



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 150801 (1251) 2021

Juri dico

287

ORD N°: _____/

ACTUACIÓN: Aplica doctrina.

MATERIA:

Bono compensatorio de sala cuna. Instrumento Colectivo. Deducción en las remuneraciones por cotizaciones de seguridad social.

RESUMEN:

1.- La regulación contractual acordada por las partes no se ajusta a derecho por cuanto el "bono de atención y cuidado del hijo o hija menor de 2 años" no es equivalente en su totalidad a los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna ni tampoco permite en su totalidad solventar los gastos de atención y cuidado del menor en su propio domicilio.

2.- El bono compensatorio de sala cuna no reviste el carácter de remuneración y, por ende, no es imponible, de manera que no procede que el empleador realice deducciones del pago de las cotizaciones previsionales con cargo al pago de dicho bono, ya que, conforme lo establece el inciso 1° del artículo 58 del Código del Trabajo, la deducción de las cotizaciones de seguridad social se realiza con cargo a las remuneraciones de los trabajadores. Por lo tanto, procedería que el empleador haga el reintegro de todo descuento aplicado en el pago del bono compensatorio de sala cuna a los trabajadores que hubiesen sido afectados, sin perjuicio del derecho a recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener el reembolso de los gastos en sala cuna en que hubieren incurrido.

ANTECEDENTES:

1) Instrucciones de 28.01.2022 de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.

18 FEB 2022

2)Pase N°826 de 10.09.2021 de Sr. Jefe de Gabinete de Directora del Trabajo.

3)Solicitud de pronunciamiento de 09.09.2021 de "Sindicato de Trabajadores Profesionales y Técnicos de la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A." RSU N°1301.2083.

SANTIAGO,

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL

**A: SRES. DIRECTORIO "SINDICATO DE TRABAJADORES PROFESIONALES Y TÉCNICOS DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO S.A."
VALENTÍN LETELIER N°20, OFICINA N°301
SANTIAGO
sinprofmetro@gmail.com**

Mediante solicitud de ANT.3) se ha requerido a este Servicio un pronunciamiento que se refiera a la aplicación de la jurisprudencia administrativa vigente, específicamente la contenida en dictámenes Ns°1884/014, 6758/86 y Ord.N°420.

Se agrega, que la cláusula N°37 del instrumento colectivo, vigente desde el 1 de julio de 2021 hasta el 30 de junio de 2024, regula un bono denominado "de atención y cuidado hijo o hija menor de dos años", que básicamente va en directo beneficio de aquellas trabajadoras que por fuerza mayor debidamente acreditada, estuvieren impedidas de hacer uso del beneficio de sala cuna que regula el artículo 203 del Código del Trabajo, con el objeto que los menores queden en sus hogares mientras las dependientes se encuentren cumpliendo sus funciones.

Específicamente, el Reglamento que, como anexo es reconocido por el instrumento colectivo, establece que este bono beneficia a: a) madres de hijos o hijas menores de 2 años, b) trabajadores que tengan al cuidado personal legalmente acreditado de menores de 2 años y c) aquellos trabajadores que tengan a su cargo a un niño que esté en proceso de adopción de acuerdo a los organismos válidamente acreditados y hasta que finalice el trámite de adopción definitiva.

En este sentido, la organización sindical plantea que el bono antes referido, está regulado para cubrir solo un 85% del mayor monto bruto mensual que se pague por concepto de sala cuna, en circunstancias que la doctrina vigente contenida en Ord.N°420 de 20.01.2020 expresamente establece que dicho monto debe ser equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna o que permita solventar el costo de atención y cuidado en su propio domicilio. Agrega que este criterio ha sido reiterado en el contexto de pandemia por el virus Covid 19 lo que se ha visto reflejado en el Dictamen N°1884/014.

Finalmente, solicita un pronunciamiento acerca de la procedencia de la devolución de los descuentos realizados por la entidad empleadora por concepto de cotizaciones previsionales, puesto que en un inicio la empresa consideró que el bono en análisis era de carácter imponible porque constituía remuneración, asunto que en definitiva enmendó dejando constancia en anexo del instrumento colectivo que el beneficio señalado no es imponible.

Al respecto cumpla con informar a Ud. que los incisos 1°, 3° y 5° del artículo 203 del Código del Trabajo establecen lo siguiente: *“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”.*

“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”.

“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”.

De esta manera, el legislador ha establecido tres modalidades para que las empresas que ocupan a veinte o más trabajadoras puedan cumplir con la obligación de proveer de salas cunas en donde las mujeres¹ puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo, a saber:

- 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.

En este sentido, la doctrina de este Servicio contenida— entre otros—, en oficios N°s 3717; 2069 y 2587, de 11.11.2002; 04.07.2002 y 04.07.2003 respectivamente, ha destacado que en ciertos casos el empleador no podrá cumplir

¹ Cabe considerar la pronta entrada en vigor (10.03.2022) de la Ley N°21.400 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta normativa establece en el nuevo artículo 207 ter del Código del Trabajo que: *“Los derechos que correspondan a la madre trabajadora referidos a la protección a la maternidad regulados en este Título, serán aplicables a la madre o persona gestante, con independencia de su sexo registral por identidad de género. A su vez, los derechos que se otorgan al padre en el presente Título, también serán aplicables al progenitor no gestante.”*

con esta obligación a través de las modalidades establecidas por el legislador antes mencionadas.

En tal situación, la jurisprudencia vigente aprueba el pacto de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna el que debe ser, en todos los casos, 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.

De esta forma, la doctrina contenida en Ord. N°420 de 20.01.2020, señala que: *"Dentro de las circunstancias excepcionales que permiten el pacto de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, se han considerado igualmente, los problemas de salud que afectan a los menores, hijos de las beneficiarias, que les impide su asistencia a tales establecimientos.*

Cabe manifestar que la jurisprudencia citada se fundamenta principalmente en el interés superior del niño, que justifica que en situaciones excepcionales, debidamente ponderadas, la madre trabajadora pueda pactar con su empleador el otorgamiento de bono compensatorio por tal concepto, por un monto que resulte apropiado para financiar el servicio de sala cuna, cuando no está haciendo uso del beneficio a través de alguna de las alternativas previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo, anteriormente indicadas.

En cuanto al monto de dicho bono, la jurisprudencia administrativa vigente ha resuelto que éste 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".

Ahora bien, en el contexto de emergencia sanitaria por el virus Covid 19, este Servicio ha confirmado el anterior criterio señalando al efecto que: *"En este sentido, en caso que exista imposibilidad para el empleador de cumplir con su obligación legal sala cuna bajo las reglas generales, las partes se encuentran habilitadas para acordar, en el marco de la presente emergencia sanitaria y mientras duren las limitaciones a este respecto, el pago de un bono compensatorio que permita a la madre trabajadora encargarse del cuidado del niño o niña menor de dos años a un tercero y poder prestar servicios de forma adecuada, debiendo destacar que el monto a pactar, conforme a la doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord.N°6758/86 de 24 de diciembre de 2015, 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"* (Dictamen N°1884/14 de 11.06.2020).

En contraste con la anterior jurisprudencia, la cláusula 37° del convenio colectivo vigente entre la empresa Metro S.A. y el Sindicato de Profesionales y Técnicos del Metro S.A., establece un bono de atención y cuidado del hijo o hija menor de 2 años, estipulación que obliga al empleador a pagar dicho bono en beneficio de trabajadoras que, por fuerza mayor debidamente acreditada, están impedidas de hacer uso del beneficio de sala cuna que consagra el artículo 203 del Código del Trabajo.

Agrega dicha estipulación acordada en su inciso 2° que: *“El valor de este bono corresponderá al 85% del mayor monto bruto mensual que se pague por concepto de sala cuna, y la Empresa lo pagará conjuntamente con las remuneraciones del periodo.”*

Además, este beneficio según se señala en el último inciso de la misma cláusula, es incompatible con el derecho a sala cuna contenido en el Código del Trabajo. De esta manera se advierte con claridad que, en dicho sentido, la regulación contractual acordada por las partes no se ajusta a derecho por cuanto el bono de atención y cuidado del hijo o hija menor de 2 años no es equivalente en su totalidad a los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna ni tampoco permite en su totalidad solventar los gastos de atención y cuidado del menor en su propio domicilio.

El legislador en el artículo 203 del Código del Trabajo en ningún caso permite un cumplimiento parcial de la obligación que recae sobre el empleador de otorgar el derecho a sala cuna en beneficio de: madres trabajadoras, personas gestantes o progenitores no gestantes, puesto que este derecho debe ser otorgado en su totalidad y sin restricciones, teniendo en cuenta el interés superior del niño, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Estado de Chile en 1990, que obliga en el N°1 del artículo 3° a que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

La jurisprudencia de este Servicio, establecida en Dictamen N°1884/014 de 11.06.2020, reconoce a su vez que: *“(…) como se señaló anteriormente, esta circunstancia responde también a las obligaciones que corresponde asumir al Estado conforme a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, los que importan adoptar medidas tendientes a resguardar el interés superior del niño y eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, siendo el derecho de sala cuna una medida que busca proteger el bienestar de los niños y niñas menores de dos años y resguardar la participación de la mujer en el ámbito laboral”*.

Luego, y no obstante el acuerdo colectivo sobre la materia, este se encuentra limitado por el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, según señala el inciso 2° del artículo 5 del Código del Trabajo, de manera que no procede jurídicamente la renuncia parcial al derecho a sala cuna a propósito de la cláusula del instrumento colectivo en análisis sobre el bono de atención y cuidado del hijo o hija menor de 2 años.

En relación con el pago de cotizaciones previsionales por concepto de bono compensatorio de sala cuna, este Servicio ha señalado que tal beneficio no reviste el carácter de remuneración.

La jurisprudencia contenida en el Ord. N°4257, de 28.10.2011 concluyó que: *“en referencia a la consulta de que si el beneficio monetario sustitutivo de sala cuna constituye remuneración, cabe señalar que el mismo no reviste tal carácter, atendida su naturaleza de reemplazo de un beneficio legalmente establecido dentro*

de las normas protectoras de la maternidad, cuya finalidad es compensar los gastos en que incurre la madre trabajadora en el cuidado de sus hijos menores de dos años”.

Aun cuando, se debe reconocer que, de conformidad a lo previsto en el artículo 38 letra e) de la ley N° 16.395, de 1966, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, incumbe a dicho Organismo *“Fijar la interpretación de las leyes y reglamentos de previsión social y ordenar a las instituciones sometidas a su fiscalización que se ajusten a esta interpretación”.*

Señalado lo anterior, en el Ord. N°3382 de 25.07.2017, este Servicio destacó que:» (...) *a través de ORD. N°16-06-2004 * 23347 de la Superintendente de Seguridad Social, de la época, dando respuesta a una presentación efectuada por este Servicio, sobre si el “Bono de Sala Cuna pagado a las trabajadoras, tiene o no, el carácter de imponible”, resolvió, luego del análisis normativo efectuado, que “en la especie, el denominado “Bono Sala Cuna”, según lo indicado por esa Dirección, excepcionalmente puede compensar la obligación del derecho a sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, cuando atendidas las circunstancias señaladas en el numerando 1°, a que alude esa Dirección, no permiten cumplir con tal deber. En consecuencia, en la medida que ese bono corresponda a una devolución de gastos, (sujeto a rendición de cuenta), equivalente al valor que deba pagar la trabajadora por concepto del uso de la sala cuna a la que lleva a su hijo, y coincidiendo con su opinión, el aludido bono no constituiría remuneración y, por ende no es imponible «.*

Agrega el pronunciamiento citado, haciendo alusión al pago del bono compensatorio de sala cuna: *“Precisado lo anterior, se concluye que el hecho de que se pague sin necesidad de rendición de cuenta, en nada altera la naturaleza no remuneracional de dicho bono compensatorio de sala cuna, de acuerdo a las consideraciones explicitadas en el cuerpo del presente oficio”.*

Así las cosas, al no constituir una remuneración el bono compensatorio de sala cuna, no procedía que el empleador dedujera del pago de dicho bono las cotizaciones previsionales, ya que, conforme lo establece el inciso 1° del artículo 58 del Código del Trabajo, la deducción de las cotizaciones de seguridad social se realiza con cargo a las remuneraciones de los trabajadores. Por lo tanto, procedería que el empleador haga el reintegro de todo descuento aplicado en el pago del bono compensatorio de sala cuna a los trabajadores que hubiesen sido afectados, sin perjuicio del derecho a recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener el reembolso de los gastos en sala cuna en que hubieren incurrido.

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

1.- La regulación contractual acordada por las partes no se ajusta a derecho por cuanto el “bono de atención y cuidado del hijo o hija menor de 2 años” no es equivalente en su totalidad a los gastos que irrogaría la atención del menor en una

sala cuna ni tampoco permite en su totalidad solventar los gastos de atención y cuidado del menor en su propio domicilio.

2.- El bono compensatorio de sala cuna no reviste el carácter de remuneración y por ende no es imponible, de manera que no procede que el empleador realice deducciones del pago de las cotizaciones previsionales con cargo al pago de dicho bono, ya que, conforme lo establece el inciso 1° del artículo 58 del Código del Trabajo, la deducción de las cotizaciones de seguridad social se realiza con cargo a las remuneraciones de los trabajadores. Por lo tanto, procedería que el empleador haga el reintegro de todo descuento aplicado en el pago del bono compensatorio de sala cuna a los trabajadores que hubiesen sido afectados, sin perjuicio del derecho a recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener el reembolso de los gastos en sala cuna en que hubieren incurrido.

Saluda atentamente a Ud.



JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

 JDTP/LEP/AMF

Distribución:

- Jurídico
- Partes