



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K. 7038(1653) 2016

ORD.: 2495 , 067,

MAT. : Reconsidera doctrina sobre obligación del empleador de otorgar tiempo de traslado y pago de transporte a la trabajadora que debe ejercer el derecho de alimentación del menor de dos años.

RDIC. : 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.

ANT. : 1) Instrucciones de 27.12.2016 del Jefe del Departamento Jurídico.
2) Instrucciones de 08.11.2016 de Jefa U. Dictámenes.
3) Presentación de 04.07.2016 de doña Emilia Acuña Vásquez.

FUENTES: C. del Trabajo, arts. 203 y 206.

CONCORDANCIAS: Ord. 059/2 de 07.1.2010; Ord. 4135/88 de 08.10.2007.

SANTIAGO, 07 JUN 2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SRA. EMILIA ACUÑA VASQUEZ
AV. PADRE ALBERTO HURTADO 145, ESTACIÓN CENTRAL.

Mediante presentación del Ant.2) se solicita a esta Dirección la reconsideración de la doctrina contenida en el dictamen Ord. 059/2 de 07.01.2010 que absuelve consultas relativas al derecho a sala cuna y al permiso para dar alimento a los hijos menores de dos años que la ley otorga a las madres trabajadoras.

La solicitante cuestiona el citado pronunciamiento por cuanto ha venido en excluir del beneficio de la ampliación del tiempo por traslado a que alude el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo a las trabajadoras que mantienen a sus hijos menores de dos años en el hogar bajo el cuidado de una tercera persona.

Agrega que la finalidad que tiene el tiempo que contempla la ley para alimentar al menor y el respectivo lapso de traslado es permitir que madre e hijo estén el menor tiempo posible alejados el uno del otro, objetivo que el propio dictamen refiere.

Al respecto, cumplo con informar lo siguiente:

El Ord. 059/2 de 07.01.2010 de esta Dirección, sobre la materia que interesa, sostuvo que a las madres trabajadoras de empresas obligadas a mantener sala cuna y que dejan a sus hijos menores de dos años en dicho establecimiento y que, con el objeto de dar alimento a sus hijos, postergan o adelantan, en una o en media hora, el inicio o el término de su jornada de trabajo, les asiste el derecho a exigir la ampliación de dicho permiso de alimentación al tiempo necesario para el viaje de vuelta al lugar de trabajo desde la sala cuna, en el caso de que aquellas hayan optado por postergar el inicio de su jornada diaria, o del lugar de trabajo a la sala cuna, si han elegido adelantar el término de la misma para ejercer el derecho de que se trata, así como el pago por el empleador del valor de los pasajes por el transporte que deban emplear para tal efecto.

El mismo pronunciamiento, en cuanto a la forma de ejercer el derecho de alimentación respecto del menor de dos años que no asiste a la sala cuna, precisó que, en conformidad a lo previsto en el inciso 2º del artículo 206 del Código del Trabajo, el derecho puede ser ejercido en forma preferente en la sala cuna o en el lugar en que se encuentre el menor, concluyendo que gozan también de dicha prerrogativa aquellas trabajadoras que deciden dejar a sus hijos en su domicilio o en otro sitio.

Igualmente, merced a lo dispuesto en el inciso 4º del citado precepto, se concluyó que el derecho de dar alimento se extiende 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.

Ahora bien, respecto de la madre trabajadora que deja a su hijo menor de dos años en su domicilio, el dictamen en comento concluyó que no es procedente que se adicione a la hora o media hora de que dispone para dar alimento a su hijo, el tiempo del viaje de ida y vuelta, así como tampoco procede el pago por el empleador del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para tal efecto.

La conclusión precedente tiene su origen, según dice el propio pronunciamiento del 2010, en el dictamen 4135/088 de 08.10.2007, el cual, en lo que interesa, sostuvo:

"(...) estando obligadas a conceder la ampliación de este permiso y a pagar el valor de los pasajes de que se trata sólo aquellas empresas que deben mantener sala cuna, únicamente podría exigir ambos beneficios la madre trabajadora que presta servicios para una de tales empresas y en la medida que efectivamente lleve al hijo al establecimiento, pero no aquella que lo deja en su hogar o en otro sitio.

Lo expuesto anteriormente encuentra su fundamento en la circunstancia de que estos derechos estaban consagrados en iguales términos en el artículo 203, referido a salas cunas, el que fue modificado por el número 1 del artículo único de la Ley 20.166, publicada en el Diario Oficial del día 12 de febrero del presente año, eliminándose el inciso 7º que consagraba la ampliación del permiso y suprimiéndose del inciso 8º la frase referida al valor de los pasajes que debía utilizar la madre para ir a dar alimento a sus hijos, trasladando ambos beneficios al inciso final del artículo 206, en su nuevo texto, transcrito y comentado en párrafos que anteceden.

Ahora bien, atendido el hecho que los beneficios de que se trata cambiaron su ubicación en el Código, en una primera apreciación de esta modificación, ella podría ser interpretada en el sentido de que ambos derechos corresponderían a la madre independientemente de si la empresa está obligada o no a tener sala cuna, no obstante, el tenor literal de la norma en análisis permite sostener lo contrario, toda vez que al referirse a ellos los circunscribe

expresamente a aquellas "empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203", lo que permite afirmar, consecuentemente, que la intención del legislador ha sido siempre la de subordinar los mismos, tanto a que el empleador se encuentre obligado a mantener sala cuna, como a la circunstancia de que la madre trabajadora lleve a su hijo al antedicho establecimiento."

Precisado lo anterior, cabe señalar que esta Dirección se ha abocado al reestudio de los pronunciamientos antes reseñados, atendiendo, primero, los efectos prácticos que se producen con la aplicación del criterio administrativo en cuestión y cuyos alcances se desprenden de la presentación que nos convoca, y, segundo, el control de juridicidad que debe ejercer todo órgano público sobre sus propios actos, conforme al ordenamiento legal y constitucional vigente.

En esta revisión de la jurisprudencia administrativa necesario es atender al mandato del artículo 206 del Código del Trabajo, precepto modificado en virtud de las leyes N°s 20.166 de 12.02.2007 y 20.761 de 22.07.2014.

Dicho precepto dispone:

"Art. 206. Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.

b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.

c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203, el período de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso, el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre.

En caso que el padre y la madre sean trabajadores, ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión y cualquier modificación de la misma deberán ser comunicadas por escrito a ambos empleadores con a lo menos treinta días de anticipación, mediante instrumento firmado por el padre y la madre, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo.

Con todo, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.

Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en los incisos anteriores."

El examen de la norma transcrita, en lo que interesa, permite concluir, a estas alturas de modo indudable, que el derecho de las trabajadoras a dar alimentación a sus hijos menores de dos años está concebido de manera amplia por el legislador, pues favorece tanto a las trabajadoras que hacen uso del servicio de sala cuna que provee el empleador como a aquellas que dejan a sus hijos en un lugar distinto mientras trabajan, vgr., en su hogar, así como también rige para las trabajadoras cuyos empleadores no proveen de sala cuna por no estar obligados conforme al artículo 203 del Código del Trabajo.

Por lo tanto, como primer elemento de análisis, corresponde señalar que el legislador, al momento de otorgar el derecho al tiempo de alimentación, no formula distinción alguna entre las trabajadoras beneficiarias, al punto que deviene indiferente si la dependiente está o no haciendo uso de la sala cuna que provee la empresa; es más, tampoco es relevante para gozar del aludido derecho que el empleador no entregue el servicio de sala cuna.

Coincide con lo antedicho la propia jurisprudencia de este Servicio, en particular el Ord. 059/2 de 07.01.2010¹, que sostuvo lo siguiente:

"(...) el artículo 206 en comento ha hecho extensivo el derecho que antes estaba previsto sólo para aquellas madres que laboraban en empresas que se encontraban obligadas a tener sala cuna, a todas las trabajadoras que tengan hijos menores de dos años.

Tales circunstancias obligan a concluir que 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."

En este extremo merece tener presente que la Ley 20.166 del 2007, ya citada, vino a solucionar un problema de larga data, originado en una interpretación administrativa restrictiva del denominado derecho de amamantamiento, el cual se entendía aplicable sólo a las madres trabajadoras que laboraban para empleadores que les otorgaban el beneficio de sala cuna, privando a las demás, aun cuando tenían hijos menores de dos años.

Fue dicha preceptiva la que incorporó un nuevo texto para el artículo 206, mismo que ahora establece "el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna", quedando constancia del sentido y espíritu de la ley en la historia de su establecimiento, donde es posible leer que "la idea matriz o fundamental del proyecto es la de otorgar el derecho a dar alimentos a sus hijos a todas las trabajadoras sin distinción".

En efecto, del debate legislativo se obtienen consideraciones como las siguientes:

"Este derecho va complementado con otro que permite a la madre dar alimentos a sus hijos, para lo cual contarán -así lo establece el artículo 206 del Código del Trabajo con dos porciones de tiempo que en total no excedan de una hora al día. Este lapso puede ampliarse en el requerido para viajar de ida y vuelta en el caso de que los menores se encuentren en sala cuna fuera del lugar de trabajo, siendo de cargo del empleador el pago de los gastos de traslado.

Sin embargo, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, a través de los dictámenes N°s. 2.337, de junio de 1979; 4.004, de septiembre de 1980; 1.674, de marzo de 1986, y 7.489, de diciembre de 1992, ha determinado que el derecho a dar alimentos sólo corresponde a las trabajadoras de los establecimientos con obligación de mantener salas cuna, negándoles este beneficio a las mujeres que pertenecen a empresas con menos de veinte trabajadoras.

Dicha interpretación, a juicio de la Comisión, no se aviene con el espíritu general de la legislación, en especial con el de nuestra Carta Fundamental, pues este derecho ha sido establecido por el legislador con el claro propósito de proteger la vida y la salud del menor en edad de amamantamiento.

*En consecuencia, las madres que trabajan en lugares donde no existan salas cunas, poseen idéntico derecho, pues tienen la misma necesidad y sus hijos tienen el mismo valor frente a la ley. Por lo tanto, tienen el mismo derecho a ser alimentados del mismo modo y en las mismas condiciones que los menores de dos años de madres cuyos trabajos cuentan con salas cuna."*²

¹ En este particular el Ord. 059/02 cita como antecedente el Ord. 2248/47 de 19.06.2007.

² Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, H. Cámara de Diputados, Primer Trámite Constitucional, discusión en sala, Boletín N° 1.758-13-1. Disponible en www.bcn.cl

Siendo claro el alcance subjetivo del derecho de la madre trabajadora a dar alimentación al menor de dos años, corresponde precisar que del propio texto del artículo 206 (inc.5°) se colige que el permiso de marras tiene dos derechos accesorios, a saber, el derecho al 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.

Ambos derechos los consagra el legislador para materializar el derecho principal –dar alimento al menor- y tienen como expreso supuesto que la trabajadora labore en una empresa que esté obligada a mantener sala cuna.

En este tema, los citados Ords. 4135/088 de 19.08.2007 y 059/2 de 07.01.2010 han establecido que el derecho de la trabajadora a exigir al respectivo empleador la ampliación del permiso para dar alimento a su hijo menor de dos años por el tiempo necesario para trasladarse al lugar donde éste se encuentra, así como el pago del valor de los pasajes para el correspondiente transporte, rige en cualquiera de las tres modalidades contempladas en el inciso primero del artículo 206.

Sin embargo, esa misma doctrina ha concluido que los beneficios previstos en el inciso final del artículo 206 del Código del Trabajo –ampliación del tiempo por concepto de traslados y pasajes-, para las madres trabajadoras que laboran en empresas obligadas a tener sala cuna, **rigen sólo cuando ésta hace uso de la respectiva sala cuna que le proporciona la empresa empleadora**, quedando, en consecuencia, excluida del beneficio aquella dependiente que deja a su hijo en el hogar o en otro sitio.

Es esta exclusión contenida en la doctrina citada la que el suscrito estima necesario replantear por las razones que a continuación se indican.

Conforme al criterio contenido en los dictámenes en examen, los referidos beneficios de ampliación del tiempo de permiso y pago de pasajes que concede el legislador a la trabajadora para ejercer eficazmente el derecho de alimentación, sólo le corresponderían a aquella dependiente que hace uso de la sala cuna proporcionada por la empresa, lo que necesariamente implica negarlos a la trabajadora que no mantiene a su hijo en dicho establecimiento, no obstante tener ésta, por expreso mandato legal, el mismo derecho para alimentarlo.

En efecto, el artículo 206 ha establecido en favor de la madre trabajadora el derecho irrenunciable a alimentar al hijo menor de dos años sin distinguir si el menor asiste o no a la sala cuna, lo que deviene indiscutible a partir de la modificación dispuesta por la Ley 20.166 ya reseñada, resultando igualmente inconcuso que, del propio precepto (inciso 5°), surge un único requisito para generar los dos beneficios accesorios –ampliación del permiso y pasajes-, cual es, que se trate de una empresa que esté obligada a proveer el servicio de sala cuna a sus trabajadoras.

Así entonces, el legislador con esta disposición se ha encargado de establecer, primero, que el derecho de alimentar al hijo menor de dos años favorece a todas las madres trabajadoras, tengan o no derecho a sala cuna, o que usen o no la sala cuna dispuesta por la empleadora, y segundo, que los beneficios de ampliación del tiempo de permiso y pago de pasajes deben ser otorgados por aquellas empresas obligadas conforme al artículo 203 a proveer servicio de sala cuna, quedando solamente al margen de tales beneficios accesorios las dependientes que laboran en una empresa que no tiene dicha obligación legal.

En este sentido, la creación por los dictámenes en cuestión de un requisito adicional para acceder a las prerrogativas consagradas en el artículo 206 inc.5° del estatuto laboral, como es requerir que la trabajadora haga uso de la sala cuna que otorga su empleador, implica no sólo imponer una exigencia que el legislador no contempla, sino también permite que se produzca un trato diferenciado e infundado entre las trabajadoras al

momento de ejercer un mismo derecho, todo lo cual pugna con las bases del ordenamiento jurídico.

No puede el suscrito soslayar que, al operar la aludida restricción, se pone en situación de desventaja a la madre trabajadora que deja a su hijo en casa, porque, al darse una circunstancia lícita como es ejercer el derecho de alimentación en un lugar diverso a la sala cuna de la empresa, se le impide acceder a los beneficios ya señalados, mismos que el legislador ha buscado franquear a todas las trabajadoras que prestan servicios para un empleador obligado al tenor del artículo 203, generando entonces un escenario de desigualdad donde una trabajadora tendrá más tiempo y recursos para ejercer adecuadamente el derecho de alimentación y otra no, a pesar de estar ambas en la misma posición jurídica.

Como ya se ha mencionado en este informe, concluyó que "estando obligadas a conceder la ampliación de este permiso y a pagar el valor de los pasajes de que se trata sólo aquellas empresas que deben mantener sala cuna, únicamente podría exigir ambos beneficios la madre trabajadora que presta servicios para una de tales empresas y en la medida que efectivamente lleve al hijo al establecimiento, pero no aquella que lo deja en su hogar o en otro sitio", dando lugar a la interpretación restrictiva referida en párrafos anteriores, cuyo efecto práctico, a juicio del suscrito, conlleva el trato discriminatorio hacia esta última trabajadora, también explicado precedentemente.

Así, un nuevo estudio de la materia permite además argüir que la conclusión a que arriba el Ord. 4135/088 de 08.10.2007 -confirmado por el Ord. 059/2 de 07.01.2010- aparece carente de suficiente fundamentación pues no basta el argumento de mera ubicación del precepto dentro de la estructura formal del Código para sostener una interpretación restrictiva de un derecho que cautela un bien tan alto como la maternidad y menos aún para causar una suerte de exclusión tácita de un grupo de personas que el propio legislador ha contemplado como beneficiario legítimo del derecho de que se trata.

Cabe igualmente recordar que una situación similar tuvo lugar precisamente con la interpretación restrictiva que desde antiguo hizo la Dirección del Trabajo respecto del derecho de alimentación, limitándolo sólo a las madres trabajadoras que hacían uso de la sala cuna dispuesta por la empresa, debiendo encargarse el legislador de corregir esta diferenciación, como ya se reseñó, mediante la Ley 20.166 del 2007, que incorporó en el Código Laboral un nuevo artículo 206.³

Otro aspecto a considerar al momento de reexaminar la doctrina que nos ocupa es el vinculado a la situación de las madres trabajadoras que, por razones especiales, vgr., enfermedad del menor o inexistencia de establecimientos autorizados, no hacen uso de la sala cuna que otorga el empleador, recibiendo de parte de éste un bono en dinero que compensa y reemplaza la obligación impuesta por el artículo 203 del Código del Trabajo, alternativa que, si bien no es contemplada expresamente por el legislador, ha sido aceptada por la Dirección del Trabajo, según queda de manifiesto en numerosos pronunciamientos particulares y de modo general en el Ord. N° 6758/086 de 24.12.2015.

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.

³ A modo de ejemplo, el Ord. N° 2615/0124 de 02.05.1994 sostenía "El tiempo otorgado por el artículo 206 del Código del Trabajo a la madre trabajadora para dar alimento a su hijo rige cuando éste se encuentra en la sala cuna y no cuando permanece en su hogar o en otro sitio". Esta doctrina replicaba el criterio instaurado en el dictamen 2337 de 1979 que interpretaba el art.191 del Código del Trabajo de entonces.

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, cumpla 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.

Conforme a lo anterior, téngase por reconsiderada la doctrina contenida en los dictámenes Ords. N°s 4135/088 de 08.10.2007 y 059/2 de 07.01.2010, así como toda otra doctrina contraria a lo sostenido en el presente informe.



Saluda atte.


CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

LBP/CLCH

Distribución:

- Dest.
- Departamentos DT
- XV Regiones
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- Jefe Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo
- Boletín
- Jurídico – Partes - Control.