Boletín Nº 12.098-13

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Goic y Muñoz, y señor Letelier, que modifica el Código del Trabajo en materia de salas cunas en caso de enfermedad del menor.

FUNDAMENTOS

Como ha quedado en evidencia en un reciente caso de connotación pública, en materia de salas cunas laborales existe un problema cuya solución no se ha previsto adecuadamente por la legislación, referido a la dificultad que enfrentan las trabajadoras y los trabajadores titulares de este derecho en el caso que su hijo menor de dos años se encuentre enfermo y que, por tal condición de salud, no sean recibidos en la sala cuna a la que habitualmente lo llevan. Esto significa que, en la práctica, la trabajadora o el trabajador, careciendo de una justificación legal para ausentarse de sus labores por dicha razón, deben buscar alternativas para, simultáneamente, cumplir sus obligaciones laborales y procurar el cuidado de sus hijos. Hemos podido apreciar que cuando ellas o ellos carecen de redes de apoyo, la solución puede ser altamente insatisfactoria, tanto desde la perspectiva del cuidado del menor, como de las condiciones en que deben laborar las madres o padres trabajadores.

Esta problemática, ante la ausencia de una regulación legal, ha sido abordada por algunos empleadores mediante acuerdos individuales o colectivos con los trabajadores de su dependencia. Igualmente, tratándose de funcionarios públicos, se han explorado algunas alternativas que permitan enfrentarla. Sobre unas y otras, respectivamente, han existido pronunciamientos de la Dirección del Trabajo y de la Contraloría General de la República. Debe anotarse que estas soluciones son parciales, en tanto permiten resolver la situación solamente de algunas trabajadoras

o de algunos trabajadores, y, además, pueden implicar costos económicos adicionales para ellas y ellos.

La Dirección del Trabajo en el reciente dictamen Ord. N°4211, de 10 de agosto de 2018, ha recordado la doctrina institucional respecto de este problema y de las alternativas que se admiten para enfrentado. Se señala que la obligación del empleador en materia de salas cunas puede ser cumplida manteniendo una sala cuna anexa e independiente del lugar de trabajo, teniendo servicios comunes de sala cuna con otras empresas o pagando directamente los gastos de la sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, pero se precisa que "el empleador no puede dar por satisfecha la obligación prevista en el artículo 203 del Código del Trabajo mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora, cantidad supuestamente equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención del menor en una sala cuna, teniendo presente además, que se trata de un beneficio de carácter irrenunciable". No obstante, en el mismo dictamen se indica que el mencionado servicio "ha emitido pronunciamientos que autorizan, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o las condiciones de salud del menor que aconsejan no enviarlo a sala cuna, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, doctrina que se encuentra fundamentada en el interés superior de aquél y justifican por consiguiente, que en situaciones excepcionales, la madre trabajadora que labora en ciertas y determinadas condiciones pueda pactar con su empleador el otorgamiento de un bono compensatorio por un monto que resulte apropiado para financiar el servicio de sala cuna cuando ella no está haciendo uso del beneficio a través de una de las alternativas a que nos hemos referido precedentemente".

Por una parte, debemos advertir que la utilización de la alternativa admitida por la Dirección del Trabajo se ha condicionado por dicha entidad a la existencia de un

certificado médico que prescriba que la asistencia de un menor a establecimientos de sala cuna no resulta recomendable. Al respecto, resulta obvio que tal exigencia es muy difícil de cumplir, especialmente cuando los síntomas de la enfermedad se han manifestado con claridad en la víspera o en un tiempo muy próximo al inicio de la jornada de trabajo.

Por otra parte, es preciso aclarar que este bono compensatorio para el evento de que la trabajadora o el trabajador no puedan dejar a su hijo menor enfermo en la sala cuna no es una obligación que la ley imponga al empleador, por lo que para que se pueda acceder al mismo es necesario que ello se haya pactado previamente de manera individual o colectiva.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en dictamen N° 25.539, de 12 julio de 2017, ha expresado que, fuera de los casos especiales que regulan los artículos 199 y 199 bis del Código del Trabajo, "no resulta procedente, bajo ninguna circunstancia, que se autorice a la funcionaria madre de un hijo menor de dos años, a ausentarse de sus labores, gozando de remuneraciones, para cuidar al menor que, por motivos de salud, se encuentra impedido de asistir a la sala cuna que le provee el servicio, para dar cumplimiento a la obligación del empleador de proveer tal prestación". La única alternativa que se ha considerado por la Contraloría General de la República es la que reitera en el dictamen N° 6.381, de 2 de marzo 2018, al expresar que "en casos excepcionales, en los que por disposición médica un menor deba mantenerse en su hogar atendido la gravedad de su enfermedad, no existe impedimento para que una sala cuna que cuente con su autorización de funcionamiento preste el servicio de cuidado del niño o niña en su domicilio", aunque en tal hipótesis la repartición empleadora "no entregara una suma de dinero a la funcionaria, sino que pagará los gastos directamente al establecimiento, que preste el servicio en la vivienda de la interesada"[1], salvo que se acredite que en la

1

zona geográfica requerida no existe esta clase de sala cuna, en cuyo caso puede entregarse directamente a la funcionaria la suma de dinero para financiar esta prestación por niño[2].

Es posible señalar que la solución admitida por la Contraloría tiene una cobertura más extensa respecto de las funcionarias y los funcionarios, en tanto se admite que los organismos públicos paguen por el cuidado en casa de los menores enfermos que no pueden asistir a la sala cuna, sea directamente a esta, cuando la sala cuna brinde el cuidado en casa, sea a la trabajadora cuando no exista este tipo de sala cuna en la zona requerida. Sin embargo, es necesario advertir que tal solución podría implicar un costo para las funcionarias y los funcionarios, en tanto se hace recaer en su patrimonio la diferencia de valor que pudiera implicar el cuidado en la casa del menor.

Por la presente iniciativa se propone enfrentar el problema antes referido, mediante la introducción de un nuevo artículo en el Código del Trabajo, por el que se reconoce a la trabajadora o al trabajador como justificación de la inasistencia a sus labores el que su hijo menor de dos años no haya sido recibido en la sala cuna que le provee el empleador por encontrarse este enfermo.

Aunque el proyecto considera la referida justificación de la inasistencia a las labores, se establece que el tiempo no trabajado deberá ser restituido por la trabajadora o el trabajador. La forma en que se restituirá el tiempo no trabajado será

---

[21] Precisando la Contraloría que dicho pago es "con la restricción de que el pertinente desembolso no exceda el precio correspondiente al servicio ordinario de sala cuna, siendo en este caso, excepcionalmente, de cargo de la funcionaria la diferencia de valor".

[?] Ver dictamen de Contraloría General de la República N° 68.316, de 2016. En tal caso es de acuerdo a lo que su presupuesto institucional ha fijado para financiar esta prestación, "de modo que en el evento que los cuidados requeridos por el menor superen dicho monto, la diferencia será de cargo la funcionaria".

la que convengan libremente las partes, por ejemplo, mediante la realización de horas extraordinarias.

Para efectos de que la trabajadora o el trabajador puedan invocar esta justificación, se impone a la respectiva sala cuna el deber comunicarle por escrito la circunstancia de no poder recibir al hijo menor en razón de su estado de salud, junto con informar del mismo modo al empleador de aquello, durante la jornada a partir de la cual ella se produzca. Se le atribuye también a la sala cuna el deber informar al empleador, en su oportunidad, acerca del reintegro del menor a la sala cuna.

En consideración a lo precedentemente señalado, venimos en presentar el siguiente

PROYECTO DEL LEY

Artículo único. Agrégase el siguiente artículo 204, nuevo, al Código del Trabajo:

"Articulo 204. Si la sala cuna de la empresa o la que haya sido designada por el empleador en conformidad a lo prescrito en el artículo precedente, atendida la condición de salud del hijo menor de dos años, no pudiere recibirlo, se entenderá que la trabajadora o el trabajador puede ausentarse justificadamente de sus labores mientras subsista esta situación y tendrá derecho a percibir, a pesar de la ausencia, su remuneración íntegra. Con todo, el tiempo no trabajado deberá ser restituido a través de la forma que convengan libremente las partes.

La respectiva sala cuna deberá comunicar por escrito a la trabajadora o al trabajador y al empleador esta circunstancia, durante la jornada en que ella se

produzca. Igualmente, deberá informar al empleador, en su oportunidad, del reintegro del menor a la sala cuna.