



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E101537(919)2021

ORDINARIO: 1893

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Bono compensatorio de sala cuna. Emergencia Covid-19.

RESUMEN:
No resulta jurídicamente procedente autorizar el pago de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna de forma retroactiva, sin perjuicio de lo expuesto en el presente oficio.

ANTECEDENTES:

- 1) Correo electrónico de 13.07.2021 de Sra. Jefa Unidad de Pronunciamientos Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Correo electrónico de 08.07.2021 de doña María Angélica Barroso Suárez.

SANTIAGO,

28 JUL 2021

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL

A: SRA. MARÍA ANGÉLICA BARROSO SUAREZ
Ange.barroso@gmail.com

Mediante correo electrónico del antecedente 2), Ud. ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento referido a la procedencia de pago del bono compensatorio de sala cuna de forma retroactiva respecto de su hijo nacido el 14 de enero de 2019. Señala que su empleador no dio cumplimiento durante el 2020 a lo señalado por este Servicio mediante Dictamen N°1884/14 de 11.06.2020.

Al respecto, cumplo con informar lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en los incisos 1°, 3° y 5° 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 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 las empresas 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.

La misma jurisprudencia ha manifestado, en principio, 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 equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna (Ord. N°761 de 11.02.2008).

Por su parte, el empleador, en ningún caso, se encuentra liberado de otorgar el beneficio en comento, sino que, atendido que tiene la opción de escoger la manera para cumplir su obligación, cuando las circunstancias lo permiten, es posible sostener que

si una de estas modalidades se torna imposible, subsistirá la posibilidad de cumplir de acuerdo a las restantes, persistiendo, por tanto, la obligación de entregar el beneficio en la forma que resulte factible. (Ord. N°853 de 28.02.2005).

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, este Servicio ha emitido pronunciamientos que aceptan, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o las condiciones de salud del menor, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, doctrina que encuentra su fundamento en el interés superior del niño y justifican, por consiguiente que, en situaciones excepcionales, la madre trabajadora que labora en 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.

Ahora bien, en primer lugar, cabe señalar que formula Ud. su consulta una vez transcurrido el plazo hasta el cual correspondía el otorgamiento de este beneficio que en la especie venció el 14 de enero de 2021, vale decir, se trataría de una autorización con efecto retroactivo, lo que es discordante con la doctrina de esta Dirección, contenida en Ordinario N°3897, de 13.08.2019, que en lo pertinente dispone: *"... cabe señalar que no resulta procedente autorizar el pago de un bono compensatorio de sala cuna de forma retroactiva toda vez que la aprobación que este Servicio otorga a un acuerdo de tal naturaleza no solo implica una revisión de los antecedentes en que se funda, entre ellos, el acuerdo celebrado entre el empleador y la trabajadora en torno al pago de un bono compensatorio y el monto del mismo, sino que supone su aplicación a futuro, es decir, para cubrir el período en que el empleador debe dar cumplimiento al beneficio de sala cuna a través de alguna de las alternativas establecidas en el artículo 203 del Código del Trabajo."*

Sin perjuicio de la referida doctrina, esta Dirección mediante Dictamen N° 1884/14, de 11.06.2020, señaló que la madre trabajadora que preste servicios y se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia, mantiene

el derecho a que el empleador le provea de la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas que señala este informe, habilita a las partes a acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

De lo anterior se puede colegir que si bien es cierto esta Dirección ha sostenido, por regla general, la doctrina contenida en Ordinario N°3897, de 13.08.2019 según la cual no resulta procedente el pago de un bono compensatorio de sala cuna con efecto retroactivo, en atención a que previamente se debe analizar caso a caso por este Servicio la procedencia de dicho bono, no es menos cierto que desde la emisión del ya citado Dictamen N°1884/14, basado en la situación de pandemia por la que atraviesa el país, corresponde objetivamente dicho pago de manera genérica, en consideración a la suspensión de funcionamiento de las salas cunas, lo que constituye una circunstancia objetiva y de general aplicación, en cuyo caso resulta procedente el pacto del referido bono a partir del mes de junio de 2020, no siendo necesario analizar su procedencia caso a caso, mientras se mantenga la situación de cierre obligatorio de salas cunas por orden de la autoridad sanitaria.

Por otra parte, cabe hacer presente que de acuerdo a la reiterada y uniforme doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en Dictamen N°1669/67, de 13.03.1995, los dictámenes meramente declarativos se pueden impetrar desde que se cumplieron los requisitos para disfrutar del beneficio respectivo, a diferencia de los dictámenes que reconsideran uno anterior, como ocurre en la especie, en cuyo caso solo pueden disponer para lo futuro.

En efecto, si bien el referido Dictamen N°1884/14 no reconsidera la doctrina de este Servicio, viene a precisarla respecto de la situación excepcional y puntual producida con ocasión de la pandemia y, por lo tanto, corresponde que sea aplicada desde su emisión en adelante, esto es, desde junio de 2020. Así se ha pronunciado esta Dirección mediante Ordinario N°436 de 04.02.2021.

Ahora bien, el referido Dictamen N°1884/14 de 11.06.2020 no ha modificado la doctrina de este Servicio en cuanto a que dicho bono debe ser acordado por las partes. En efecto, en dicho pronunciamiento se señala: *"...en caso que exista imposibilidad para el empleador de cumplir con su obligación legal de 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..."*. De esta manera, aún en esta situación excepcional las partes deben acordar tanto el pago del referido bono como el monto del mismo, el cual debe ser equivalente a los gastos que irroguen las salas cunas.

En efecto, en cuanto al monto de dicho bono, la jurisprudencia vigente ha resuelto que éste debe ser equivalente o compensatorio de los gastos que irrogaría la atención el menor en una sala cuna que permitan solventar los gastos de atención y cuidado en su propio domicilio o en el de la persona que presta los servicios respectivos.

En la presente situación si bien es cierto no se requería autorización particular de esta Dirección para el otorgamiento del bono compensatorio de sala cuna a partir de junio de 2020, fecha de emisión del dictamen a que se refiere su presentación, no es menos cierto que igualmente las partes debían pactar este beneficio, lo que de no haber ocurrido, pudo haber sido denunciado de forma oportuna para los efectos de haber practicado la correspondiente fiscalización

De esta manera, tratándose de un beneficio especial que solo puede ser exigido hasta que el menor cumpla los dos años; de una solicitud presentada con posterioridad a dicha fecha límite y que no se adjuntan documentos que acrediten el pacto del referido bono compensatorio, no resultaría procedente el pago del mismo con efecto retroactivo, sin perjuicio de la eventual aplicación de una sanción por un posible incumplimiento del otorgamiento del beneficio de sala cuna conforme al artículo 208 del Código del Trabajo, razón por la cual se remitirán los antecedentes al Departamento de Inspección.

Por las consideraciones antes expuestas, disposición legal y doctrina citadas, cumpro con informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente autorizar el pacto de un bono compensatorio de sala cuna con efecto retroactivo sin perjuicio de lo señalado en el presente oficio.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO

JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL




LBP/MSGC/msgc

Distribución:

- Jurídico
- Partes