



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e Informes en
Derecho
59725(762)2023

ORDINARIO N°: 699 /

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Protección a la maternidad. Bono compensatorio de Sala Cuna.

RESUMEN:

1. Las partes de la relación laboral se encuentran facultadas para pactar un bono compensatorio de sala cuna, si así lo consideran, en el caso que el menor de dos años atendido su estado de salud no pueda asistir a una sala cuna, circunstancia que debe encontrarse acreditada en un certificado médico extendido por un facultativo competente en el que se consigne que la asistencia del menor a un establecimiento de tal naturaleza no resulta recomendable.
2. En cumplimiento del deber de cooperación que la ley impone al empleador, lo que se traduce en posibilitar a la madre trabajadora condiciones que le permitan en el lugar de trabajo extraer y almacenar su leche, las partes de la relación deberán convenir la forma como se ejecutará dicha actividad.
3. En el evento de no existir acuerdo entre el empleador y la madre trabajadora respecto de modalidad que esta última utilizará para ejercer su derecho a dar alimento a su hijo menor de dos años, primará la alternativa que la madre haya escogido.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 28.04.2023, de Jefa Departamento Jurídico(S)
- 2) Instrucciones de 26.04.2023, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 3) Presentación de 14.03.2023,

SANTIAGO, 10 MAY 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A:

Mediante presentación del antecedente 3) solicita que este Servicio se pronuncie sobre la procedencia que su empleador le otorgue un bono compensatorio de sala cuna atendido que su hijo menor de dos años por razones de salud se encuentra impedido de asistir a una sala cuna.

Agrega haber solicitado la habilitación de un espacio privado e higiénico para la extracción de leche materna sin embargo se le respondió que su oficina contaba con esas características.

Finalmente señala que, respecto del ejercicio del derecho de alimentación, su empleador le informó que en el caso de que el menor debiera permanecer en el hogar por recomendación médica, solamente podría hacer uso de dicho permiso bajo la modalidad de retardar la hora de entrada o bien anticipar la hora salida.

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

El artículo 203 del Código del Trabajo, en sus incisos 1°,2°,3°,5°,6°,7°, 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.

"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.

De la norma legal transcrita se infiere que la obligación de otorgar el beneficio de sala cuna supone la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una empresa
- b) Que esta empresa ocupe veinte o más trabajadoras, cualquiera sea el número de trabajadoras por establecimiento.

Asimismo, se desprende que el empleador puede dar cumplimiento a su obligación de disponer de salas cuna a través de alguna 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.

La doctrina institucional ha señalado que dicha obligación no puede ser cumplida mediante la entrega de una suma de dinero equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna.

Sin perjuicio de lo expuesto, ante casos excepcionales se ha autorizado la compensación monetaria del beneficio, teniendo en consideración factores vinculados con las condiciones y características de la prestación de los servicios de las madres trabajadoras y también con las condiciones de salud de los menores, hijos de las beneficiarias, que les impidan su asistencia a las salas cunas.

En tal sentido, la jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los Dictámenes Nros. 642/41 de 05.02.04, 4951/078 de 10.12.2014 y Ordinario N°4626 de 09.09.2015, sostiene que:

“el derecho a sala cuna puede compensarse con el otorgamiento de 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.”

Ahora bien, el desarrollo de esta doctrina tiene su fundamento en el bienestar e interés superior del menor, lo que permite entender en determinados casos que empleador cumple con su obligación de otorgar el beneficio de sala cuna al proporcionar a la trabajadora un bono que compense el gasto en que habría incurrido en la sala cuna.

El criterio definido anteriormente fue modificado al abordar el caso del estado de salud del menor, en el que este Servicio mediante Dictamen Nro. 6758/086 de 24.12.2015, señaló 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”.

Agrega, el referido pronunciamiento que:

“Cabe mencionar, respecto de las otras situaciones excepcionalísimas que de acuerdo a nuestra doctrina institucional vigente hacen procedente que las partes acuerden el otorgamiento de un bono compensatorio de sala cuna, tales como las características especiales de la prestación de los servicios de las madres trabajadoras, o que ellas se desempeñen y residan en localidades donde no existe establecimiento de sala cuna autorizado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles o, que laboren en faenas mineras

ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, deben continuar siendo presentadas ante este Dirección, para que previo análisis de los antecedentes aportados se evalúe la procedencia de su pacto.”

De lo anterior se desprende que en el caso de los menores de dos años que por razones de salud no pueden asistir a una sala cuna, condición que debe encontrarse consignada en un certificado médico extendido por un facultativo competente, las partes se encuentran facultadas, si así lo consideran, para pactar el pago de un bono compensatorio de sala cuna sin que se requiera que este Servicio se pronuncie sobre su procedencia.

Con respecto a las restantes situaciones de excepción, se mantiene el criterio definido en la jurisprudencia administrativa en el sentido que se deben presentar ante la Dirección del Trabajo los antecedentes en que se funda el pacto de pago de un bono compensatorio de sala cuna con el objeto de evaluar su procedencia.

Seguidamente, en cuanto al monto del bono compensatorio de sala cuna, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida entre otros, en el Dictamen, antes individualizado, sostiene que:

“(...) que el monto a pactar, debe ser equivalente a los gastos que irrogen 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.

En el mismo sentido los Ordinarios Nros. 0420 de 20.01.2020 y 287 de 18.02.2022, sostienen que:

“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.”

De esta forma, si el menor de dos años por su condición de salud no puede asistir a una sala cuna, circunstancia que debe encontrarse acreditada en un certificado médico extendido por un facultativo competente en el que se consigne que la asistencia del menor a un establecimiento de tal naturaleza no resulta recomendable considerando su condición de salud, constituye un antecedente suficiente, para que las partes si así, lo consideran acuerden el pago de un bono compensatorio de sala cuna.

Con respecto al requerimiento de contar con un espacio privado e higiénico para la extracción de la leche materna, cabe señalar que el artículo 2º de la Ley N°21.155 “Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio”, dispone:

“Derecho al amamantamiento libre. Toda madre tiene el derecho a amamantar a sus hijos libremente en toda clase de lugares o recintos en que se encuentren o por el que transiten legítimamente, conforme sea el interés superior del lactante, con el apoyo y colaboración del padre cuando fuere posible, sin que pueda imponérseles condiciones o requisitos que exijan ocultar el amamantamiento o restringirlo. En ningún caso los recintos podrán imponer cobros a las mujeres que deseen ejercer libremente el derecho a amamantar.

El uso de salas especiales de amamantamiento existentes al interior de un recinto será siempre voluntario para las madres. Dichas salas deberán presentar condiciones adecuadas de higiene, comodidad y seguridad.

El derecho establecido en este artículo también se extenderá a los procesos de obtención de leche materna distintos del amamantamiento directo.

Las madres trabajadoras ejercerán este derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo. El empleador deberá otorgar las facilidades a la madre para que extraiga y almacene su leche.”

Por su parte, el artículo 206, incisos 1°, 2°, 3° y 4°, del Código del Trabajo, prescribe:

“Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

“Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

“El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203.”

De las disposiciones legales transcritas se desprende que la madre trabajadora tiene derecho a una hora al día, a lo menos, para dar alimentos a su hijo menor de dos años, derecho que debe ejercerse de acuerdo a alguna de las modalidades establecidas en el artículo 206 del Código del Trabajo.

Asimismo, se establece que el ejercicio de este derecho puede efectuarse tanto en la sala cuna como en el lugar en que se encuentre el menor.

A su vez, el empleador debe otorgar facilidades a la madre trabajadora para que extraiga y almacene su leche.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en el Dictamen N° 5947/036 de 31.12.2019 y Ordinario N°976 de 03.06.2022, señala:

“(…), no cabe sino concluir que las facilidades de extracción y almacenamiento de la leche deben ser entendidas como un deber de tolerancia y cooperación que recae sobre el empleador para permitir la realización de un proceso de vital importancia para el desarrollo de los lactantes. En términos prácticos, lo dispuesto con anterioridad se traduce en el que el empleador no está obligado a adquirir ningún producto en específico para facilitarle a la madre trabajadora la extracción de leche y almacenamiento de leche materna, pero sí debe permitir que los bienes que ya dispone puedan ser utilizados para cualquiera de estos dos procesos, sea permitiéndole utilizar un refrigerador o equipo similar disponible en las dependencias de la empresa, un enchufe para conectar un extractor de leche eléctrico, un espacio al interior del establecimiento para que la madre trabajadora pueda guardar determinados productos, entre muchísimos otros ejemplos que no resulta posible delimitar en forma taxativa, recalando y reiterándose que es obligación del empleador el cooperar con la madre trabajadora , lo cual implicar el permitir que la madre trabajadora use los bienes de la empresa para extraer y almacenar su leche materna.”

Agrega el referido pronunciamiento que:

"(...) como consecuencia lógica de la obligación de cooperación que la ley N°21.155 le impone al empleador, la madre trabajadora puede extraer y almacenar su leche materna dentro de la jornada de trabajo, no siendo ajustado a derecho que el empleador considere como no trabajado el tiempo que la madre trabajadora demore en la realización de ambas labores."

"En consecuencia, la madre trabajadora puede extraer y almacenar su leche materna dentro de la jornada de trabajo, debiendo las propias partes de la relación laboral acordar la forma de realizar ambos procesos, en la medida que estos acuerdos se ajusten al ordenamiento jurídico laboral y a la normativa vigente en materia de salud, higiene y seguridad en los lugares de trabajo."

De lo expuesto se desprende que en cumplimiento del deber de cooperación que la ley impone al empleador, lo que se traduce en posibilitar a la madre trabajadora condiciones que le permitan en el lugar de trabajo extraer y almacenar su leche, las partes de la relación deberán convenir la forma como se ejecutará dicha actividad.

Finalmente, con respecto a la forma en que usted puede ejercer su derecho a dar alimento, cabe señalar que el inciso 1º del artículo 206, ya citado, establece se puede ejercer a través de alguna de las siguientes modalidades, las que deben ser acordadas con el empleador, a saber: a) en cualquier momento dentro de la jornada; b) puede dividirse, a solicitud de la interesada, en dos porciones de tiempo, o bien, c) puede postergarse o adelantarse el inicio o el término de la jornada de trabajo, en una o en media hora.

Precisa la jurisprudencia de este Servicio en el Dictamen N°2248/47 de 19.06.2007, que:

"En el evento de que no existiera acuerdo en cuanto a la alternativa propuesta por la trabajadora, titular de este derecho irrenunciable, se configuraría el incumplimiento de este precepto por parte del empleador, factible, de acuerdo a las reglas generales, de ser sancionado por nuestro Servicio en virtud de las facultades que le son propias, sin perjuicio de ratificar el régimen que la trabajadora haya elegido."

De esta forma, en el evento de no existir acuerdo entre el empleador y la madre trabajadora respecto de modalidad que esta última utilizará para ejercer su derecho a dar alimento a su hijo menor de dos años, primará la alternativa que la madre haya escogido.

En el mismo sentido, el Dictamen N°2495/067 de 07.06.2017, señala que:

"Al respecto, cabe señalar que el acuerdo de las partes en orden a sustituir el beneficio de sala cuna por el pago de un bono compensatorio para el caso del menor que no puede asistir a tal establecimiento, da lugar a una forma extraordinaria de cumplimiento por equivalencia de la obligación de otorgar el servicio de sala cuna, no pudiendo entenderse, que por tener que acceder a esta modalidad, la trabajadora deba ver disminuidos los derechos que le corresponden en materia de protección a la maternidad."

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

1. Las partes de la relación laboral se encuentran facultadas para pactar un bono compensatorio de sala cuna, si así lo consideran, en el caso que el menor de

dos años atendido su estado de salud no pueda asistir a una sala cuna, circunstancia que debe encontrarse acreditada en un certificado médico extendido por un facultativo competente en el que se consigne que la asistencia del menor a un establecimiento de tal naturaleza no resulta recomendable.

2. En cumplimiento del deber de cooperación que la ley impone al empleador, lo que se traduce en posibilitar a la madre trabajadora condiciones que le permitan en el lugar de trabajo extraer y almacenar su leche, las partes de la relación deberán convenir la forma como se ejecutará dicha actividad.

3. En el evento de no existir acuerdo entre el empleador y la madre trabajadora respecto de modalidad que esta última utilizará para ejercer su derecho a dar alimento a su hijo menor de dos años, primará la alternativa que la madre haya escogido.

Saluda atentamente a Ud.,



Natalia Pózo Sanhueza
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
JEFE
DEPTO. JURÍDICO *

BP/CAS
Distribución
- Jurídico
- Partes