Modifica el Código del Trabajo, en el sentido de resguardar el derecho a sala cuna de los menores no aceptados por los establecimientos designados por el empleador en conformidad a la ley

Boletín N°10760-13

Presidente
de la H. Cámara de
Diputados de la República

Honorable Cámara de Diputados, tengo el honor de someter a vuestra consideración el presente proyecto de ley, mediante el cual se busca velar por los derechos de los niños y niñas, que teniendo derecho a sala cuna o jardín infantil, no puede ejercerlos, debido a no ser admitidos por alguna causal.

Cuestión previa.

Resulta importante destacar que si bien es cierto, el derecho a la sala cuna se encuentra consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo, esto es dentro de las normas denominadas de protección a la maternidad, no quiere decir que busque la protección única y exclusivamente de la madre, sino al concepto “maternidad”, que es mucho más amplio e incluye al infante.

En este sentido es la forma en que debemos interpretar las normas allí contenidas, buscando dar una cobertura que favorezca la figura de la maternidad, amparando a la madre como tal, pero también, y principalmente a nuestro juicio, al hijo (en los casos que corresponda).

En materia de salas cunas el paso de una postura a otra ha sido clara. En efecto, y a modo de ejemplo, la Dirección del Trabajo ha variado su postura respecto el derecho a usar el beneficio de sala cuna cuándo la madre este en uso de licencia médica. En un principio la doctrina establecida por el Órgano fiscalizador era que el empleador no estaba obligado jurídicamente a pagar los gasto de sala

cuna durante el tiempo que la madre hacía uso de licencia médica[1].

El planteamiento anterior, vigente hasta diciembre de 2014, sufrió un afortunado giro en virtud del dictamen contenido en el Ord. Nº4951/078, el cual revoca expresamente los anteriores, y cualquier otra interpretación en el mismo sentido, señalando que la madre tiene derecho a cobrar la sala cuna aún cuándo se encuentre haciendo uso de licencia médica.

Dicho dictamen agrega, que la misma situación se salvaguardará, en el caso que la madre perciba un bono compensatorio de sala cuna.

Lo anterior, en una no muy buena y alegre redacción, recoge lo señalado por este proyecto. Que es poner en el centro de la protección, en este caso puntual, al menor. Esto, ya que de una u otra forma, se reconoce que independiente de si la madre está o no realizando sus labores, el menor tiene derecho a asistir a una sala cuna financiada.

De esto, solo podemos establecer una premisa, y esta es **"El niño o niña tiene derecho a sala cuna",** independiente de las circunstancias.

Establecido lo anterior, ahora desde allí debemos realizar las interpretaciones en esa materia, y proponer las modificaciones legislativas.

Proyecto

Cambio conceptual

Dado lo anteriormente analizado, resulta necesario cambiar la concepción respecto de los derechos consagrados en el Título II del Libro II del Código del Trabajo.

Los derechos en dicho cuerpo legal, si bien es cierto son en su mayoría orientados a la madre, de ahí su denominación actual, es un hecho que incluyen también a los lactantes o infantes.

[1] Dictámenes Nºs 2497/042 de 21.06.2011, 4502/197, de 14.08.1992 y 4618/53, de 02.12.2013

Restringir los derechos solo al ámbito de la maternidad puede resultar restrictivo en la interpretación de los derechos allí consagrados.

Derecho más beneficioso.

Nuestra legislación actualmente, y de manera lamentable, contempla el cuidado y crianza de los hijos, como un deber de las mujeres. Deber al cual el hombre en algunos casos colabora. No lo ve desde una visión de deber compartido, si no que de apoyo del hombre a la mujer.

Esta concepción ha llevado a que la norma relativa a las salas cunas se establezca solamente en relación a la cantidad de mujeres por establecimiento, sin considerar la fuerza laboral general, que perfectamente en estos tiempos pueden ser padres responsables y participativos de la crianza.

O puede darse el hecho que un padre tenga un beneficio a sala cuna más extenso o beneficioso que el de la madre.

Siendo el derecho a sala cuna, como lo señalamos anteriormente, un derecho del menor, la lógica indica que se pueda optar por el que más le convenga a este, en cobertura, extensión etc.

Recientemente se promulgó una norma que amplía la cobertura de sala cuna a los padres (funcionarios públicos) al existir cupo, si la madre (funcionaria pública) no puede acceder por no existir cupo.[2]

Esta norma, si bien es insuficiente, creemos va en la línea correcta.

Acceso restringido por salud.

Algunos casos, el acceso a sala cuna se encuentre vetado por tener el menor alguna patología de salud que hace que las salas cuna rechacen su

[2] *http://www.gob.cl/2016/01/15/nueva-ley-postnatal-y-derecho-a-sala-cuna-para-funcionarios-publicos/*

incorporación, fundado en el argumento de no contar con los requisitos mínimos para atender a dicho menor[3].

Enfermedades como Diabetes Tipo 1 ó 2, enfermedades metabólicas raras, o algunas neurológicas como asperger, epilepsia, entre otras, o las alergias alimentarias son una barrera de acceso para que estos niños puedan ejercer su derecho.

Por otro lado, siendo dentro de la obligación del empleador, lo señalado en el artículo 203, un derecho el designar determinada sala cuna para cumplir su obligación, no resulta factible recurrir a otra distinta. En el caso que el menor no sea admitido por una causal de salud, la madre no puede optar por otra. Así lo podemos desprender de lo señalado por la Dirección del Trabajo: "*Ahora bien, si la trabajadora no lleva a su hijo a la sala cuna designada por el empleador no existirá para éste obligación alguna de pagar el costo de aquella donde la madre trabajadora lleve a su hijo, así como tampoco el costo que implique para la dependiente mantener a su hijo en su propio hogar."*[4]

Este razonamiento se contrapone con lo señalado por la misma Dirección respecto de si es posible excluir de esta obligación al empleador. A saber:

"El beneficio de sala cuna, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales son, por aplicación del inciso 2 º del artículo 5º del Código del Trabajo, de carácter irrenunciable, por lo que no resulta jurídicamente procedente que la Dirección del Trabajo exima a un empleador de cumplir con la obligación que le impone el artículo 203 del mismo cuerpo legal. Es del caso señalar que el empleador, en ningún caso se encuentra liberado de otorgar el beneficio de sala cuna, sino que atendido que tiene la

[3] Recordemos que no han sido muchos los años desde que en virtud de una ley de integración se forzó el acceso a clases de niños con capacidades diferentes.

[4] *http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60074.html*

opción de escoger la modalidad para cumplir su obligación, si una de esas modalidades se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otra, persistiendo, por tanto, la obligación de otorgar el beneficio precisamente en la forma que resulte factible. Así lo ha establecido la Dirección del Trabajo en dictamen O546/034, de 02.02.2004."[5]

En este orden de ideas, ¿cómo enfrentamos esta problemática?

¿A la sola buena intención del empleador? Creemos que no, que no es factible.

El derecho del trabajo es un derecho que nace, y sustenta, en la crisis. Es un derecho que a diferencia del Civil por ejemplo, no se parte de una situación de igualdad entre las partes. Esto se refleja en el hecho de poseer normas de carácter proteccionista e irrenunciable. Así lo señala expresamente el inciso segundo del artículo 5º de dicho cuerpo legal *"…Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo"…*

Por ende, ¿si la sala cuna designada por el empleador no reúne las condiciones necesarias para recibir a un menor con algún tipo de enfermedad, ese menor –a través de su madre – queda imposibilitado de ejercer su derecho? Creemos firmemente que la respuesta es no.

Por otro lado, si el derecho nace de la obligación del empleador de construir, o habilitar, mantener una sala cuna, o pagando el valor, no se ve un mayor costo para este si se entrega el monto a la madre, o quien tenga el cuidado personal del menor, equivalente al valor en caso que este no

[5] *http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60080.html*

pueda acceder a alguna de dichas salas cunas por motivos de la salud.

Lo anterior, entendiendo que lo planteado es una situación excepcional, por lo cual, en la interpretación extensiva de derechos, que a nuestro juicio debe apuntar esta rama del ordenamiento, debe evitarse toda interpretación restrictiva, y mejor aún si se plasma en una modificación legal

Proyecto de ley.

Artículo 1º: Modifíquese el Titulo II del Libro II del Código del Trabajo, agregando después de "MATERNIDAD", la frase "Y DEL NIÑO O NIÑA"

Artículo 2º: Modifíquese el inciso 5º del artículo 203 del Código del Trabajo, en el sentido de agregar antes del punto a parte la frase "o haciéndole entrega del monto a esta en caso que el menor no pueda ser admitido en dicho establecimiento por motivos de salud o de cualquier otra índole, en la forma que el reglamento señale."

Artículo 3º: Agréguese un inciso final al artículo 203 del Código del Trabajo del siguiente tenor:

"Los derechos consagrados en este artículo podrán ser ejercidos por el padre o la madre, a decisión de esta, o quien tenga el cuidado personal del menor, si hubiere diferencia en ellos, optando por el más beneficioso".

Dra. Karla Rubilar Barahona
Diputada de la República

KRB/RMH