



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E22815(834)2020

Jurídico

078

ORDINARIO: _____

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Sala cuna. Cuarentena. Emergencia sanitaria Covid 19.

RESUMEN:

En el caso de concurrir los supuestos contemplados en el artículo 203 del Código del Trabajo que obligan a otorgar sala cuna, para los efectos de la obligación de prestar servicios de la madre trabajadora de un menor de dos años, en el marco de la emergencia sanitaria producto del covid 19, cabe distinguir si se trata de una empresa que puede seguir funcionando o no. En el evento, que la empresa pueda seguir funcionando y lo haga con un sistema de teletrabajo o trabajo remoto corresponde aplicar la doctrina contenida en el dictamen N° 1884/14 de 11.06.2020, sin perjuicio de lo señalado respecto de las licencias preventivas de permiso post natal parental.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 30.12.2020, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Instrucciones de 28.08.2020 y 17.06.2020 de la Sra. Jefa del Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 3) Dictamen N° 1884/14 de 11.06.2020.
- 4) Correo electrónico de 27.04.2020.
- 5) Pase N° 412 de 17.04.2020 de la Sra. Jefa de Gabinete de la Sra. Directora del Trabajo.
- 6) Memorandum INPR2020-18399 de 13.04.2020 de la Gestión Ciudadana de la Presidencia de la República.
- 7) Correo electrónico de 03.04.2020 de doña Marlene Carolina Trecaquista Baeza.

SANTIAGO,

11 ENE 2021

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

A: SRA. MARLENE CAROLINA TRECAQUISTA BAEZA
mtrecaquistab@gmail.com
AV. JOSÉ PEDRO ALESSANDRI N° 605, DEPTO. 1905
ÑUÑO A

Mediante correo electrónico del antecedente 7), Ud. ha solicitado a la Presidencia de la República información sobre lo que sucede en el caso que no tenga con quién dejar a su hijo para su cuidado y deba reincorporarse prontamente a su trabajo debido al término de su post natal. Señala que vive en Ñuñoa, comuna que se encuentra actualmente en cuarentena y las salas cunas se encuentren cerradas.

A manera de orientación general, dado lo genérico de su solicitud, se puede informar a Ud. lo siguiente:

En primer lugar, cabe distinguir si presta Ud. servicios en una empresa que pueda seguir funcionando durante la cuarentena o no. Si la empresa para la que trabaja no puede seguir funcionando y además vive Ud. en una comuna que actualmente se encuentra en cuarentena está, por regla general, liberada de concurrir a trabajar.

Si por el contrario, presta Ud. servicios en una empresa que debe seguir funcionando durante la cuarentena, debe informar Ud. a su empleador de su pronta reincorporación quien le señalará la forma de cumplimiento de su obligación de otorgar sala cuna. Sobre este particular cabe señalar que, en el contexto de la situación de emergencia sanitaria por la que atraviesa el país, existen distintas alternativas que se pueden implementar, tales como acordar con su empleador trabajo remoto o teletrabajo, si fuere posible, feriado colectivo, anticipo de feriado, trabajo en turnos, entre otros, tal como señala el dictamen N° 1239/5, de 19.03.2020, pudiendo también aplicar la ley N° 21.227 sobre protección del empleo.

En efecto, según lo dispone el dictamen N° 1283/6, de 26.03.2020, en lo pertinente, la cuarentena al ser un acto de autoridad para responder a una situación de emergencia sanitaria y concurriendo los requisitos de la fuerza mayor exonera a las partes de las obligaciones recíprocas que les impone el contrato de trabajo, como lo es la de concurrir a prestar sus servicios, en el caso del trabajador.

Sin embargo, se excluyen de los efectos liberatorios del caso fortuito o fuerza mayor aquellas labores indispensables para el abastecimiento de las zonas en cuarentena o en cordón sanitario, según lo determine el Ministerio de Salud, en la medida que exista un salvoconducto o permiso que permita al trabajador ingresar a la zona y cumplir su jornada. De no existir salvoconducto o permiso nada obsta a que el trabajador acuerde con su empleador la prestación de sus servicios de manera remota, en la medida que ello sea posible.

Ahora bien, en el caso que eventualmente se estableciera un sistema de prestación de servicios mediante trabajo a distancia o teletrabajo esta Dirección ha señalado mediante dictamen N° 1884/14, de 11.06.2020, que el empleador igualmente debe cumplir con su obligación de proveer sala cuna a la trabajadora.

En efecto, de acuerdo a la reiterada doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N° 546/34, de 02.02.2004, en lo pertinente, se ha señalado que conforme

lo dispone el artículo 203 del Código del Trabajo es el empleador el que tiene la obligación de proporcionar la sala cuna y que este beneficio, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales son, por aplicación del inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo, de carácter irrenunciable.

Es del caso señalar que el empleador, si está obligado a otorgar el beneficio de sala cuna, es decir, si trabajan veinte o más mujeres en su empresa, en ningún caso se encuentra liberado de otorgar el servicio de sala cuna, sino que atendido que tiene la opción de escoger la modalidad para cumplir su obligación, si una de estas modalidades se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otra, persistiendo, por lo tanto, la obligación de otorgar el beneficio de la forma que resulte factible.

Esta obligación puede ser cumplida por el empleador a través de las siguientes alternativas:

- a) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo
- b) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de empresas que se encuentran en la misma área geográfica y,
- c) Pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, el que debe contar con la autorización pertinente.

Ahora bien, este Servicio mediante dictámenes N° 8365/252, de 17.11.1987 y N° 1399/76, de 08.05.2002, ha advertido que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación en análisis mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora, cantidad por los gastos que irrogaría la atención de un menor en sala cuna, toda vez que por ser un derecho irrenunciable no puede ser desistido o modificado por otro.

Sin perjuicio de lo anterior esta Dirección ha emitido pronunciamientos que autorizan, en determinados casos, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, atendidas las especiales características de la prestación de servicios o las condiciones laborales de la madre, tales como aquellas que laboran en lugares donde no existen servicios de sala cuna autorizados; en faenas mineras ubicadas en zonas alejadas de centros urbanos, quienes durante la duración de éstas viven separadas de sus hijos en los campamentos habilitados por la empresa para tales efectos; quienes trabajan en turnos nocturnos y en los casos de enfermedad de los menores que le impida su asistencia a tales establecimientos.

En este contexto, mediante Resolución Exenta N° 322, de 28.04.2020, del Ministerio de Salud, se dispuso la suspensión de clases en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios que establezca el Ministerio de Educación, hasta que las condiciones sanitarias permitan el levantamiento de esta medida.

Ahora bien, tratándose de menores de dos años, como en el caso en consulta, esta Dirección ha señalado, en lo pertinente al trabajo remoto o teletrabajo, mediante dictamen N° 1884/14, de 11.06.2020, que en caso que exista imposibilidad para el empleador de cumplir con su obligación legal de otorgar sala cuna según las reglas generales, las partes se encuentran habilitadas para acordar, en el marco de la presente emergencia sanitaria y mientras duren las limitaciones a este respecto, el pago de un bono compensatorio que permita a la madre trabajadora encargarse del cuidado del menor de 2 años a un tercero y poder prestar servicios de forma adecuada, debiendo destacar que el monto a pactar conforme a la doctrina de este Servicio, contenida en dictamen N° 6758/86, de 24.12.2015, debe ser equivalente a los gastos que irrogan tales establecimientos en la localidad de que


se trate, de manera que permitan financiar los cuidados del niño y velar por el resguardo de su salud integral.


Todo lo anterior es sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de este Servicio para verificar el adecuado cumplimiento del beneficio de que se trata.

Con todo, no obstante lo expresado, cabe señalar que de acuerdo a la ley 21.247, sobre licencias preventivas de permiso post natal parental, en el caso que la recurrente se encontrare en tal situación, dado que señala que prontamente debe reincorporarse a su trabajo al terminar su post natal, la referida ley le permitiría obtener licencia preventiva por 30 días, prorrogables, de recurrir al permiso post natal parental, con lo cual, de ser éste el caso, estaría Ud. liberada de prestar servicios mientras estuviere vigente dicha licencia.

En consecuencia, en mérito de las consideraciones antes señaladas, doctrina administrativa y disposición legal citadas, cumpla con informar a Ud. que, en el caso de concurrir los supuestos contemplados en el artículo 203 del Código del Trabajo que obligan a otorgar sala cuna, para los efectos de la obligación de prestar servicios de la madre trabajadora de un menor de dos años, en el marco de la emergencia sanitaria producto del covid 19, cabe distinguir si se trata de una empresa que puede seguir funcionando o no. En el evento que la empresa pueda seguir funcionando y lo haga con un sistema de teletrabajo o trabajo remoto corresponde aplicar la doctrina contenida en el dictamen N°1884/14 de 11.06.2020, sin perjuicio de lo señalado respecto de las licencias preventivas de permiso post natal parental.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/MSGC/msgc

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Directora