplimiento, de conformidad a la cual el empleador puede pagar directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la madre trabajadora lleva a su hijo menor de dos años, ha resuelto lo siguiente: *“Consideran estos juzgadores que esta disposición abre el instituto en comento a fórmulas alternativa de cumplimiento de la exigencia del inciso primero, pues si la ley tolera que se pague directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la madre trabajadora elige, con mayor razón ha de tolerarlo cuando ésta obsta por un sistema que prefiere, como es la permanencia de la creatura en el hogar”*¹.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1. Las consultas signadas en el punto 1), 2) y 3) de su presentación fueron resueltas mediante Ordinario N°5943, de 14.12.16, cuya copia se adjunta.

2. La decisión, en virtud de la cual la madre opta por no llevar a su hijo menor de dos años a la sala cuna con que la empresa mantiene convenio, no puede ser entendida como una renuncia al derecho que le asiste, debiendo la empleadora mantenerlo a disposición de la trabajadora, para cuando ésta decida ejercerlo.

¹ Sentencia recaída en causa Rit I-332-2012, de 08.10.2013, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

3. La doctrina que permite, en casos excepcionales, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, se encuentra fundamentada en el interés superior del menor, como también en el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes de la relación laboral son libres para acordar sus condiciones laborales, respetando los mínimos exigidos por el legislador.

Saluda a Ud.,



JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LBP/MBA

Distribución:

- ICT. Stgo. Oriente.
- Jurídico.
- Parte.
- Control.