

EL SALVADOR

Análisis legal: Nueva ley especial sobre el cuidado infantil en el lugar de trabajo



Este documento analiza cada Artículo de la *Ley especial para la regulación e instalación de salas cunas para las hijas(os) de las trabajadoras(es)*, ratificada por la Asamblea Legislativa de El Salvador el 31 de mayo de 2018. La intención es clarificar el significado de las regulaciones en términos de su aplicación actual y guiar a los empleadores que se han comprometido a cumplir con este mandato constitucional y avanzar en su implementación. El documento termina con secciones de conclusiones y recomendaciones.

Grupos como la Concertación por un Empleo Digno para las Mujeres (CEDM) formado por organizaciones feministas y sindicales han mantenido una lucha constante tratando de incidir en visibilizar la situación particular de las mujeres que asumen en mayor medida las tareas de cuidado de los hijos y del hogar. Sin embargo, tanto padres y madres deben contar con servicios sociales de apoyo que les permita combinar las obligaciones familiares con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública.

El desarrollo de acciones favorables a la conciliación de la vida laboral y familiar en las empresas, contribuye a mejorar el índice de satisfacción laboral, las actitudes de las personas en el trabajo y la motivación para hacer un esfuerzo adicional en pos de cumplir con las obligaciones y conservar el trabajo. Todo lo cual repercute positivamente en la productividad de la organización. La existencia de centros de cuidado es una medida fundamental para que los trabajadores de ambos sexos -y particularmente las mujeres, a quienes históricamente se le ha designado el rol de cuidado de los hijos- puedan compatibilizar sus responsabilidades laborales y familiares.

CONTENIDO

Obligaciones del empleador	3
Principales aspectos de la ley	4
Conclusiones	15
Recomendaciones	16

EL SALVADOR | Análisis legal: Nueva ley especial sobre el cuidado infantil en el lugar de trabajo

ABRIL 2019

La Concertación por un Empleo Digno para las Mujeres (CEDM) y el Grupo de las Américas ha estado colaborando en una iniciativa para promover soluciones para un cuidado infantil sustentable y de calidad para madres y padres trabajadoras de la industria de la confección en El Salvador. El 28 de agosto 2018, la CEDM y el Grupo de las Américas copatrocinaron un conversatorio para marcas internacionales y manufactureras y proveedoras sobre las implicaciones para empleadores y trabajadoras(es) de la nueva legislación sobre cuidado infantil de El Salvador. En esa reunión, Ena Lilian Núñez Mancía, consultora independiente y experta en temas laborales, presentó su análisis de las obligaciones de los empleadores bajo la nueva legislación. De manera unánime, todos los participantes solicitaron información adicional sobre el contenido de la ley. Este documento es el resultado de ese trabajo. Esperamos que sea de utilidad para gerencias de fábricas, sociedad civil y funcionarios públicos mientras se preparan para la implementación de la ley en el próximo año y medio.

Americas Group / CEDM

Recursos adicionales:

- [Resumen Foro Cuidado: Opciones para Trabajadora\(es\) y las Ventajas para los Empleadores](#)
- [Buscando soluciones a las necesidades de cuidado infantil de las trabajadoras\(es\) de la maquila en El Salvador](#)
- [Análisis legal del derecho al cuidado infantil para trabajadoras en Honduras](#)
- [Tackling Childcare: The Business Case for Employer-Supported Childcare](#)
Solamente en inglés, salvo el estudio de caso de Jordania.

Este trabajo ha recibido el generoso apoyo financiero del Programa de Inversión en Cadenas de Aprovechamiento de The Walt Disney Company.

La **CEDM** es una coalición de organizaciones de mujeres y sindicales, que incluye al Movimiento de Mujeres Mérida Anaya Montes – Las Méridas; Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz – ORMUSA; Federación de Asociaciones y Sindicatos Independientes de El Salvador – FEASIES; Mujeres Transformando; Coordinación de Mujeres Sindicalistas de El Salvador – CMSES.

El **Grupo de las Américas (GA)** es un foro de multi-interés en que participan varias marcas y manufacturas internacionales, la Asociación Trabajo Justo y la Red de Solidaridad de la Maquila (RSM) trabajando en forma colaborativa para promover prácticas sustentables en el sector de la confección y el calzado en la región. Las compañías que participan en el trabajo en El Salvador incluyen adidas, Dallas Cowboys Merchandising, Hanesbrands, Mountain Equipment Co-op, Fanatics, Fruit of the Loom, New Balance, Nike, Puma, Under Armour, y VF Corporation.



THE AMERICAS GROUP

Créditos:

Autora: Ena Lilian Núñez Mancía

Equipo de edición: Thelma Amaya, Puma (por el GA); Silvia del Carmen Urquilla, ORMUSA; Sergio Chávez, Equipo de Investigaciones Laborales (EIL); Caren Weisbart y Lynda Yanz, Red de Solidaridad de la Maquila (RSM)

Diseño Gráfico: Andrea Carter, berthclark.com

Foto: [Susan Holt Simpson, Unsplash.com](https://unsplash.com)

OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR PARA INSTALAR Y MANTENER SALAS CUNAS

En El Salvador la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y centros de cuidado infantil para los niños de las trabajadoras(es), fue establecida por primera vez en la Constitución de 1950 y luego en la de 1983 que está vigente, según lo dispuesto por el Art. 42 Inc. 2°.

Sin embargo, por varias décadas éste ha pasado inadvertido sino hasta el 31 de mayo de 2018, fecha en la que la Asamblea Legislativa emitió la *Ley Especial para la Regulación e Instalación de Salas Cunas para los Hijos de los Trabajadores*. Esta ley es el sujeto de este documento.

Resulta primordial comprender el alcance de los contenidos de esta nueva ley, e identificar, si la misma requerirá de la adopción de garantías adicionales -normativas o institucionales- que permitan asegurar el efectivo cumplimiento de sus disposiciones.

La ley establece aspectos generales sobre las condiciones en que deberá hacerse efectiva la obligación de prestar este servicio y remite a una reglamentación futura - la que deberá dictarse dentro de 120 días hábiles contados a partir de la entrada en vigencia de la ley. Los detalles de dichas condiciones y procedimientos que rigen a los centros de cuidado de niñas y niños que actualmente funcionan desde antes de la aprobación de la ley en comento, y que es la normativa a seguir por aquellas empresas que aún antes de entrar en vigencia la ley especial tendrían que atender no por la obligatoriedad que deriva de la ley sino por la obligatoriedad que emana de la propia Constitución de la República.

Leyes internacionales ratificados por El Salvador relacionado al cuidado infantil

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada por El Salvador en 1981, en su Art. 11 plantea medidas específicas sobre el derecho al trabajo en igualdad de condiciones para las mujeres y la protección a la maternidad, incluida la provisión de servicios sociales para la conciliación laboral y familiar.
- En materia de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del trabajo remunerado, el Estado salvadoreño también ha ratificado tres de los Convenios más importantes de la OIT: El Convenio 100 sobre la Igualdad de Remuneración por Trabajo de Igual Valor (ratificado en el año 2000), el Convenio núm. 111 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación (ratificado en 1995) y el Convenio núm. 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (ratificado en 2000).
- Las salas cunas o centros de cuidado infantil tienen fundamento en el Art. 3.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por El Salvador y en el Art. 18 numeral 3 que determina el deber de los Estados partes de adoptar todas las medidas apropiadas para que “los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

Contenido General de la Ley¹

- CAPITULO I: **Objeto de la Ley, Ámbito de aplicación y concepto** (Artículos 1-3)
- CAPITULO II: **De los derechos y obligaciones** (Artículos 4-6)
- CAPITULO III: **Condiciones, requisitos y responsabilidades** (Artículos 7-9)
- CAPITULO IV: **Disposiciones finales** (Artículos 10-15)

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art. 1. Objeto de la ley	Regular las condiciones mediante las cuales los patronos implementarán los servicios de salas cunas o lugares de custodia para los hijos de los trabajadores.	La ley usa los términos “Salas Cunas” y “Lugares de Custodia” que actualmente ya están en desuso, pero debe entenderse que se refiere a los centros de cuidado o de desarrollo infantil.
Art. 2. Ámbito de aplicación	Aplica tanto para el sector público, instituciones oficiales autónomas, municipalidades y empresa privada.	Significa que todos los empleadores sin distinción de sector están obligados a cumplir la ley.
Art. 3. Concepto de salas cunas y lugares de custodia	¿Para qué es una Sala Cuna y Lugar de Custodia? Para que las trabajadoras lactantes puedan alimentar a sus hijos e hijas Para que los trabajadores pueden dejar a los hijos e hijas bajo supervisión y cuidado de personas capacitadas para ello, mientras ellos trabajan.	Esta disposición desarrolla el mandato central de la Sala de lo Constitucional que manda a procurar el “desarrollo integral” de los niños y niñas. El concepto de desarrollo integral parte de considerar al niño o niña como sujeto de derechos humanos y está constituido por nutrición, salud, estimulación, educación, protección y recreación, procurando favorecer con ello el desarrollo y habilidades para la vida. Al establecer la ley que la sala cuna será el lugar donde se alimentará a los niños y niñas lactantes por parte de sus madres, deberá adecuarse un espacio apropiado (privado e higiénico) para ello.

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Horario de prestación del servicio	De igual manera el Art. 3 establece que servicio de cuidado y supervisión debe darse en el tiempo que el padre o madre se encuentra desempeñando sus labores.	<p>Debe entenderse que se trata de cualquier modalidad mediante la cual se brinde el servicio, ya sea que el patrono lo preste de forma directa, en común con otros patronos, o a través de terceros, pues el propósito es que los hijos de los trabajadores se encuentren cuidados y supervisados mientras ellos trabajan, por lo cual, a fin de cumplir con el mandato de la ley, deberá garantizarse:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Que el servicio se encuentre disponible desde antes del inicio de la jornada de trabajo, (2) Que el servicio se mantenga activo hasta que finalice la jornada de trabajo; y (3) Que se consideren modalidades de extensión del tiempo de la prestación del servicio, en los casos en que los trabajadores y trabajadoras realicen tiempo extraordinario o en horario nocturno pues la ley no distingue que deba ser solo durante la jornada diurna.
Cobertura de edad de los niños y niñas	Desde que finaliza el período post-natal hasta los 3 años de edad.	<p>Siempre que se trata de derechos como en este caso de la niñez, hay que realizar una interpretación amplia de la ley atendiendo el interés superior del niño o niña, lo que significa que en este caso que el niño o niña tendrá 3 años hasta el día antes de cumplir cuatro. No se debe interpretar que el niño o niña dejará de gozar del beneficio el día que cumple los 3 años.</p> <p>Debido a que la primera infancia comprende hasta los 6 años 11 meses, parece que la cobertura de la ley es excesivamente limitada e insuficiente por lo que, siendo un derecho constitucional podría considerarse que su alcance es en extremo restringido y que no cumple el mandato de la Sala de lo Constitucional.² Los derechos constitucionales si bien no son absolutos su regulación no debe tender a obstaculizar su ejercicio o a limitar desproporcionadamente su alcance, éste debe ser razonable por lo que podría ser que en un análisis de cumplimiento de la sentencia este sea un aspecto que se considere que limita el derecho establecido en la Constitución de manera injustificada.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Quiénes deben cuidar a los niños y niñas y qué requisitos deben tener?	El mismo Art. 3 establece que los encargados de supervisar a los niños y niñas deberán ser profesionales en educación temprana, educación preescolar o educación infantil.	<p>Los requisitos o perfil específico se esperan venga contenido en el Reglamento que se emitirá para desarrollar la ley.</p> <p>Para tener una idea de lo que podría contemplar, puede tomarse en cuenta que el actual Reglamento de Programas de Atención de la Niñez y la Adolescencia, emitido por el CONNA³ (Art. 10) y que deben atender actualmente los centros de cuidado para acreditar sus programas, exige que el personal de atención, cuidado o que tenga contacto directo con niñas, niños y adolescentes, debe contar con idoneidad y aptitud, que posea la formación pertinente y necesaria para sus funciones, que cuente con las respectivas evaluaciones médicas, psicológicas y de conocimiento. Su experiencia previa debe ser verificada, así como que no haya sido sancionado por violaciones a derechos de niñas, niños o adolescentes.</p> <p>Un aspecto prioritario que establece el Reglamento aludido en el Art. 36 letra l) es la obligación de capacitar permanentemente al personal para desarrollar los distintos tipos de habilidades que se requiere para el trabajo con niños y niñas, en temas tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • de cuidado diario, • modelos de crianza, • buen trato, • disciplina positiva, • derechos de la niñez, • desarrollo y estimulación temprana, entre otros.
¿Qué rol desempeñarán estas personas?	Su trabajo implicará además del cuidado, la realización de actividades aptas para el desarrollo de las capacidades cognitivas, sociales, afectivas y psicomotrices de los niños y niñas.	<ul style="list-style-type: none"> • Planificar y desarrollar actividades educativas, recreativas, sociales y culturales con las niñas y niños • Fomentar la práctica de valores cívicos y morales • Proporcionar actividades de estimulación al desarrollo acorde a sus etapas y edades • En general, las actividades deben realizarse con enfoque lúdico creativo, basado en el juego y los lenguajes expresivos como ejes fundamentales para el aprendizaje de niños y niñas.

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
<p>Art. 4. ¿Quién tiene derecho a Salas Cunas y Lugares de Custodia?</p>	<p>Tienen derecho a gozar de la prestación de salas cunas y lugares de custodia, los trabajadores del sector público, la empresa privada, instituciones oficiales autónomas y las municipalidades</p> <p>Los trabajadores y trabajadoras que tengan hijos entre las edades comprendidas en la ley.</p>	<p>El reconocimiento explícito de las salas cunas y lugares de custodia como un derecho de los trabajadores y trabajadoras es uno de los aspectos más valiosos que aporta la Ley debido a que se constituye en una expresión y compromiso del Estado que impactará positivamente en su calidad de vida.</p> <p>Lo anterior significa que debe garantizarse la igualdad y no discriminación en el acceso a este derecho siempre que se encuentren en el presupuesto que la ley establece, es decir, que tengan hijos o hijas dentro de la edad que refiere la ley. La prestación del servicio no puede condicionarse a otros aspectos distintos a los que sean necesarios e indispensables para el funcionamiento del establecimiento respectivo, no puede vincularse con el desempeño del trabajador o trabajadora o al tipo de contrato, debe considerarse que si la ley no hace distinción alguna no puede hacerla el aplicador, en este caso el empleador.</p>
<p>Art. 5. ¿Quién es el obligado a garantizar el servicio de Salas Cunas y Lugares de Custodia?</p>	<p>Los patronos que cuenten con 100 o más trabajadores.</p>	<p>El aspecto central es la cantidad de trabajadores que laboran para un mismo empleador – patrono - indistintamente de si todos los trabajadores están ubicados en un mismo local o establecimiento. Este elemento deberá tomarse en cuenta al momento de elegir la modalidad a implementar para que sea la que más se adecúe a la manera en que está organizada la empresa.</p> <p>Los datos oficiales⁴ refieren que solo el 0.31% del total de empresas tienen más de 100 trabajadores, de un total de 161, 934 solo 494 pertenecen a la categoría de gran empresa. Ello significa en cuanto a cobertura de número de trabajadores, del total de 634,454 trabajadores que refiere dicho informe,⁵ 26% (164,514) corresponden a la gran empresa, 6% (40,551) a la mediana y entre la micro y pequeña empresa cubren al 68% (429,113), es decir, que la mayoría de trabajadores laboran para este sub sector empresarial. Al respecto, y en un posible seguimiento al cumplimiento de la Sentencia la Sala de lo Constitucional examinaría si la limitación en cuanto a cobertura del beneficio es razonable o no, tomando en cuenta las condiciones de la mediana, pequeña y micro empresa.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art.6. Modalidades para el cumplimiento del derecho a Salas Cunas.	<p>Se establecen 3 modalidades para el cumplimiento de este derecho:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Instalar y mantener una sala cuna propia en el lugar anexo e independiente al lugar de trabajo, pero dentro de la misma área geográfica 2. Instalar y mantener un centro común con otras empresas 3. A través de pago de salas cunas que presten el servicio de forma habitual y profesional 	<p>1. Sala cuna y lugar de custodia propia</p> <p>En el primer caso se trata de la posibilidad de que un empleador instale o habilite un espacio adecuado para que funcione la Sala cuna o lugar de custodia como lo denomina la ley. El propósito es que se trate de un lugar inmediato al lugar de trabajo, por eso la ley dice anexo e independiente del lugar de trabajo (áreas de trabajo), ya que debe estar en un lugar con condiciones apropiadas para los niños y niñas.</p> <p>El propósito de que sea un lugar inmediato al lugar de trabajo es para facilitar a los padres el poder dejarlos en dicho lugar sin incurrir en otros gastos de transporte o invertir más tiempo, el lugar debe estar inmediato para facilitar también a las madres lactantes el poder alimentar a sus hijos e hijas durante los períodos de tiempo que el empleador está obligado a proporcionar para ello y que ésta pueda dedicarlo a tal fin, de lo contrario tendría que concedérsele mayor tiempo para el traslado hasta el lugar donde se encuentra la sala cuna.</p> <p>2. Sala cuna y lugar de custodia común</p> <p>En el segundo caso, cobra sentido si las empresas están en un lugar cercano, contiguo o en una misma zona comercial, industrial (zona franca), de servicios, o en todo caso, en una misma zona geográfica, donde los trabajadores de distintas empresas pueden llevar a un mismo lugar también cercano o contiguo a su lugar de trabajo a sus hijos, y al mismo tiempo las madres lactantes puedan alimentarlos dentro de la jornada laboral en los tiempos destinados para ello.</p> <p>El propósito del legislador es facilitar a los empleadores para que entre varios puedan contribuir para asumir el costo y la administración de una sala cuna dada la proximidad física entre ellos. Una falencia de la ley es no especificar tal situación, lo cual puede traer en el futuro problemas de interpretación, pero el sentido natural indica que debería tratarse de empresas que se encuentran ubicadas en una misma zona o próximas.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
		<p>3. Servicio de sala cuna y lugar de custodia a través de terceros</p> <p>La tercera opción se refiere a que el empleador pueda brindar dicho servicio a través de un tercero bajo su costo, es decir los honorarios por el servicio serán a su cargo en su totalidad. Debe tratarse de entidades que prestan este tipo de servicios de manera habitual, profesional y debidamente acreditadas.</p> <p>Un elemento importante es que no debe entenderse que se refiere a que el patrono solo puede contratar un centro de cuidado o sala cuna, pueden ser varios, esto particularmente porque la idea es que sean de fácil acceso a los trabajadores y si el patrono solo elige uno que está ubicado en un lugar difícil de acceder o que implica costos en dinero y tiempo a los trabajadores, no sería viable y se pondría en entredicho el cumplimiento por parte del patrono, es decir, podía alegarse que no está dándole cumplimiento a la ley por elegir un lugar alejado del centro de trabajo.</p>
¿Quién determina cuál modalidad implementar?	La ley establece que será de exclusiva responsabilidad del empleador la o las modalidades por medio de las cuales dará cumplimiento a la ley.	Lo que el legislador ha pretendido es que el patrono tenga flexibilidad para elegir y no se le obligue a una determinada manera de hacerlo, ya que las circunstancias de las empresas o instituciones son variadas y la modalidad o modalidades debería ser aquella o aquellas que atiendan en mejor forma a las posibilidades de la empresa y a las necesidades de los trabajadores, de forma que se les facilite el acceso a dicha prestación, esto es lo que exige el principio de buena fe que debe regir en las relaciones laborales y es lo que presume el legislador en cuanto a que, el obligado a cumplir la ley realizará todos los esfuerzos necesarios para lograrlo, no para evadirla.
Qué pasa si el empleador no puede implementar ninguna modalidad, pero por causas que no le son imputables?	Si el empleador ha hecho todo lo posible por cumplir pero se dan situaciones extraordinarias que no le son imputables, es decir, que son su responsabilidad, por las que no puede implementar las modalidades que la ley establece, éste puede establecer otra modalidad de común acuerdo con el trabajador.	En este caso queda a la voluntad del patrono establecer de común acuerdo con el trabajador o trabajadora la forma en que se podría cumplir con la ley. Esto tiene fundamento en el hecho que las razones por las cuales el patrono no ha cumplido no le son reprochables o no son su responsabilidad, y ante eso se deja a su voluntad establecer con el trabajador una manera de hacerlo. La ley deja al libre arbitrio del patrono el buscar ese acuerdo con el trabajador no le obliga.

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
<p>Art. 7. ¿Qué condiciones deben reunir los establecimientos o espacios de cuidado?</p>	<p>Deben adoptarse medidas especiales de protección para garantizar cuidado en óptimas condiciones.</p> <p>Especifica que la infraestructura debe reunir condiciones básicas de acuerdo al tamaño y cantidad de niños y niñas que se alberguen, en cuanto a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Espacio • Salubridad • Control • Equipamiento 	<p>El ambiente físico de cuidado infantil, estructura, espacio de cuidado interno - por ejemplo, el área de cambio de pañales, mobiliario, áreas de juego, al igual que el espacio exterior - es determinante para contribuir al desarrollo de todas las áreas de las niñas y niños.</p> <p>Si bien el Reglamento que se emitirá deberá referir claramente este aspecto, debe considerarse que actualmente ya existe regulación al respecto:</p> <p>1. El acuerdo ejecutivo N° 15-788 del Ministerio de Educación,⁶ éste es el que actualmente establece las especificaciones sobre las condiciones que deben reunir las instalaciones de centros de cuidado de niños y niñas:</p> <p>Infraestructura: Planta baja: adecuada iluminación y ventilación natural o artificial, con rampas y pasamanos según normas técnicas de accesibilidad arquitectónica.</p> <p>Servicios básicos: Asegurar energía eléctrica y agua potable.</p> <p>El agua para el consumo de niñas y niños. Y de ser posible contar con una ducha.</p> <p>Servicios Sanitarios: Exclusivos, adecuados y adaptados a la edad de las niñas y niños (pediátricos) y accesibles.</p> <p>Como mínimo un servicio sanitario habilitado para el uso de 20 niños y niñas. Y de ser posible contar con una ducha.</p> <p>Áreas de atención: Espacios para el gateo, desarrollo de actividades de estimulación al desarrollo, descanso y juegos.</p> <p>Se establecerán las zonas de trabajo acorde a las edades de las niñas y niños inscritos en la sala cuna.</p> <p>Requisitos para Aulas: Acordes a la edad; ubicadas en planta baja y disponer de adecuada ventilación e iluminación natural o artificial; 1.75 metros cuadrados por niña y niño y en casos especiales podrán funcionar como aulas integradas (más de dos grupos etarios). Lactantes de: 4 meses a 1 año. Maternal de: 1 a 2 años y de 2 años a 3 años de edad.</p> <p>Multiusos para actividades (en caso que el espacio sea limitado). Por ejemplo: actividades de alimentación, descanso y otras.</p> <p>Mobiliario según las edades de las niñas y niños. Garantizar higiene y zonas seguras, protegidas y salubres para el gateo y desarrollo de las actividades.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art. 8. Beneficio de la prestación de las Salas Cunas y Lugares de Custodia (requisitos que deben cumplir los trabajadores)	Además del requisito de contar con hijos o hijas entre las edades comprendidas en la ley, los trabajadores deberán cumplir los requisitos que establezca la administración de cada establecimiento de Salas Cunas y Lugares de Custodia.	<p>Requisitos para Zona Verde: Amplia, o con una estancia que propicie la recreación y actividades lúdicas. En caso no contar, se sugiere se habilite un espacio para el desarrollo de actividades recreativas libres.</p> <p>2. El Reglamento de Programas de Atención de las Niñez y la Adolescencia, en el Art. 36 letra e) expresa que las instalaciones deben contar con materiales, mobiliario, juegos, espacios y entornos seguros y adecuados para el desarrollo de niñas y niños; acordes con su etapa evolutiva.</p> <p>Este artículo debe leerse en relación al art. 3 según el cual todos los trabajadores que cuenten con hijos entre las edades comprendidas en la ley tienen derecho a gozar de este beneficio indistintamente del tipo de contrato que tengan (permanente, temporal o eventual).</p> <p>En tal sentido, debe garantizarse la igualdad de trato y no discriminación,⁷ lo que implica que el goce de este derecho no puede vincularse a aspectos relacionados con el desempeño o comportamiento del trabajador o trabajadora u otros criterios, únicamente aquellos requisitos que por el propio funcionamiento de la sala cuna o centro de custodia sean necesarios y razonables. Debe tenerse especial cuidado para no limitar el acceso a este beneficio o hacer exclusiones de forma injustificada. Al ser un derecho no puede el empleador establecer criterios para su goce, no depende del arbitrio del mismo, sino que es su obligación, por lo que los requisitos de admisión deben ser los mínimos necesarios para garantizar el funcionamiento adecuado del establecimiento.</p> <p>Las niñas y niños en el rango de edad establecido por la ley cuyos padres laboren para las empresas obligadas, tienen derecho a acceder al servicio de sala cuna o lugar de custodia y se les garanticen condiciones de igualdad, calidad, calidez, seguridad y protección adecuadas, en el que se promuevan el ejercicio pleno de sus derechos.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art. 9. Instituciones Encargadas de Velar por el Buen Funcionamiento de las Salas cunas y Lugares de Custodia.	Las instituciones encargadas de velar por el buen funcionamiento de las Salas Cunas y Lugares de Custodia son el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA) y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA).	<p>Si bien parece un vacío el que la ley no diga claramente cuál institución acreditará el funcionamiento de las Salas Cunas y cuál hará la supervisión, hay que tomar en cuenta que actualmente y por mandato de ley, es el CONNA el que acredita y registra las entidades que atienden y brindan cuidado a niños y niñas por lo que es a esta a la que le corresponde autorizarlas y el ISNA es la que actualmente realiza la labor de supervisión de dichos centros.</p> <p>Asimismo, hay que considerar que el MINED⁸ también tiene un rol en este tema al ser la entidad que acredita los programas formales de educación de acuerdo a su ley y según el Acuerdo Ejecutivo No 15-1788 regula los requisitos que deben reunir todos los centros donde se imparta educación inicial.</p>
Art. 10. Prohibiciones	<p>No procederá otorgar ningún tipo de bonificación, compensación o reintegro económico, si existiendo convenio con un establecimiento, los trabajadores llevarán a los menores a un lugar distinto no autorizado por la empresa en la cual labora.</p> <p>No se otorgará compensación a los beneficiarios de esta prestación que decidan que el menor a su cargo, no asista a ningún establecimiento que preste los servicios de salas cunas y lugares de custodia.</p>	<p>Esta disposición es confusa y podría considerarse que se extralimita al prohibir al empleador reconocer de alguna manera al trabajador o trabajadores los gastos en que incurran para el cuidado de sus hijos cuando éstos no los lleven al establecimiento convenido o contratado para ello. Esto porque las razones por las cuales un trabajador o varios no utilicen los servicios del establecimiento designado por el empleador pueden ser justificadas en tal sentido podría ser razonable que no lo pueda utilizar, ya sea por la distancia, algún servicio especial que requiera el niño o niña, dificultad con el transporte, etc. Por lo que el empleador estaría en su derecho de compensar económicamente al trabajador o trabajadores si lo considerare razonable y procedente, inclusive podría considerarse su deber a fin de cumplir con el derecho que reconoce el Art. 42 de la Constitución a favor de los trabajadores. Esta disposición podría ser examinada por la Sala de lo Constitucional en un análisis del cumplimiento de la sentencia y considerarse como un exceso del legislador.</p> <p>Asimismo, no contempla la posibilidad de que haya un acuerdo distinto con los trabajadores a través del contrato colectivo en caso de existir, lo cual sería válido ya que el contrato prevalecería sobre la ley.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art. 11. Sanciones por incumplimiento por causa imputable al patrono	El incumplimiento por parte del patrono, será sancionado con multa de 5 a 8 salarios mínimos del sector comercio y servicio vigente por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.	<p>Significa que, si el patrono no toma las medidas necesarias, en forma diligente y oportuna para darle cumplimiento a la ley, será sancionado por la autoridad de trabajo bajo un procedimiento sancionatorio y luego de una diligencia de inspección que se puede realizar por denuncia o de oficio, es decir a iniciativa de la autoridad de trabajo.</p> <p>Sin embargo, si el patrono realiza diligentemente y en forma oportuna todos los esfuerzos necesarios y razonables para dar cumplimiento a la ley para facilitar el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores, y aun así por razones que no le son imputables esto no es posible, dándose retrasos en la obtención de la autorización de la instalación de la sala cuna y lugar de custodia, no será sujeto de sanciones pues podrá demostrar que dichos retrasos no fueron por su culpa.</p>
¿Quién asume el costo total del servicio de cuidado y supervisión de los niños y niñas?	En cualquiera de las modalidades el costo total se debe asumir por el patrono o patronos si es el caso.	Indistintamente de la modalidad que se elija, el trabajador no tiene que cubrir ningún costo.
Art. 12. Incentivos fiscales	Los costos en que incurra el patrono relacionados a las modalidades establecidas en el artículo 6, literales a) y b) de la presente ley, serán deducibles del impuesto sobre la renta, únicamente cuando se trate de los gastos generados a raíz de la construcción y equipamiento de las salas cunas y lugares de custodia.	<p>El incentivo es limitado a los gastos por la construcción y equipamiento del lugar o establecimiento cuando lo instale el empleador de forma individual o en forma conjunta con otros empleadores, no contempla los gastos en que incurra cuando contrate el servicio a través de un tercero, ni los gastos de funcionamiento.</p> <p>Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo establecido en el Art. 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta que incluye como deducibles las erogaciones por mantenimiento y operación de establecimiento similares o por erogaciones derivadas de cualquier prestación que otorgue en forma generalizada y gratuita a los trabajadores.</p> <p>En la práctica podría darse un problema de aplicación entre ambas normas y podría considerarse que por especialidad de esta ley y su regla de prevalencia que establece el Art.13, el incentivo únicamente es en los términos que ésta regula y no lo que contiene la Ley del Impuesto sobre la Renta. Se prevé un posible conflicto.</p>

PRINCIPALES ASPECTOS REGULADOS POR LA LEY

TÍTULO	DESCRIPCIÓN	COMENTARIOS
Art. 13 Especialidad de la Ley	Las disposiciones de la presente Ley son de carácter especial, por consiguiente, prevalecerán sobre cualquiera otra que las contrarie.	En general los derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral se encuentran en leyes de carácter general atendiendo al sector (público o privado), esta es una ley de carácter especial y por lo tanto regula un tema específico que prevalece sobre cualquier otra normativa que establezca algo distinto, salvo que exista un contrato colectivo que contenga mayores beneficios para los trabajadores pues en dicha situación lo que se aplicaría sería el contrato colectivo.
Art. 14 Reglamento	El Presidente de la República decretará el Reglamento de la presente Ley, para facilitar y asegurar la correcta y efectiva aplicación de la misma, en un plazo de ciento veinte días hábiles, contados a partir de la entrada en vigencia.	La ley concede un plazo de 120 días hábiles para que se emita el Reglamento correspondiente, eso implicaría un poco más de 5 meses. Dicho plazo retrasará la entrada en vigencia de la ley pues ésta no será exigible hasta que se emita el Reglamento respectivo que establezca el procedimiento para acreditación y funcionamiento de las Salas Cunas y Lugares de Custodia. El Reglamento deberá desarrollar el contenido de la ley y facilitar su implementación, lo que se espera es que esté en armonía con las reglamentaciones ya existentes en la materia y con las competencias institucionales que ya tienen reguladas el CONNA, el ISNA y el Ministerio de Educación.
Art. 15 Vigencia	El presente decreto entrará en vigencia veinticuatro meses después de su publicación en el Diario Oficial	El plazo para que entre en vigencia la ley es excesivo y podría vulnerar el mandato de la Sala de lo Constitucional que ordenó que en un período bastante corto se emitiera la ley, esto con el fin de que se facilite el ejercicio del derecho de forma pronta, tomando en cuenta que han pasado casi 35 años a la fecha de existir el mandato constitucional sin que se haga efectivo.

CONCLUSIONES

- I. La ley presenta vacíos e imprecisiones que requieren ser superadas previo a su entrada en vigencia a fin de delimitar de forma inequívoca sus alcances. En ese sentido, sería importante que la Asamblea Legislativa:
 - a. Aclare el rol de las instituciones que intervendrán en la acreditación y supervisión de los Centros de Cuidado Infantil, delimitando su competencia y cómo interactuarán con el Ministerio de Educación que actualmente ha emitido un acuerdo ejecutivo que está vigente y regula aspectos relacionados con los programas de atención a la primera infancia.
 - b. Elimine la prohibición contemplada en el Art.10 ya que interfiere en la libertad del empleador de apoyar o compensar al trabajador – si es su voluntad-, cuando éste por alguna razón no utilice el servicio de cuidado elegido por aquél;
 - c. Aclare lo relativo al incentivo fiscal regulado en el Art. 12 a fin de evitar un conflicto de aplicación e interpretación de normas tomando en cuenta que conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta específicamente el Art. 32^o puede considerarse incluidos como deducibles los costos de operación o en los que incurra para prestar el servicio de otra forma.
 - d. Establecer como condición para todas las modalidades, que debe tratarse de lugares aledaños y cercanos al lugar de trabajo o de residencia de los trabajadores, o fijar un límite de distancia máximo, de manera que sean de fácil acceso y que la ubicación del establecimiento no sea un obstáculo para hacer uso de dicha prestación.
- II. Sin embargo, si bien es importante hacer las modificaciones señaladas, su ausencia no puede considerarse un obstáculo insalvable, las obligaciones derivadas de la ley son incuestionables.
- III. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene facultades para determinar si sus decisiones han sido cumplidas o no por sus destinatarios (en este caso la Asamblea Legislativa), por lo que, de oficio o a petición de parte,¹⁰ podría hacer un seguimiento a la sentencia que dio pie a la ley en comento, y evaluar si la ley cumple con los parámetros dados por la misma en la sentencia en relación a aspectos tales como los siguientes:
 - a. Cobertura limitada tanto en lo relativo a la edad de las niñas(os) que podrán ser atendidos (hasta los 3 años) regulada en el Art.3, como respecto al número de trabajadoras(es) a partir de los cuales surge la obligación del empleador (a partir de 100 trabajadoras(es)) establecida en el Art.5. Tratándose de derechos constitucionales, las limitaciones o exclusiones solo son aceptables en la medida que sean las mínimas posibles y que estén debidamente justificadas.
 - b. Plazos. Considerando que ya existía un retraso de 35 años en dictar la ley (*desde 1983 fecha de vigencia de la Constitución*), y que la Sala le dio un plazo relativamente corto a la Asamblea Legislativa para emitirla (6 meses), dicho Tribunal podría estimar que el plazo para su entrada en vigencia (24 meses) y para emitir el reglamento (*120 días hábiles después de la entrada en vigencia*) anula o evade el mandato dado por ella y ordenar una enmienda al respecto.
 - c. Prohibición de compensación, Art. 10. La Sala podría considerarlo como un exceso del legislador que va contra la libertad del empleador de ofrecer a la trabajadora(or) una compensación u otra manera de apoyarle en los gastos en que incurra relacionados al cuidado cuando aquél no pueda hacer uso del establecimiento o servicio designado por el empleador.
 - d. Sanción por incumplimiento. El Art.11 regula como sanción una multa de cinco a ocho salarios mínimos. La Sala podría considerar que la sanción no es proporcional a la afectación que causaría el incumplimiento de un derecho de carácter constitucional y que por tanto no tiene carácter disuasivo y ejemplarizante.

RECOMENDACIONES

- I. En cumplimiento al deber de todo ciudadano de actuar de buena fe, los sujetos obligados por la ley deberían realizar sus mejores esfuerzos para cumplirla y garantizar que sea un real beneficio para las personas trabajadoras. En ese sentido, y tomando en cuenta la naturaleza protectora y los principios que informan el derecho laboral y derechos de la niñez, debe dársele a la ley la interpretación que resulte más favorable a los intereses de las personas trabajadoras y de la niñez, por lo que aquellas situaciones que no presenten suficiente claridad en su alcance no deberán entenderse de forma restrictiva sino expansiva, de forma que el alcance de la norma en cuanto a sus beneficios sea el más amplio posible.
- II. Considerando que el plazo para entrar en vigencia ya está en curso y tomando en cuenta que ya existe una reglamentación que rige en la actualidad a los centros de cuidado infantil la cual puede servir de orientación y referencia, las empresas podrían prepararse para la entrada en vigencia de la misma y dar pasos hacia la generación de las condiciones que les faciliten su implementación. En ese sentido sería importante realizar sondeos o diagnósticos, mediante mecanismos de consulta accesibles a las personas trabajadoras, de forma que puedan avanzar en la identificación de edades de las hijas(os) de éstos, la ubicación geográfica donde residen, facilidades del transporte, necesidades de cuidado o interés de utilizar los servicios de cuidado, entre otros. La información anterior sería de utilidad para ir identificando posibles costos, disponibilidad de espacios, servicios de cuidado externos, etc.
- III. De igual forma, tomando en cuenta que el tema de cuidado tiene a su base aspectos culturales y educativos entre otros, tanto las organizaciones de trabajadoras(es) - en caso que existan - como empresa, deberían coordinar acciones y promover actividades de información y sensibilización sobre la importancia del cuidado infantil y los beneficios de éste para el desarrollo de las niñas(os).
- IV. En general, si bien la ley establece que la modalidad a implementar la determina el empleador, debería privilegiarse el diálogo con las personas trabajadoras, el empleador debería identificar - en consulta con las personas trabajadoras o sus organizaciones en caso de que existan, mediante acuerdo o contrato colectivo en su caso - la o las modalidades que mejor se adapten a sus circunstancias y condiciones de manera que se brinde, de manera efectiva, una prestación que les ayude a las personas trabajadoras a conciliar su vida laboral con la vida familiar, y a sus hijos e hijas la posibilidad real de un desarrollo integral, lo cual se reflejará en un beneficio para las empresas con menor ausentismo y trabajadoras(es) satisfechas.

NOTAS

- ¹ Ley especial para la regulación e instalación de salas cunas para los hijos de los trabajadores (Decreto Legislativo Número 20. 19 de junio de 2018, publicado en el Diario Oficial No 112, de fecha 19 de junio de 2018, Tomo No 419, páginas 3-6)
<https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/B5F66818-6C3A-4F74-9CC5-57ADE2745E7E.pdf>
- ² Véase estadísticas sobre las necesidades por cuidado infantil por edad en Buscando soluciones a las necesidades de cuidado infantil de las trabajadoras(es) de la maquila en El Salvador (mayo 2018) por la Concertación por un Trabajo Digno para las Mujeres (CEDM) y la Red de Solidaridad de la Maquila (RSM) <http://www.maquilasolidarity.org/es/buscando-soluciones-cuidado-infantil-el-salvador> (p.7).
- ³ Reglamento de Programas de Atención de la Niñez y la Adolescencia, emitido por el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), mediante Acuerdo No 1, publicado en el Diario Oficial No 78, Tomo 415, de fecha 28 de abril de 2017 (páginas 115–173)
<https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2017/04-abril/28-04-2017.pdf>.
- ⁴ Dirección General de Estadísticas y Censos del Ministerio de Economía. DIGESTYC. Directorio de Unidades Económicas 2011-2012, resumen. Pág. 6. <http://www.digestyc.gob.sv/index.php/temas/ee/directorio-de-unidades-economicas.html>.
- ⁵ Dato corresponde al año 2011.
- ⁶ Acuerdo Ejecutivo No 15-1788 del Ministerio de Educación, Instructivo para la autorización y funcionamiento del Nivel de Educación Inicial en Instituciones Educativas Oficiales y Privadas, publicado en el Diario Oficial del 13 de enero de 2017, Tomo No 414, páginas: 39-46.
- ⁷ Art. 30 numeral 12^o) se prohíbe a los patronos: establecer cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de protección de la persona del trabajador.
- ⁸ Ministerio de Educación.
- ⁹ El Art. 32 numeral 1) de la Ley del Impuesto sobre la Renta dice: “ Son deducibles de la renta obtenida, las erogaciones efectuadas por el contribuyente con los fines siguientes: 1) Las erogaciones para la construcción, mantenimiento y operación de viviendas, escuelas, hospitales y servicios de asistencia médica y de promoción cultural, pensiones por retiro, seguros de salud y de vida y similares prestaciones que proporcione gratuitamente y en forma generalizada a sus trabajadores, para la superación cultural y bienestar material de éstos y de sus hijos, siempre que tales prestaciones se realicen en el territorio nacional; (...)”.
- ¹⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 94-2014, del veinticuatro de abril de dos mil quince.

EL SALVADOR

Análisis legal: Nueva ley especial sobre el cuidado infantil en el lugar de trabajo



THE AMERICAS GROUP