



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
S/E (1030) 2020

DICTAMEN N°: 1884 / 014

ACTUACIÓN:
Fija doctrina.

MATERIA:
Derecho de sala cuna – Emergencia sanitaria COVID-19.

RESUMEN:

1. En el marco de la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, resulta exigible que el empleador cumpla con su obligación de proveer el derecho de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo.

2. 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, mantiene el derecho a que el empleador provea de la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas referidas en el presente 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.

ANTECEDENTES.

- 1) Instrucciones de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales, de 09 de junio de 2020.
- 2) Correo electrónico de Alejandra Sandoval, Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso, de 29 de mayo de 2020.
- 3) Correo electrónico de Saúl Arredondo, Inspección Provincial del Trabajo de Valparaíso, de 28 de mayo de 2020.

FUENTES:

Artículos 203 y 152quáter G y sgtes. del Código del Trabajo

SANTIAGO, 11 JUN 2020

**DE: CAMILA JORDÁN LAPOSTOL
DIRECTORA DEL TRABAJO (S)**

**A: CRISTIÁN CHAHUÁN CHAMY
DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO
V REGIÓN
VALPARAÍSO.**

Mediante presentación de Ant. 3), se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección respecto a la procedencia del derecho de sala cuna en la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo y, en dicho caso, si resulta factible que, en el marco de la presente emergencia sanitaria, este derecho se cumpla a través del pago de un bono compensatorio por tal concepto en atención al riesgo existente en materia de salud y la circunstancia que las salas cunas han cerrado a causa de dicha contingencia.

En este sentido, en la presentación se expone el caso de una trabajadora que desde el inicio de la emergencia sanitaria modificó su contrato y se encuentra prestando servicios bajo la modalidad de teletrabajo, sin embargo, a consecuencia de encontrarse cerrada la sala cuna y con el objetivo de cumplir los servicios contratados, ha debido recurrir a un tercero para el cuidado de su hijo.

Considerando lo anterior, necesario resulta detenernos inicialmente en la plena vigencia del derecho de sala cuna bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, de forma de poder referirnos posteriormente al ejercicio de este derecho en el marco de la presente emergencia sanitaria.

I. Trabajo a distancia y teletrabajo y derecho a sala cuna.

Debemos advertir que conforme a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 152 quáter G del Código del Trabajo, las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del Capítulo IX del Libro I del Código del Trabajo, lo que en ningún caso podría implicar un menoscabo de los derechos que este Código reconoce al trabajador, en especial, en su remuneración.

La disposición referida establece en su inciso final que los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas con la regulación específica en materia de trabajo a distancia y teletrabajo.

La doctrina de este Servicio, contenida en Dictamen Ord. N°1389/7 de 08 de abril de 2020, a propósito de la disposición referida, ha advertido que esta viene a reforzar la normativa contenida en el artículo 5, inciso 2° del mismo Código del Trabajo, conforme al cual los derechos laborales son irrenunciables para las partes mientras subsista el contrato de trabajo.

De esta forma, resulta necesario detenernos en lo consagrado en el inciso 1° del artículo 203 del Código del Trabajo que establece:

Artículo 203. 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.

Al respecto, debemos destacar que el ejercicio del derecho de sala cuna no resulta incompatible con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, considerando que la naturaleza de esta forma de prestación de servicios no afecta en modo alguno el ejercicio y el fundamento del derecho en análisis, el que descansa en tres aspectos trascendentales.

En efecto, se advierte de la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N°4951/78 de 10 de diciembre de 2014, que el artículo 203 del Código del Trabajo debe interpretarse en un sentido finalista que asegure la debida protección del hijo menor de dos años, que concilie o haga compatible el trabajo con la vida familiar y personal y que permita a la madre trabajadora desarrollar su capacidad de tal.

En este sentido, estas finalidades resultan ser vinculantes para el Estado considerando los tratados internacionales suscritos por nuestro país y que se encuentran vigentes, especialmente en lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño que, en su artículo 3, obliga al Estado, en su conjunto, a tener una consideración primordial del interés superior del niño, es decir, adoptarlo como mandato principal o primero.

Asimismo, la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, tal como da cuenta su artículo 11, obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, debiendo destacar que el derecho de sala cuna es una medida que permite a la madre trabajadora desarrollar su capacidad de tal.

II. Ejercicio del derecho de sala cuna y emergencia sanitaria COVID-19.

En conformidad a lo dispuesto en los incisos 1º, 3º y 5º del artículo 203 del Código del Trabajo y según lo ha señalado la jurisprudencia reiterada y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes Ns°5952/374, de 09 de diciembre de 1999; N°2233/129 de 15 de julio de 2002 y N°59/2 de 07 de enero de 2010, la obligación de disponer de salas cunas puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes alternativas:

- a) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo.
- b) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de empresas que se encuentran en la misma área geográfica y,
- c) Pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve sus hijos menores de dos años, el que debe ser elegido de entre aquellos que cuentan con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Ahora bien, considerando lo anterior debemos destacar que la doctrina de esta Dirección ha puntualizado, entre otros, en Dictamen N°0546/34 de 02 de febrero de 2004, que el empleador en ningún caso se encuentra liberado de otorgar el beneficio en comento, sino que atendido que tiene la opción de escoger, cuando las circunstancias lo permiten, la manera de dar cumplimiento a su obligación, si una de esas modalidades se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otra de ellas, persistiendo, por tanto, la obligación de entregar el beneficio en la forma que resulte factible.

Relevante resulta destacar, a propósito de la consulta formulada, que este Servicio mediante Dictámenes N° 8365/252 de 17 de noviembre de 1987 y N° 1399/76, de 8 de mayo de 2002, ha advertido que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación en análisis mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora, cantidad supuestamente equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención de un menor en una sala cuna, toda vez que siendo éste un derecho irrenunciable no puede ser desistido por la trabajadora ni ser cambiado por otro.

Sin perjuicio de lo anterior, necesario es dar cuenta que esta Dirección ha emitido pronunciamientos que autorizan, en determinados casos, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o condiciones laborales de la madre, teniendo presente para ello diversos factores, entre ellos como ocurre, a vía de ejemplo, con aquellas que laboran en lugares en que no existen servicios de sala cuna autorizados por la Junta Nacional de Jardines Infantiles - Junji-; en faenas mineras ubicadas en zonas alejadas de centros urbanos, quienes durante la duración de éstas viven separadas de sus hijos, en los campamentos habilitados por la empresa para tales efectos, y/o en turnos nocturnos. Se ha considerado, asimismo, dentro de las circunstancias excepcionales que permiten el pacto de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, los problemas de salud que afecten a los menores, hijos de las beneficiarias, que les impide su asistencia a tales establecimientos.

Si bien se advierte en la doctrina referida que esta habilitación descansa en los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación insertos en el derecho moderno, no es menos cierto 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.

En este sentido, resulta pertinente destacar que en Dictamen N°6758/86 de 14 de diciembre de 2015, este Servicio ha autorizado que las partes acuerden la entrega de un bono compensatorio del beneficio, cuando las condiciones de salud del menor, acreditadas con certificado médico, expedido por un facultativo competente, impiden su asistencia a sala cuna. Tal circunstancia, haría imposible que el empleador pueda cumplir con la obligación del derecho de sala cuna utilizando alguna de las tres alternativas indicadas en el presente informe, lo cual en ningún caso puede implicar la renuncia de la trabajadora al beneficio en comento.

Dicho lo anterior, debemos precisar que en el marco de la presente emergencia sanitaria COVID-19, mediante Resolución Exenta N°322, de 28 de abril de 2020, del Ministerio de Salud, se dispuso la suspensión de clases en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios que establezca el Ministerio de Educación, hasta que las condiciones sanitarias permitan el levantamiento de esta medida.

Ahora bien, tratándose de niños o niñas menores de dos años, a juicio de la suscrita, se torna materialmente inviable cumplir de manera remota, las actividades propias de los establecimientos de sala cuna debiendo destacar que aun en caso de ser ello posible, su sola ocurrencia impediría cumplir las finalidades del derecho en análisis. En efecto la permanencia de los menores en sus hogares haría igualmente necesario disponer de una persona que asuma su cuidado, con el consiguiente gasto adicional que implica la contratación de un tercero para ello o impedirá a la madre trabajadora prestar debidamente los servicios convenidos en caso de asumir personalmente dicho cuidado lo que, además, podrá derivar en un riesgo para los citados menores.

Considerando este último aspecto, necesario resulta precisar que la Resolución Exenta N°322 del Ministerio de Salud, de 28 de abril de 2020, en el marco de la presente emergencia sanitaria, es un antecedente inequívoco respecto a la imposibilidad de cumplimiento del derecho de sala cuna en las tres alternativas indicadas en el presente informe, aspecto que se debe sumar a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país producto de la emergencia sanitaria y que son por todos conocidas.

No obstante, debemos reafirmar que manteniéndose la prestación de servicios por parte de la madre trabajadora que tiene a su cargo un niño o niña menor de dos años, conforme a la doctrina de este Servicio corresponderá igualmente que el empleador provea el servicio de sala cuna con el objetivo de resguardar, por un lado, el debido cuidado del menor y, por otro, garantizar que la madre trabajadora pueda desarrollar sus capacidades como tal.

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 encargar el 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.

Finalmente, lo expuesto no obsta a que este Servicio en uso de sus facultades fiscalizadoras proteja el correcto otorgamiento a las trabajadoras del beneficio de sala cuna, o del bono que lo compense en su caso, cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 208 del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted:

1. En el marco de la prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, resulta exigible que el empleador cumpla con su obligación de proveer el derecho de sala cuna establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo.
2. La madre trabajadora que se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria, mantiene el derecho a que el empleador provea de la respectiva sala cuna, lo que, no siendo posible de cumplir bajo las alternativas referidas en el presente 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.

Saluda atentamente a Ud.,



Camila Jordán Lapostol
CAMILA JORDÁN LAPOSTOL
DIRECTORA DEL TRABAJO (S)



SMS

SMS/LBP/FNR

Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Sr. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo