PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO PARA REGULAR EL BONO COMPENSATORIO DEL DERECHO A SALA CUNA

I. Antecedentes y fundamentos

La pandemia generada por el Covid-19 tuvo un gran impacto en la contratación femenina[1], debido a que durante este periodo la crisis de los cuidados se agudizó, obligando a 9 de cada 10 mujeres a dedicar un mayor tiempo a las labores domésticas y cuidados de sus hijos que debían permanecer en sus hogares por las restricciones de movilidad y los cierres de los establecimientos educacionales. La necesidad de hacer compatibles el trabajo remunerado y las labores de cuidado y domésticas, gatilló una amplia cantidad de recursos presentados a la Dirección del Trabajo y Contraloría General de la República, derivados del incumplimiento de la normativa laboral por parte de los empleadores y servicios, en relación al derecho de sala cuna establecido en artículo 203 del Código del Trabajo y su aplicación alternativa en circunstancias excepcionales[2], contenida en la jurisprudencia administrativa desde el año 2002, lo que se ve reflejado en varios pronunciamientos y ordinarios emitidos entre el periodo 2020-2023.

Cabe hacer presente que, si bien la Dirección del Trabajo ha facultado de forma excepcional, a la madre trabajadora que labora en ciertas y determinadas condiciones excepcionales para pactar con su empleador el otorgamiento de **un bono compensatorio de sala cuna 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 que la ley ha señalado para proporcionarlo, esto no siempre fue así. Recién en los años 2002 y 2003, por medio de oficios números 2587 de 2003 y 3717; 2069 y 1971, de 2002, se zanjó que, a pesar de la irrenunciabilidad del derecho a sala cuna, no existía inconveniente jurídico en se otorgue un bono compensatorio, 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 desempeñan 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 prestan servicios en horario nocturno o cuando las condiciones de salud y los problemas médicos que el niño padece aconsejen no enviarlo a una sala cuna. Esta doctrina fue profundizada en los años 2015, 2017 y 2018 por los pronunciamientos citados en el numeral 2, del pie de página.

---

[1] MARCEL, Mario, “Impacto de la crisis del covid-19 sobre la situación económica de las mujeres en Chile”, Banco Central de Chile, Santiago, 2021, https://www.bcentral.cl/documents/33528/133214/mmc20072021.pdf/f5ec3f1a-3fc6-0754-4689-6d289d25c20a?t=1693575828277. Consultada: 26 de septiembre de 2023.

[2] La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo -contenida en Dictamen 6758/086 de 24/12/2015; ORD. 5527 15/11/2017 y ORD. N°413 de 22/01/2018- ha permitido el pago de un bono compensatorio por concepto de sala cuna, previa autorización administrativa, para trabajadoras que laboran en una localidad donde no existe ningún establecimiento que cuente con la autorización debida; que se desempeñan en faenas mineras ubicadas en lugares apartados de centros urbanos o cuando prestan servicios en horarios nocturnos. Asimismo, en caso de que el menor padezca de problemas médicos que aconsejen no enviarlo a sala cuna, y que dicha situación esté debidamente certificada por un profesional calificado, si las partes lo establecen, deberán suscribir un acuerdo en el que conste el otorgamiento y monto del bono compensatorio, sin necesidad del análisis posterior por parte de la Dirección del Trabajo.

En atención al cierre de los recintos educativos por instrucciones de la autoridad[3] y a la alerta sanitaria decretada, diversas resoluciones administrativas y judiciales aplicaron el mismo criterio de excepcionalidad, acogiendo la solicitud de compensación del derecho a sala cuna por un bono. Sin embargo, estos recursos generaron diversas controversias respecto a los montos de pago, la forma de entrega, los requisitos para su otorgamiento, entre otros dilemas, evidenciando un vacío en la normativa.

Por su parte Contraloría General de la República, ha aceptado el cumplimiento en equivalencia desde el año 2016, pero es en marzo del año 2018 a través del dictamen N°6.381, con motivo de la publicación de las leyes 20.832 -que exige que la sala cuna con que el empleador da cumplimiento a su obligación debe contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial de Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación- y 20.891 -que perfecciona, entre otras cosas, el ejercicio del derecho a la sala cuna para los funcionarios- que se imparten instrucciones a los servicios públicos respecto de la entrega del beneficio de sala cuna, contemplándose cuatro situaciones excepcionales en que se puede acceder al beneficio en una modalidad distinta de la descrita en el artículo 203 del Código del Trabajo.

En resumen, si bien la entrega del bono compensatorio es preexistente a la pandemia de COVID-19, fueron los cierres de los establecimientos educativos y la adopción de nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo, las que impulsaron a los organismos judiciales y administrativos a pronunciarse más profundamente sobre la materia debido a la gran cantidad de mujeres que debieron solicitarlo. A pesar de los esfuerzos de estas entidades por cumplir con el propósito de la normativa -la protección de la vida y la salud del menor, sin descuidar la tranquilidad física y mental de la madre mientras desempeña sus labores-, la falta de una norma que regule el monto del bono compensatorio y la ausencia de un mecanismo legal para emprender acciones judiciales sin depender de la interpretación de la judicatura, significan un obstáculo a los derechos de las madres.

Si bien las condiciones sanitarias han cambiado y se ha procedido a la reanudación de las clases y reapertura de los jardines infantiles, sigue existiendo controversia permanente entre trabajadoras y empleadores por el monto del bono compensatorio en las circunstancias que lo permiten. En la práctica, se da la paradoja de que muchos empleadores cumplen con su obligación a través de convenios de sala cuna con entidades privadas -inciso quinto del art. 203- pagando un monto mensual superior a los $400.000, pero para los casos en que se permite un bono compensatorio en la misma empresa, se cancela un valor que puede llegar a ser hasta 5 veces inferior. Es decir, el empleador reduce costos a través del bono compensatorio.

En el sector público se puede observar que una gran parte de los servicios no cuentan con sala cuna en las dependencias del servicio y la falta de convenios ha llevado a la autorización de este pago compensatorio, el que queda sujeto al presupuesto del servicio, con valores no siempre suficientes para cubrir los gastos de cuidado por un tercero.

[3] RESOLUCIÓN EXENTA N° 322, DEL 28 DE ABRIL DE 2020, el Ministerio de Salud dispuso que se suspendan presencialmente las clases en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país.

La constante subvaloración de los montos compensatorios de sala cuna tiene repercusiones negativas tanto para las madres trabajadoras como para los principios de igualdad de oportunidades y equidad de género en el ámbito laboral. La insuficiencia del beneficio puede impactar en la participación de las mujeres en la fuerza laboral y perpetuar las desigualdades de género, por lo que este desafío representa un obstáculo significativo además, en la protección de los derechos de las trabajadoras, que se suma a complicaciones prácticas, como horarios incompatibles, la falta de períodos de adaptación y el cierre de salas cuna públicas, problemas que aún no han sido abordados de manera efectiva y que son parte de un debate legislativo abierto.

La ausencia de un enfoque integral y eficaz en la comprensión del derecho a sala cuna y la falta de regulación del bono compensatorio, genera una gran preocupación en las personas trabajadoras sujetas a este derecho, especialmente en un contexto marcado por cambios sociales significativos, nuevas estructuras familiares y la creciente participación de las mujeres en el mercado laboral. Abordar esta situación es también hacernos cargo de las brechas de género que persisten de manera arraigada en el sistema laboral y en la sociedad en general.

II. Idea matriz

El presente Proyecto de Ley tiene por objeto regular un bono compensatorio del derecho a sala cuna en el artículo 203 del Código del Trabajo. Este beneficio ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa, sin embargo, no tiene rango legal.

III. Contenido

Dadas las problemáticas que genera la ausencia de una regulación para el bono compensatorio de sala cuna, el presente proyecto de ley propone un nuevo artículo 203 bis con el siguiente contenido:

A. En el inciso primero, se incorpora explícitamente la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a sala cuna, de forma excepcional, a través del pago de un bono equivalente o compensatorio a los gastos que irroga la atención de un niño o una niña en l sala cuna, en su propio domicilio o en el de la persona que presta los servicios respectivos.

B. En el inciso segundo, se incorporan las causales que permiten el bono compensatorio, las cuales son extraídas de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

C. En el inciso final, se fija un criterio para determinar el monto mínimo que debe recibir la persona trabajadora por concepto de bono compensatorio, con el objeto de impedir que los empleadores paguen valores que no permitan solventar los gastos de cuidado del niño o niña menor de dos años.

IV. Proyecto de Ley

Artículo único: Agréguese un nuevo el artículo 203 bis al Código del Trabajo, del siguiente tenor:

203 Bis. El beneficio establecido en el artículo anterior podrá ser cumplido, de forma excepcional, a través de un bono equivalente o compensatorio de los gastos que irroga la atención de un niño o una niña, menor de dos años, en la sala cuna, o bien permitir solventar los gastos de atención y cuidado en su propio domicilio o en el de la persona que presta los servicios respectivos. Esta forma alternativa de cumplimiento procederá cuando a la persona trabajadora o cuidadora, a quien se le haya confiado el cuidado personal del niño o niña menor de dos años, se encuentren en las siguientes situaciones:

1. Desempeñe sus funciones en una localidad en que no exista ningún establecimiento que cuente con la autorización del Ministerio de Educación o en caso de que exista, no haya cupo en dicho establecimiento para recibir al niño o niña menor de dos años.
2. Desempeñe sus funciones en faenas mineras o en establecimientos ubicados en lugares apartados de centros urbanos.
3. Cuando preste servicios en horarios nocturnos o turnos nocturnos.
4. Cuando las condiciones de salud y los problemas médicos que el niño o niña padezca, aconsejen no enviarlo a sala cuna. Dicha situación debe estar certificada por un facultativo competente que así lo prescriba.

El bono compensatorio no podrá ser inferior al monto pagado por el empleador respecto de otras personas trabajadoras, a quienes se les otorga el derecho a sala cuna de acuerdo al inciso quinto y sexto del artículo anterior.

FIRMA

H.D ANDRÉS GIORDANO SALAZAR