



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales
E. 159827 (1307) 2021

Jurídico

2483

ORD. N°: _____

MAT.: Sala cuna. Trabajadores extranjeros. Empresa de Servicios Transitorios. Empresa Usuaria.

ANT.: 1) Instrucciones Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales, de 26.10.2021.

2) Presentación de los Srs. Sergio Herrera y Raúl Valverde, en representación, según indican, de la empresa Kalle Chile S.A., de 21.09.2021.

SANTIAGO, 02 NOV 2021

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SR. SERGIO HERRERA
SR. RAÚL VALVERDE
EMPRESA KALLE CHILE S.A.
AV. VILLARRICA N°322, MÓDULO B-13
COMUNA DE QUILICURA
SANTIAGO
raul.valverde@kalle.cl**

Mediante documento del ANT.2), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección consultando, en primer término, "...el alcance del beneficio de Sala Cuna, ..." en cuanto a si se debe incluir o no, en el número de trabajadoras de la empresa, el "*personal femenino*" suministrado por una Empresa de Servicios Transitorios (EST) contratado por aquella, en determinados períodos.

Agrega el recurrente que su empresa contrata directamente a 73 trabajadores, 13 de las cuales son mujeres. No obstante, la EST, quien le presta servicios, suministra 9 dependientes.

Además, consulta si para el "*cómputo de los trabajadores extranjeros*", al tenor de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo, debe considerar aquellos dependientes suministrados por la Empresa de Servicios Transitorios.

Señalado lo anterior, sobre el particular, cumplo en informar a Ud. lo siguiente:

De 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 dictamen N° 0059/002 de 07.01.2010, la obligación de disponer de salas cunas puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes alternativas:

1) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo;

2) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de empresas que se encuentren en la misma área geográfica y,

3) Pagando directamente los gastos de la sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

De esta manera, por una parte, es el empleador el responsable por mandato legal de proporcionar el aludido derecho a sus trabajadoras; y por otra, el derecho a sala cuna es de carácter irrenunciable, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales, por aplicación del inciso 2º del artículo 5 del Código del Trabajo, por cuanto el bien jurídico contemplado en la preceptiva en análisis es la integridad física y psíquica del menor, de modo que su objeto es velar por la debida protección y seguridad de aquel, procurando un adecuado desarrollo, y constituyendo el anotado artículo 203 del Código del Trabajo una disposición integrante del sistema de seguridad social.

Por su parte, las normas del Código del Trabajo que regulan el trabajo transitorio no disponen una excepción y/o limitación al derecho de sala cuna para las trabajadoras que cumplen tales servicios, por lo que cabe concluir que las trabajadoras contratadas para servicios transitorios gozan plenamente del referido derecho, en la medida que se den las condiciones a que se refiere el artículo 203 del Código del Trabajo.

En efecto, el artículo 183-F del Código del Trabajo dispone:

“a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaría: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concorra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º”.

A su turno, los incisos 1 y 2 del artículo 183-R prescriben: *“El contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido.*

El contrato de trabajo de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito y contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 de este Código”.

Precisado lo anterior, a través del Dictamen N°4052/63 de 13.10.2010, este Servicio indicó que *“De las normas legales transcritas sobre trabajo transitorio, se desprende que el empleador del trabajador(a) transitorio(a) es la EST, constituyendo así una excepción al concepto general de empleador de que da cuenta el artículo 3 a) del Código del Trabajo, en tanto se reconoce como empleador no a quien utiliza (directamente) los servicios del trabajador, sino a quien formalmente y de acuerdo a lo dispuesto por la ley, contrata sus servicios para ponerlos a disposición de un tercero, cual es la empresa usuaria.*

De esta manera, aparece que es la Empresa de Servicios Transitorios la obligada a brindar el derecho de sala cuna, en la medida que se verifiquen los requisitos dispuestos en el artículo 203 del Código del Trabajo”.

Agrega dicho pronunciamiento jurídico *“La conclusión anterior se ve respaldada, por lo demás, por la historia fidedigna de la Ley N°20.123 que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. En efecto, según se dio cuenta en el Primer Informe de la Comisión Trabajo, durante el Primer Trámite Constitucional en el Senado, los H. Senadores Parra y Ruiz De Giorgio presentaron una indicación, para incorporar al proyecto el siguiente artículo 3°, nuevo:*

“Artículo 3°.- Agrégase en el inciso primero del artículo 203 del Código del Trabajo, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración final:

“También corresponderá esta obligación a la empresa usuaria que haya contratado la puesta a disposición de trabajadoras de servicios temporarios, cuando sumadas las trabajadoras de su dependencia a aquéllas se alcance dicha cantidad de trabajadoras.”

Acto seguido, el entonces Subsecretario del Trabajo sostuvo que “la indicación no va en la línea de la actual normativa sobre estas materias, ya que propone imponer la obligación de otorgar el beneficio de sala cuna a la usuaria, que no es el empleador de las trabajadoras de servicios temporarios.”

A partir de lo anterior, el “Honorable Senador señor Ruiz De Giorgio estimó atendible lo expuesto por el representante del Ejecutivo y precisó que, en consecuencia, será la empresa de servicios temporarios la que tendrá que asumir la obligación en cuestión en relación con sus trabajadoras, en tanto se den los supuestos legales del caso.”

Finalmente, y a partir de tales consideraciones, los Honorables Senadores señores Parra y Ruiz De Giorgio retiraron su indicación, ratificándose, así, la tesis según la cual quien debe asumir la obligación de proporcionar el beneficio de sala cuna es la Empresa de Servicios Transitorios.

En consecuencia, a su primera consulta, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que las trabajadoras contratadas para prestar servicios transitorios gozan plenamente del derecho a sala cuna, siendo la Empresa de Servicios Transitorios, como empleadora, la obligada a brindar ese derecho, en la medida que se verifiquen los requisitos dispuestos en el artículo 203 del Código del Trabajo.

En ese sentido, para la empresa usuaria, no existe obligación legal de considerar en el número de trabajadoras contratadas por aquella, la cantidad de trabajadoras puestas a disposición por la EST, para alcanzar el número de dependientes previstas en dicha normativa y así, otorgar el beneficio de sala cuna.

A su vez, en lo que respecta a su segunda consulta, el artículo 19 del Código del Trabajo, prescribe:

"El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.

Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores".

Luego, el artículo 20 del cuerpo legal citado, dispone que para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que, en el numeral 1, expresa:

"1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;"

Además, a partir del número 2 de dicho articulado, se establece una serie de excepciones a la regla del artículo 19, en atención a los vínculos de parentesco de los trabajadores, el tiempo de residencia en el territorio nacional y, la naturaleza de las funciones o del mercado laboral.

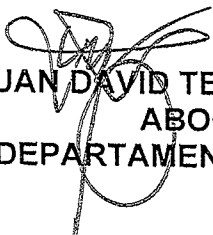
Así, del tenor literal de las normas legales transcritas se colige, que la obligación porcentual establecida en la norma citada, como regla general, se encuentra referida a quien participa como empleador dentro del territorio nacional.


Luego, como ya se ha advertido, la figura de la cesión o suministro de personal a través de lo que el legislador laboral denomina empresas de servicios transitorios, determina el reconocimiento de este tipo de empresas como empleador con respecto a los trabajadores suministrados o cedidos, lo que implica responder legalmente de todas las obligaciones laborales y previsionales que correspondan.


En ese sentido, no resulta jurídicamente procedente sumar o agregar, a los trabajadores contratados por la empresa usuaria, los trabajadores puestos a disposición por la empresa de servicios transitorios, para efectos de determinar la base de cálculo indicada en el artículo 19 del Código del Trabajo, por tratarse como se ha expresado, de distintos empleadores.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud., al tenor de lo señalado de forma precedente.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL




DIP/AAV
Distribución
- Partes
- Control