

KRF



DEPARTAMENTO JURÍDICO
 UNIDAD DE DICTÁMENES E
 INFORMES EN DERECHO
 K 4151 (1004) 2017

Jurídico



ORD.: 2909

MAT.: 1) No corresponde, en el caso particular, el pago de un bono que sustituya el beneficio de sala cuna, sin perjuicio de lo cual, el empleador deberá restituir las sumas que la trabajadora haya tenido que pagar para proveer un establecimiento de educación parvularia a su hija, hasta el momento en que la empresa dio efectivo cumplimiento a su obligación de otorgar sala cuna.

2) Desde la emisión del Dictamen N° 2.495/67, de 07.06.2017, la trabajadora tiene derecho a que se le amplíe la hora de que dispone para dar alimentos a su hija menor de dos años por el tiempo necesario para el traslado de ida y vuelta.

ANT.: 1) Acta de comparecencia de 05.06.2017, de doña Silvana Rosso Galleguillos, en representación de Komatsu Cummins Chile Ltda.

2) Ordinario N° 747, de 24.05.2017, de la Inspectora Comunal del Trabajo Norte-Chacabuco.

3) Ordinario N° 674, de 11.05.2017, de la Inspectora Comunal del Trabajo Norte-Chacabuco.

SANTIAGO,

30 JUN 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : INSPECTORA COMUNAL DEL TRABAJO NORTE-CHACABUCO

Mediante Ordinario del antecedente 3), Ud. ha remitido el informe de la fiscalización N° 1323.2017.1023, realizada en la empresa Komatsu Cummins Chile Limitada, para su evaluación, mejor resolver y posterior pronunciamiento acerca de si corresponde, en el caso particular, pagar un bono por los montos que implique la sala cuna, y si se debe ampliar el derecho establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo, a los tiempos de traslado de la madre de ida y vuelta para dar alimento a sus hijos.

Como cuestión previa, es necesario anotar, que la fiscalización que motiva esta consulta se originó en una denuncia interpuesta por el Sindicato de Empresa Komatsu Cummins Chile Limitada, en la que sostienen que la empresa no

estaría pagando la sala cuna a la que asiste la hija de la trabajadora, señora Daniela Da Costa, ni reconociendo el derecho a la ampliación del tiempo de alimentación de la hija menor de dos años, durante el lapso que toma el trayecto entre la sala cuna y el lugar donde se prestan los servicios.

1. Precisado lo anterior, y en lo relativo a un bono por el monto pagado por concepto de sala cuna, cumple indicar que según las declaraciones de la trabajadora que consigna el Informe de Exposición N° 1323.2017.1023, de fecha 27.04.2017, su hija concurre desde el mes de abril al establecimiento de educación preescolar que indica, habiendo remitido a la jefa del área de beneficios de la empresa las boletas correspondientes a la matrícula y mensualidad del jardín infantil. Agrega que la elección de la sala cuna se debe a que, a diferencia de los establecimientos con rol del Ministerio de Educación, esta sala cuna le permite llevar alimentos preparados en su hogar para la menor, debido a que su hija ha presentado, desde los dos meses de vida, hemorragias digestivas bajas, secundarias a colitis alérgica, lo cual está debidamente certificado por un gastroenterólogo infantil.

De acuerdo con el certificado médico de fecha 25.04.2017 que consta en el expediente de fiscalización, y que se ha tenido a la vista, la paciente *"puede continuar asistiendo en forma regular sala cuna, a la que concurre. Debe recibir comidas enviadas solo desde el domicilio de la menor"*.

La representante del empleador, por su parte, expone que el procedimiento interno de la empresa consiste en que cada trabajadora que goza del beneficio de sala cuna debe presentar tres cotizaciones de establecimientos con autorización del Ministerio de Educación, de las cuales el empleador elige una. Agrega que, en el caso de la trabajadora individualizada, ella habría elegido un establecimiento que no cuenta con la autorización requerida, *"por tanto, la empresa estaría en incumplimiento de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo"*.

Finalmente, acerca de este punto, cabe hacer presente que, mediante acta de comparecencia del antecedente 1), el empleador acompañó una carta dirigida a la trabajadora por la cual designa la sala cuna Vitamina, ubicada en calle Ernesto Gaymer N° 0201, de la comuna de Quilicura, para que asista la hija de la señora Da Costa, la cual cuenta con las autorizaciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 203 del Código del Trabajo y, a su vez, admite que los padres lleven desde sus casas los alimentos que consideren más adecuados para los menores.

Sobre esta materia, es dable señalar que el derecho a sala cuna está consignado en el artículo 203 del Código del Trabajo, que 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."

"En los períodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades u otras entidades públicas o privadas."

"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.

"El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador.

"Lo anterior se aplicará, además, si la madre fallece, salvo que el padre haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial".

Como es posible advertir, de conformidad con lo dispuesto en los incisos 1º, 3º y 5º del artículo 203 del Código del Trabajo, la obligación de disponer de sala cuna puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes alternativas: creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo; construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica; o pagando directamente los gastos de la sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

Adicionalmente, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en Ordinario Nº 5.555, de 15.11.2016, ha señalado que *"el derecho a sala cuna puede compensarse con el otorgamiento de 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".*

En el caso particular, de los antecedentes que se han tenido a la vista, consta que si bien la hija de la trabajadora padece de ciertas condiciones de salud debidamente certificadas por un especialista, ellas no le impiden asistir a la sala cuna, sino que sólo exigen que ingiera comida preparada en su domicilio.

Como es posible advertir, la situación descrita no responde a ninguna de las hipótesis en las que, taxativamente, esta Dirección del Trabajo ha autorizado que el beneficio de sala cuna sea sustituido por un bono compensatorio y, por consiguiente, no procede el pago de un bono compensatorio en el caso en análisis.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con lo señalado por la representante de la empresa fiscalizada, el empleador ha optado por otorgar el beneficio de sala cuna a sus trabajadoras mediante el pago al establecimiento al que asisten los hijos de sus dependientes. Esta modalidad, a su vez, impone al empleador la obligación de designar dicho establecimiento, entre aquellos que cuenten con la autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Ministerio de Educación -de acuerdo con el inciso sexto de la norma citada-, lo cual no fue cumplido por la empresa sino hasta el día 18 de mayo del año en curso, mediante la comunicación dirigida a la trabajadora ya aludida.

De ello se infiere que el empleador no dio cumplimiento a su obligación de otorgar el derecho a sala cuna a la señora Da Costa sino hasta la fecha recién anotada, pese a que la empresa estaba en conocimiento de que la trabajadora se reincorporaría a sus labores el 3 de abril del presente año, según dan cuenta los antecedentes adjuntados durante el proceso de fiscalización.

En razón de lo anterior, es necesario determinar a quién corresponde, en definitiva, soportar el gasto que significó la sala cuna de la hija de la señora Da Costa por el período que media entre su reincorporación al trabajo y la época en que el empleador otorgó efectivamente el beneficio de sala cuna.

Al efecto, la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha sostenido, en el Dictamen Nº 2.613/198, de 27.06.2000, que del análisis conjunto de los incisos primero y quinto del artículo 203 del Código del Trabajo es posible inferir que el gasto de mantenimiento de la sala cuna de la empresa, o la manera alternativa de cumplir

dicha obligación, mediante el pago al establecimiento al cual la trabajadora lleve a su hijo menor de dos años, es de cargo únicamente del empleador. Agrega el pronunciamiento que si de acuerdo a la ley es el empleador el que debe soportar el costo de mantenimiento o pago de la sala cuna, *"corresponde concluir que en ningún caso tal costo podría trasladarse y hacerlo recaer sobre la trabajadora, aún cuando se trate de aquellos lapsos durante los cuales no lleve al menor a tal establecimiento por impedimentos tales como enfermedad, si la ley no hace excepción alguna al respecto, y con mayor razón, si ello ocurre por causas ajenas a su voluntad ..."*.

En consecuencia, aplicando dicho criterio doctrinario al caso en estudio, cumple indicar que era de cargo de la empresa fiscalizada solventar los gastos del beneficio de sala cuna desde el momento en que la madre se reincorporó a sus labores, sin que resulte jurídicamente procedente hacerlos recaer en la beneficiaria, razón por la cual corresponde que el empleador restituya las sumas que la trabajadora haya tenido que pagar para proveer un establecimiento de educación parvularia a su hija, y hasta el momento en que la empresa dio efectivo cumplimiento a su obligación de proveer sala cuna.

2. Con respecto a no ampliar el período de permiso ocupado para dar alimento a la hija menor de dos años en la sala cuna, al tiempo de ida y vuelta, el Informe de Exposición ya aludido indica que la trabajadora sostiene que, realizado el requerimiento de ampliación, la empresa redactó una solicitud de permiso especial sin goce de sueldo, durante dos horas diarias, con autorización de descuento de las remuneraciones por ese tiempo, el que se le exigió firmar. Dicho documento, que fue exhibido a la fiscalizadora y que se ha tenido a la vista consigna *"Firmo este documento bajo amenaza del área legal, de ser amonestada en caso de no firmar en el día de hoy, esta información fue entregada a mi jefatura directa, quien me la comunicó"*.

A su vez, el informe consigna que la representante de la empresa señala que *"se ha autorizado una hora para alimentar a la hija menor de dos años, indicando que no está establecido en la norma lo del tiempo destinado al trayecto; dado que la trabajadora estaría solicitando tres horas diarias para alimentación y desplazamiento"*.

Finalmente, cumple hacer presente, que de acuerdo con el Informe de Exposición, la señora Da Costa está haciendo uso de una hora para alimentar a su hija menor de dos años iniciando la jornada laboral media hora más tarde y concluyéndola media hora antes de lo establecido.

Sobre el particular, es dable informar que esta materia se encuentra regulada en el artículo 206 del Código del Trabajo, que dispone: *"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.

"Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203, el período de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus

hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.

“En caso que el padre y la madre sean trabajadores, ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión y cualquier modificación de la misma deberán ser comunicadas por escrito a ambos empleadores con a lo menos treinta días de anticipación, mediante instrumento firmado por el padre y la madre, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo.

“Con todo, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.

“Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la Ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en los incisos anteriores”.

Sobre la norma citada, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N° 1.024/021, de 17.02.2016, entre otros, sostuvo que, solo aquellas empresas que deben mantener sala cuna están obligadas a conceder la ampliación del permiso por el tiempo para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a sus hijos, de modo que solo pueden exigir dicho beneficio las madres trabajadoras que prestan servicios para tales empresas y en la medida que efectivamente lleven a sus hijos al establecimiento, pero no aquellas que los dejan en su hogar o en otro sitio.

No obstante lo anterior, dicho criterio doctrinario fue reconsiderado por el Dictamen N° 2.495/067, de 07.06.2017 -cuya copia se adjunta para su conocimiento-, considerando que el citado artículo 206 ha establecido en favor de la madre trabajadora el derecho irrenunciable a alimentar al hijo menor de dos años, sin distinguir si el menor asiste o no a la sala cuna, resultando igualmente innegable que del inciso quinto de la disposición aludida, surge un único requisito para generar los dos beneficios accesorios -ampliación del permiso y pasajes-, cual es, que se trate de una empresa que esté obligada a proveer el servicio de sala cuna a sus trabajadoras.

Agrega el pronunciamiento que, *“la creación por los dictámenes en cuestión de un requisito adicional para acceder a las prerrogativas consagradas en el artículo 206 inc.5° del estatuto laboral, como es requerir que la trabajadora haga uso de la sala cuna que otorga su empleador, implica no sólo imponer una exigencia que el legislador no contempla, sino también permite que se produzca un trato diferenciado e infundado entre las trabajadoras al momento de ejercer un mismo derecho, todo lo cual pugna con las bases del ordenamiento jurídico”.*

Concluye que es parecer de esta Dirección que los derechos a la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años, por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre, y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, *“le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo Código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de las cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio, salvo que se trate de aquellos casos en que dicho bono se ha establecido teniendo en cuenta condiciones de trabajo que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación en comento”.*

A este último pronunciamiento, le es aplicable el principio de la irretroactividad de los actos administrativos y, por consiguiente, solo puede disponer para el futuro, sin afectar situaciones pasadas. Ello, según sostiene la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N° 1.669/67, de 13.03.1995, se fundamenta en que *“las situaciones acaecidas con anterioridad a su vigencia se constituyeron válidamente bajo el imperio de una doctrina emanada del órgano administrativo competente; en otros términos, no resulta factible desconocer la validez de*

las actuaciones que terceros realizaron ajustándose a lo establecido por la doctrina reconsiderada, toda vez que ello pugnaría con el principio de la certeza que debe inspirar las actuaciones administrativas”.

En el caso concreto que se analiza, al momento de la fiscalización, la doctrina de esta Dirección que se encontraba vigente era aquella que exigía, para efectos de otorgar la ampliación del derecho de alimentación, tanto que la empresa estuviere obligada a otorgar el beneficio de sala cuna, como que la trabajadora estuviere llevando a su hijo al establecimiento designado por el empleador.

Como ya fue señalado, a dicha data la trabajadora no estaba haciendo uso del derecho a sala cuna en los términos previstos por el artículo 203, por lo que no cabe sino concluir, que no le asistía el derecho a la ampliación del derecho de alimentación de su hija menor de dos años.

No obstante lo anterior, desde la emisión del Dictamen N° 2.495/067, de 07.06.2017, la trabajadora tiene derecho a que se le amplíe la hora de que dispone para dar alimentos a su hija menor de dos años por el tiempo necesario para el traslado de ida y vuelta, haga o no uso, en definitiva, de la sala cuna que le designó su empleador por carta de fecha 18 de mayo del presente año.

En consecuencia, de acuerdo con las disposiciones legales y la jurisprudencia citada, es posible concluir que:

1. No corresponde en el caso particular el pago de un bono que sustituya el beneficio de sala cuna, sin perjuicio de lo cual, el empleador deberá restituir las sumas que la trabajadora haya tenido que pagar para proveer un establecimiento de educación parvularia a su hija, hasta el momento en que la empresa dio efectivo cumplimiento a su obligación de proveer sala cuna.

2. Desde la emisión del Dictamen N° 2.495/67, de 07.06.2017, la trabajadora tiene derecho a que se le amplíe la hora de que dispone para dar alimentos a su hija menor de dos años por el tiempo necesario para el traslado de ida y vuelta, haga o no uso, en definitiva, de la sala cuna designada por el empleador.

Saluda a Ud.,



JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




KR
JEP/KRF

Distribución:

- Georgeanne Barcelo Vial, Komatsu Cummins Chile Ltda. (Av. Américo Vespucio N° 0631, Quilicura)
- Jurídico
- Partes
- Control