



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E33025(1176)2020

356

ORDINARIO _____

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Teletrabajo. Sala cuna. Emergencia sanitaria por Covid-19.

RESUMEN:

La posibilidad de que una trabajadora regida por el Código del Trabajo pueda prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo depende de las circunstancias expuestas en el presente oficio.

La madre trabajadora que preste servicios y se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria, mantiene el derecho a que el empleador provea la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas referidas en el presente informe, habilita a las partes para acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 29.12.2020 y 29.01.2021 de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Instrucciones de 18.08.2020 de Jefa Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 3) Ordinario N°711 de 30.06.2020 de la Sra. Jefa de Gabinete de la Sra. Directora del Trabajo.
- 4) Memorandum INPR2020-39787 de 25.06.2020 del Sr. Director de Gestión Ciudadana de la Presidencia de la República.
- 5) Presentación 15.06.2020 de doña Rosa Adriana Fuica Tordecilla.

SANTIAGO,

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: SRA. ROSA ADRIANA FUICA TORDECILLA

01 FEB 2021

Rosi.adri@hotmail.com
5 ORIENTE N° 2324
LOS ÁNGELES

Mediante presentación del antecedente 5), Ud. solicita un pronunciamiento referido a la posibilidad de obligar a su empleador para que Ud. pueda prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo atendida la circunstancia de ser madre trabajadora de una hija menor de dos años que sufre de alergia alimentaria severa y que las salas cunas se encuentran cerradas. Agrega que no ha recibido a este respecto apoyo de su empleador, todo lo cual le ha traído diversos inconvenientes.

Al respecto cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

Cabe tener presente que durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por Decreto N° 104, de 18.03.2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y prorrogado mediante Decreto Supremo N° 269, de 16.06.2020, Decreto N° 400, de 12.09.2020, y Decreto N° 646, de 12.12.2020, del mismo Ministerio, se han debido adoptar una serie de medidas para afrontar de mejor manera el problema sanitario por el que atraviesa el país.

En este contexto, en cuanto a su inquietud referida a la posibilidad de prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo, cabe señalar que respecto de los trabajadores del sector privado que están regidos por el Código del Trabajo, conforme a lo dispuesto por el inciso 1°, del artículo 152 quáter G, de este cuerpo legal, las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en un documento anexo del mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del Capítulo IX, del Libro I, del Código del Trabajo.

De acuerdo al inciso 3° de la norma anterior, de este cuerpo legal, incorporado por la Ley N° 21.220, se denomina teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante esos medios. Esta modalidad de trabajo requiere del acuerdo de las partes para poder implementarse.

De esta manera, los trabajadores del sector privado que se rigen por el Código del Trabajo podrían prestar funciones bajo la modalidad del teletrabajo, siempre que se cumplan determinados requisitos, siendo imprescindible que exista acuerdo entre las partes para poder implementar esta forma especial de prestación de servicios.

De esta manera, cabe tener presente que la posibilidad de adoptar como medida para enfrentar la emergencia sanitaria el teletrabajo, dependerá de la decisión que sobre este particular efectúe el respectivo empleador y siempre que se cuente, además con el acuerdo del trabajador. Sobre este particular, el empleador tendría que considerar si cuenta con la tecnología que permita esta forma de trabajo dado que el trabajador deberá realizar sus funciones a través de medios tecnológicos.

Por consiguiente, para poder establecer esta modalidad de trabajo no basta con que la trabajadora desee prestar servicios de esta manera, dado que el empleador debe tener en consideración diversos factores para poder implementarlo, como ya se señaló, tales como la existencia de una adecuada infraestructura, tecnología, condiciones técnicas que lo hagan posible y determinar si la actividad de que se trata puede realizarse de esta manera.

El empleador, quien define las funciones y tareas que eventualmente se pueden realizar mediante teletrabajo, debe calificar, además, si esta forma de trabajo permite el cumplimiento de las tareas específicas que una determinada trabajadora tiene asignadas. En otras palabras, en una misma empresa es factible que algunos trabajadores se desempeñen mediante teletrabajo y otros no dependiendo de las funciones que debe realizar.

En cuanto a su inquietud referida a la sala cuna, mediante dictamen N° 1884/14, de 11.06.2020, esta Dirección ha señalado que la madre trabajadora que presta servicios y se encuentra dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria causada por el covid-19, mantiene el derecho a que el empleador provea de la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas que se indican, habilita a las partes a acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

El artículo 152 quáter G ya citado establece que los trabajadores que presten servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas con la regulación específica en materia de trabajo a distancia y teletrabajo.

La doctrina de este Servicio, contenida en dictamen N° 1389/7, de 08.04.2020, a propósito de la disposición referida, ha advertido que esta viene a reforzar lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2° del Código del Trabajo, conforme al cual los derechos laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo.

El referido dictamen N° 1884/14, de 11.06.2020 ha señalado que el ejercicio del derecho a sala cuna consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo no resulta incompatible con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, de suerte tal que si Ud. pacta con su empleador esta modalidad de trabajo igualmente tendrá derecho a este beneficio.

Por otra parte, de conformidad a lo dispuesto en los incisos 1°, 3° y 5° del artículo 203 del Código del Trabajo y según lo señalado por la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N° 5952/374, de 09.12.99; N° 2233/129 de 15.07.02 y N° 59/2 de 07.01.2010, la obligación de disponer de salas cunas 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 ser elegido de entre aquellos que se encuentren debidamente autorizados por la autoridad respectiva.

Ahora bien, esta Dirección ha señalado, entre otros, mediante dictamen N° 546/34, de 02.02.2004, que el empleador en ningún caso se encuentra liberado de otorgar el beneficio en comento, sino que atendido que tiene la opción de escoger la manera de dar cumplimiento a tal obligación cuando las circunstancias lo permiten, si una de las modalidades se torna imposible, subsistirá la posibilidad de solucionarla de acuerdo a otra

de ellas, persistiendo por tanto la obligación de entregar el beneficio de la forma que resulte factible.

Por otra parte, este Servicio ha señalado mediante dictámenes N° 8365/252, de 17.11.1987 y N° 1399/76 de 08.05.02 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 supuestamente equivalente o compensatoria de los gastos que irrogaría la atención de un menor en una sala cuna, toda vez que siendo éste un derecho irrenunciable no puede ser desistido por la trabajadora ni ser cambiado 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 condiciones laborales de la madre, teniendo presente para ello diversos factores tales como trabajar en lugares en que no existen servicios de sala cuna autorizados por la Junji; 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 y/o en trabajos nocturnos. Se ha considerado, asimismo, dentro de las circunstancias excepcionales que permiten el pacto de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna, los problemas de salud que afecten a los menores, hijos de las beneficiarias, que les impide su asistencia a tales establecimientos.

Si bien esta doctrina descansa en los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación insertos en el derecho moderno, no es menos cierto que, como se señaló anteriormente, esta circunstancia responde también a las obligaciones que corresponde asumir al Estado conforme a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, los que importan adoptar medidas tendientes a resguardar el interés superior del niño y eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, siendo el derecho de sala cuna una medida que busca proteger el bienestar de los niños y niñas menores de dos años y resguardar la participación de la mujer en el ámbito laboral.

En este sentido, resulta pertinente destacar que en dictamen N° 6758/86, de 14.12.15, este Servicio ha autorizado que las partes acuerden la entrega de un bono compensatorio del beneficio, cuando las condiciones del menor, acreditadas con certificado médico, expedido por un facultativo competente, impidan su asistencia a sala cuna. Tal circunstancia haría imposible que el empleador pueda cumplir con la obligación del derecho de sala cuna utilizando alguna de las tres alternativas indicadas en el presente informe, lo cual en ningún caso puede implicar la renuncia de la trabajadora al beneficio en comento.

Ahora bien, en el marco de la presente emergencia sanitaria por Covid-19, 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.

Tratándose de menores de dos años se torna materialmente inviable cumplir de manera remota las actividades propias de los establecimientos de sala cuna. La permanencia de los menores en sus hogares haría igualmente necesario disponer de una persona que asuma su cuidado, con el consiguiente gasto adicional que implica la contratación de un tercero para ello o impedirá a la madre trabajadora prestar debidamente los servicios convenidos en caso de asumir personalmente dicho cuidado lo que, además, podrá derivar en un riesgo para los citados menores.

Considerando este último aspecto, necesario resulta precisar que la referida Resolución Exenta N° 322, del Ministerio de Salud, en el marco de la presente emergencia sanitaria, es un antecedente inequívoco respecto a la imposibilidad de cumplimiento del derecho de sala cuna en las tres alternativas indicadas en el presente informe, aspecto que se debe sumar a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país producto de la emergencia sanitaria y que son por todos conocidas.

No obstante, debemos reafirmar que manteniéndose la prestación de servicios por parte de la madre trabajadora que tiene a su cargo un menor de dos años, conforme a la doctrina de este Servicio, corresponderá igualmente que el empleador provea el servicio de sala cuna con el objetivo de resguardar, por un lado, el debido cuidado del menor y, por otro, garantizar que la madre trabajadora pueda desarrollar sus capacidades como tal.

En este sentido, en caso que exista imposibilidad para el empleador de cumplir con su obligación legal de otorgar sala cuna bajo las reglas generales, las partes se encuentran habilitadas para acordar, en el marco de la presente emergencia sanitaria y mientras duren las limitaciones al respecto, el pago de un bono compensatorio que permita a la madre trabajadora encargar el cuidado del menor de dos 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.

Finalmente, lo expuesto no obsta a que este Servicio en uso sus facultades fiscalizadoras proteja el correcto otorgamiento a las trabajadoras del beneficio de sala cuna, o del bono compensatorio del mismo, según sea el caso, cuyo incumplimiento es susceptible de ser sancionado conforme al artículo 208 del Código del Trabajo.

En consecuencia, en virtud de las consideraciones antes expuestas, disposiciones legales y doctrina citadas, cumplo con informar a Ud.:

1.- La posibilidad de que una trabajadora regida por el Código el Trabajo pueda prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo depende de las circunstancias expuestas en el presente oficio.

2.- La madre trabajadora que se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria, mantiene el derecho a que su empleador provea la respectiva sala cuna, lo que no siendo posible de cumplir bajo las alternativas referidas en el presente informe, habilita a las partes a acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

Saluda atentamente a Ud.,


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




LBP/MSGC/msgc
Distribución:

- Jurídico
- Partes

