**Boletín Nº 12.624-13**

**Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Muñoz, Allende, Goic y Órdenes, y señor Latorre, que garantiza la extensión horaria y el pago de locomoción a las trabajadoras que ejerzan el derecho a alimentar a su hijo aunque el menor permanezca en el domicilio familiar.**

**Vistos:**

Lo dispuesto en los artículos 1°, 19°, y 63° de la Constitución Política de la República, en el Código del Trabajo y en la Ley 20.166.

**Considerando:**

1.- Que nuestra legislación ha reconocido el derecho a la protección de la maternidad y al cuidado y protección de los menores, como asimismo a su educación temprana, a través de diversas normativas.

Una de ellas es el artículo 203 del Código del Trabajo que establece la obligación de contar con sala cuna, del siguiente modo:

"Art. 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.

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 nidos 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.

INCISO SUPRIMIDO

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."

2.- Que, asimismo, la legislación ha buscado proteger el derecho a amamantar, como una práctica valiosa desde diversas perspectivas.

Al respecto, la ley 20.166 buscó desligar claramente este derecho del de sala cuna explicitando en los artículos 203 y 206 del Código del Trabajo que el derecho a dar alimento a los hijos era aplicable aún en ausencia de sala cuna.

3.- Que, sin perjuicio de esa aclaración, la jurisprudencia administrativa ha oscilado en otras cuestiones, particularmente respecto de la procedencia de sumar al tiempo otorgado para amamantar el utilizado para los trayectos y el pago de los gastos de locomoción correspondientes.

En esta materia, el ORD 0059/002 de 2010, concluye, en lo pertinente, lo siguiente:

"3) El artículo 206 del Código del Trabajo ha hecho extensivo el derecho de dar alimento allí consagrado a todas las trabajadoras que tengan hijos menores de dos años, aun cuando no gocen del derecho a sala cuna o dejen a sus hijos en su hogar o en otro sitio, sin perjuicio de que los beneficios previstos en el inciso final de la citada norma, para aquellas madres trabajadoras que laboran en empresas obligadas a tener sala cuna, rigen sólo cuando éstas hacen uso de la respectiva sala cuna que le proporciona la

empresa empleadora, en cualquiera de las tres modalidades que señala el artículo 203 del mismo cuerpo legal"

Vale decir, se sostiene que los derechos adicionales señalados, esto es extensión horaria y locomoción, sólo se devengan cuando las trabajadoras hacen uso de la sala cuna, en cualquiera de las modalidades previstas por el artículo 203 y, por el contrario, no les asistirían esos derechos si no utilizan dicho recinto.

Posteriormente, el ORD 2495/067 de 2017, reexamina esa doctrina, llegando a una conclusión contraria, como se desprende de la siguiente fundamentación:

"Al respecto, cabe señalar que el acuerdo de las partes en orden a sustituir el beneficio de sala cuna por el pago de un bono compensatorio para el caso del menor que no puede asistir a tal establecimiento, da lugar a una forma extraordinaria de cumplimiento por equivalencia de la obligación de otorgar el servicio de sala cuna, no pudiendo entenderse que, por tener que acceder a esta modalidad, la trabajadora deba ver disminuidos los derechos que le corresponden en materia de protección a la maternidad.

En este entendido, tratándose de la madre trabajadora que está recibiendo este bono compensatorio y que mantiene a su hijo menor de dos años bajo el cuidado de una tercera persona en el hogar o en otro lugar, el derecho de alimentación no puede sufrir afectación alguna, desde que éste es amplio e irrenunciable conforme al texto expreso del artículo 206 del Código del Trabajo, lo que se extiende, por lógica, a sus beneficios accesorios como son la ampliación del lapso de permiso por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el derecho al pago del valor de los pasajes por el respectivo transporte.

La conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de aquellos casos concretos en que, por motivos especiales y calificados, la Dirección del Trabajo ha emitido pronunciamiento declarando la procedencia de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna atendidas las particulares condiciones en que la madre trabajadora presta los servicios, mismas que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación del menor, como sería la situación de las dependientes que se desempeñan en faenas mineras ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, las cuales durante la duración de éstas, viven separadas de sus hijos en los campamentos habilitados por la empresa, realidad reconocida desde antaño por esta Dirección, por ejemplo en Ord. N°3717, de 2002.

En consecuencia, conforme a las consideraciones expuestas, normas legales citadas y a la facultad deber que el ordenamiento jurídico concede al suscrito para controlar la juridicidad de los actos administrativos de su competencia, cumplo con informar a Ud., en relación a vuestra solicitud, que es parecer de esta Dirección que los derechos contemplados en el artículo 206 inc. 5° del Código del Trabajo, a saber, 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."

Dispone, por tanto, que el cumplimiento alternativo de la obligación de sala cuna debe extenderse a todos los beneficios accesorios, sin importar si se hace uso efectivo de la sala cuna proporcionada por el empleador.

Por último, en fecha reciente, el ORD 1086/011, ha vuelto a considerar dicha interpretación, señalando:

"Ahora bien, en la hipótesis fáctica que se plantea, si la madre trabajadora ejerce el derecho de alimentación en su domicilio, dado que allí se encuentra el menor de dos años, y ha convenido con su empleador que dicho derecho será ejercido anticipando el término o postergando el inicio de la jornada, el mayor gasto y esfuerzo en que incurre dicha trabajadora para dar alimentos al menor se disipa si éste se encuentra en su propio hogar, siendo razonable que su empleador prescindo de pagar el valor del pasaje que la trabajadora emplea con motivo del traslado, dado que ese gasto se confunde con aquel en que incurre habitualmente la trabajadora en razón de su contrato de trabajo. Idéntica situación ocurre respecto del tiempo utilizado para transportarse desde el lugar de trabajo al hogar, y viceversa, el cual, por confundirse con la obligación de asistencia a las dependencias de la empresa, tampoco corresponde que se considere como tiempo trabajado. Lo anterior es distinto al tiempo efectivamente empleado en ejercer el derecho de alimentos, el cual, por estricto mandato legal del artículo 206 inciso tercero del Código del Trabajo, debe de considerarse trabajado para todos los efectos legales.

En tales circunstancias preciso es convenir que aquella trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de su jornada en una o media hora, no tiene derecho a acceder a los derechos que consagra el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, esto es, el pago del valor de los pasajes y la ampliación del lapso de permiso."

Se regresa, entonces, a la tesis inicial, esto es que no asiste el derecho a extender el período de amamantamiento y al pago de la locomoción.

Se argumenta que ello carecería de causa, en tanto al postergar el ingreso de la jornada el tiempo de locomoción y su costo se confunden con aquél que regularmente realiza la trabajadora para desplazarse a sus labores.

4.- Que la incertidumbre en la interpretación respecto de la pertinencia de este derecho no resulta coherente con la relevancia que el Estado le ha dado.

Más aún no resulta razonable que tras haberse reconocido a través de la resolución administrativa, ello se reinterprete de un modo que restringe los derechos, en lugar de expandirlos.

5.- Que, en este sentido, creemos necesario modificar el Código del Trabajo clarificando que la obligación de complementar el período de amamantamiento con el tiempo de traslado y el financiamiento de dicha locomoción asisten a la trabajadora independientemente de si existe o no la sala cuna e incluso si existiendo, la trabajadora ha optado porque el menor permanezca en su domicilio u otro lugar y acordado el ingreso tardío a la jornada.

Por lo anterior, los senadores que suscriben vienen en presentar el siguiente:

**PROYECTO DE LEY**

Artículo único.- Incorpórese, en el inciso quinto del artículo 206 del Código del Trabajo, a continuación de la coma que sucede al guarismo 203, la frase: "sea que la trabajadora haga o no uso de ello y cualquiera sea la forma acordada para el cumplimiento de la obligación señalada en el artículo 206,".