

SALAS CUNAS Y DERECHO DEL NIÑO A LA LECHE MATERNA

William Thayer Arteaga

Profesor de Derecho del Trabajo

1. Subsiste en el Código del Trabajo chileno una antigua normativa sobre salas cunas, que debiera ser reconocida como propia de seguridad social y que continúa pesando indebidamente sobre los costos del empleador, con las perniciosas consecuencias que son de esperar y que más adelante explicaré. Se trata de los arts. 203 y siguientes, que completan el Título II del Libro II del Código del Trabajo (arts. 194 a 208). Como se sabe, por excepción todos estos preceptos se aplican también a los empleados públicos y municipales, como lo disponen los artículos 194, recién citado, 83 inc. 2° de la Ley 18.834 y 87 inc. 2° de la Ley 18.883. Estos últimos se contienen en el Estatuto Administrativo y el de los Funcionarios Municipales, respectivamente. El texto básico que procede examinar es el siguiente:

Art. 203. Los establecimientos que ocupen 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.

Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento.

Con todo, los establecimientos a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños 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 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 la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

El permiso a que se refiere el art. 206 se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a sus hijos.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior.

Los otros preceptos de este título serán mencionados más adelante, pero su reproducción aquí no es indispensable.

2. Se ha suscitado, entre muchas otras preocupaciones, la de los grandes centros comerciales (o *malls*, como suelen identificarse) que, aunque reúnen cientos de locales y miles de trabajadoras, dejan fuera del amparo del citado artículo a las madres trabajadoras, porque poquíssimos o ninguno de los locales cumple con el requisito de que trabajen como mínimo 20 mujeres, según la especificación del citado precepto.

La inquietud se ha hecho presente en el Senado y las senadoras señoras Frei y Carrera, junto al senador señor Bitar, han propuesto agregar al inciso primero del art. 203 del Código del Trabajo, la siguiente oración final: “*En igual obligación incurrirán aquellos establecimientos que, sin contar con este número de trabajadoras, se encuentren en un centro o complejo comercial, bajo una misma razón social o personalidad jurídica, y que en su conjunto ocupen veinte o más trabajadoras*”.

La cuestión será seguramente resuelta pronto y con mucha probabilidad suscitará una cuestión previa. Por hallarse el texto modificado dentro de una normativa propia de seguridad social y tratarse, en esencia, de una situación de tal carácter, la reforma del precepto sólo podría ser iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 64, inc. 4º, N° 6 de la Constitución). Por la inversa, si nos atenemos al trato que indebidamente da al asunto hasta hoy la legislación, la norma sería laboral y tal preocupación no existiría.

3. La génesis de este beneficio es anterior al primer Código del Trabajo y se arrastra de la Ley 3.186, de 13 de febrero de 1917, sustituida por el Decreto Ley 442, de 28 de marzo de 1925 sobre protección a la maternidad, que fue incorporado al texto del DFL 178, de 13 de mayo de 1931, conocido como primer Código del Trabajo. En lo relativo a salas cunas entraron a regir los arts. 315 a 318 de éste y el aludido decreto ley fue derogado por el N° 11 del art. 579.

4. Inicialmente se reconocía el derecho a las obreras para “amamantar” –después se sustituyó la expresión por “dar alimento”– a sus hijos menores de dos años, en salas anexas e independientes del lugar de trabajo, lugar donde podían dejarlos mientras cumplían sus labores. Como consecuencia debía otorgárseles el permiso por dos porciones de tiempo, que en conjunto no excedieran de una hora, que se entendería trabajado para los efectos del pago de sueldo. Pero *el deber patronal sólo existiría en los establecimientos en que trabajaran veinte o más mujeres, cualquiera fuere su edad o estado civil*.

5. La disposición, mirada con ojos de hoy, tenía graves inconvenientes de técnica jurídica, pero para la época era un avance importante. Sobre todo que *apuntaba al derecho natural que el lactante tiene a la leche de la madre, que la sabia Naturaleza pone en el pecho de ella para esa específica finalidad y en el momento adecuado*.

6. Hoy nadie podría discutir que la maternidad y la lactancia crean un *estado de necesidad* que debe ser atendido por la Seguridad Social. Así se ha reconocido respecto de todas las disposiciones de protección de la maternidad, que constituyen el Título II, del Libro II del Código del Trabajo que nos rige (DFL 1 de 24 de enero de 1994, arts. 194 a 208), *con la excepción de los artículos que derivan de la vieja ley de salas cunas*, que se comprende hoy en los artículos 203 a 207, cuya evolución histórica es ilustrativa. Con todo, hasta la fecha han faltado visión, claridad, oportunidad o decisión para que el beneficio que consagran *deje de ser una carga para cada empleador*, derivada del contra-

to de trabajo, para *devenir responsabilidad de la sociedad entera*, que no puede entorpecer el derecho del recién nacido a ser amamantado, y de la madre a tener acceso al trabajo sin discriminaciones o trabas derivadas del estado de necesidad que le crea esa noble condición.

7. En el actual estado de derecho social resulta caprichoso, injusto, inaceptable que el derecho natural de un niño recién nacido a recibir el alimento del pecho materno sólo se haga efectivo cuando, además de la madre trabajadora, presten servicios en el mismo establecimiento otras diecinueve mujeres, cualquiera sea su edad o estado civil.

8. Interesa pesquisar en la historia el origen de este condicionamiento tan extraño y opuesto al consenso social, moral y económico que nos rige.

8.1. La Ley 3.186 de 1917 regía, como se recordará, sólo para las obreras e imponía derechamente al patrón la obligación de establecer salas cunas en los establecimientos que ocuparan 50 o más mujeres. Obviamente se pensó que la carga sería desmedida para un empleador muy pequeño, que rechazaría la contratación de obreras. Se consideraba, con razón, que para el industrial más grande la carga sería soportable. La conciencia de los efectos del mayor costo en la opción de la mujer al trabajo era sólo germinal en aquella época, y el problema se solucionaba con salarios inferiores para ella, o sea, *no contratando mujeres con igual remuneración que los hombres*. No olvidemos que en 1917 ni siquiera había nacido la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

8.2. La aludida Ley 3.186 fue sustituida por el D.L. 442 de *protección a la maternidad*, promulgado el 28 de marzo de 1925, poco después de regresado de su exilio don Arturo Alessandri Palma y hallándose el país todavía sin Congreso Nacional, disuelto por la revolución de septiembre de 1924. Este decreto ley, como se dijo, fue incorporado al DFL 178 de 13 de mayo de 1931, conocido como primer Código del Trabajo de Chile.

8.3. Tres décadas más tarde, la Ley 16.317, de 1965, extendió el beneficio a *las obreras y las empleadas*, quedando el límite de veinte referido a la suma de ambas categorías. A su vez, la Ley 16.511, del mismo año, prescribió: *La Dirección del Trabajo podrá ordenar el establecimiento de salas cunas aun en aquellas industrias que ocupen menos de 20 obreras y empleadas, si las circunstancias existentes de la respectiva industria así lo aconsejaren*.

Estas reformas estaban inspiradas en el propósito confesado del gobierno del Presidente Frei Montalva de ir eliminando diferencias entre empleados y obreros, como se evidenció en las leyes 16.455, sobre terminación de contrato de trabajo; 16.625, sobre sindicación campesina y 16.744, sobre seguro social de accidentes del trabajo.

8.4. La Ley 17.301, de abril de 1970, sobre Junta Nacional de Jardines Infantiles, introdujo nuevas reglamentaciones, extendiendo el beneficio a todas las funcionarias del sector público (art. 33).

8.5. La opción de pagar los costos en un establecimiento o local especial, que contempla el actual artículo 203, en su inciso 5º, fue introducida muy posteriormente, sólo por la Ley 18.018, de 14 de agosto de 1981, para evitar el "efecto perverso" de no contratación de mujeres en los establecimientos pequeños. Además, el permiso pagado para dar alimento a los hijos menores de dos años se amplió en el tiempo y el empleador asumió el costo de los viajes y pasajes hasta el lugar donde se encuentre la sala cuna. Esta la

escogería también el empleador, pero de entre las autorizadas por la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Al aprobarse esta nueva opción se eliminó la autorización para que la Dirección del Trabajo pudiera disponer el funcionamiento de salas cunas en industrias donde trabajen menos de 20 empleadas y obreras y se entregó a la Junta Nacional de Jardines Infantiles y a la Dirección del Trabajo el control de todos los preceptos del Título II del Libro II sobre Protección de la Maternidad.

8.6. Quedó así sustancialmente configurada la normativa que hoy se contiene en los artículos 203 a 207 del Código vigente (DFL 1 de 24 de enero de 1994).

9. ¿Por qué razón este beneficio de salas cunas ha continuado inmerso en el derecho laboral y no se lo ha incorporado a la seguridad social? Juzgo que no hay ninguna razón de fondo. Simplemente desatención por un asunto que parece insignificante y, sobre todo, falta de reflexión sobre la naturaleza de los derechos en juego.

Procuraré aportar algunas ideas al respecto:

10. Ante todo tengamos presente que la seguridad social se ha configurado como ciencia independiente del derecho laboral sólo recientemente y ni uno ni otra pretenden una autonomía total. Más bien, es claro para ambos que en la práctica se mueven en ámbitos no sólo vecinos, sino en gran medida comunes. Además, es de la relación laboral, patentizada en el contrato de trabajo, donde nació la seguridad social, sólo que cada vez es más claro que cubre no sólo a los trabajadores dependientes —que constituyen el ámbito propio del derecho laboral— sino a toda persona que sufre un *estado de necesidad*, sea o no dependiente y, aun, sea o no trabajador, como es el caso típico de los indigentes, la criatura que está en el vientre materno, el recién nacido, o los ancianos, enfermos e inválidos, aunque jamás hayan estado ligados por una relación laboral.

Con todo, no puede olvidarse que la seguridad social nació como fruto de las normas protectoras que fueron consiguiendo los asalariados, en especial a través de las luchas colectivas. Se concretaron en servicios, subsidios, permisos, indemnizaciones o pensiones incorporadas a contratos colectivos, fallos arbitrales o leyes especiales. Por eso, durante mucho tiempo la seguridad social fue considerada como una parte del derecho del trabajo. Según nos cuenta el profesor Alfredo Bowen (1. *Introducción a la Seguridad Social*, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 84) fue el recordado profesor francés Paul Durand quien, cuando preparaba el cuarto tomo de su famoso tratado sobre Derecho del Trabajo, llegó a la conclusión que por regir éste exclusivamente el trabajo dependiente y extenderse la seguridad social a cualquier persona en estado de necesidad, debía reconocérsele un lugar propio en el mundo del derecho y de las ciencias sociales (Durand, *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*, Dalloz, 1953, p. 7, cit. por Bowen).

11. El origen “laboral” de la seguridad social, en consecuencia, no sólo es característica de nuestra legislación, sino norma universal. Cuando nació la OIT —Organización Internacional del Trabajo— en 1919, al término de la Primera Guerra Mundial, faltaban quince años para que apareciera en Estados Unidos la ley de Seguridad Social (*Social Security Act*), destinada a enfrentar los efectos de la tremenda crisis de comienzos de los años treinta, y 22 años para que el Gobierno Británico, en plena Segunda Guerra Mundial, encomendara a una

comisión interministerial, presidida por William Beveridge, un informe sobre la situación y requerimientos de reforma de los seguros sociales en todos los países, como resultado de los terribles problemas sociales que enfrentaría el mundo de la posguerra. El llamado *Informe Beveridge* fue el que universalizó la expresión y el concepto de *seguridad social*, como asunto referido a toda persona que sufriera una carencia o *contingencia social*, fuere por enfermedad, accidente, cesantía, embarazo, maternidad, responsabilidades familiares, ancianidad, invalidez, viudez, orfandad u otra circunstancia que limitara su capacidad de ganancia o aumentase sus gastos y que socialmente debiera preverse.

12. Cuatro características, por lo menos, pasaron a distinguir los llamados seguros sociales respecto de los seguros comerciales: a) Obligatoriedad e irrenunciabilidad frente a voluntariedad; b) *Contingencia social* y no *sinistro*, como “hechos causantes” de la atención, prestación o indemnización, pues no siempre son desgraciados, sino felices, aunque costosos, como matrimonio, embarazo, nacimiento, crianza, cuidado y educación de los hijos; c) La sociedad, a través del Estado, regula la atención y financiamiento de estas contingencias, porque se trata de situaciones que afectan al común de los ciudadanos y es parte de la convivencia pacífica prevenirlos y atenderlos; d) Por lo mismo, no hay equivalencia entre aporte que puedan o deban hacer los afiliados a los sistemas de seguridad social y los beneficios que obtengan.

13. Nació así una nueva rama del Derecho: el Derecho de la Seguridad Social que regula el amparo a las personas naturales frente a las contingencias sociales (V. Lecciones de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Bachiller, Berasategui, Palmigiano; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 113). Estas crean un *estado de necesidad*, o sea, una situación de menor valencia social, de disminución de sus posibilidades de ganarse la vida, o un incremento extraordinario de los gastos, o ambas cosas simultáneamente. Se llaman *contingencias*, porque pueden ocurrir o no causar mayor o menor perturbación, y sociales, porque el carácter común, generalizado y profundamente humano del acontecimiento estimula la solidaridad. A su vez, la trascendencia y gravedad de los estados de necesidad impone la dictación de normas obligatorias e irrenunciables, como son las de seguridad social.

Las principales contingencias atendidas por la seguridad social son: enfermedad, accidente, maternidad, invalidez, vejez, orfandad, desempleo, responsabilidades o cargas familiares y riesgos profesionales (Thayer y Fernández; *Régimen Legal y de Cotizaciones*, pp. 13 y 14). Siguiendo a Aznar, Bachiller y sus coautores, las clasifican adecuadamente en *biológicas* (maternidad, vejez); b) *patológicas* (enfermedad, invalidez, accidente), y *económico-sociales* (responsabilidades familiares, cesantía, desamparo por muerte o estado de necesidad ocurrido a los jefes de familia).

Las prestaciones de la seguridad social pueden consistir en dinero, especies o servicios (Novoa, *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Jurídica, p. 212) y sus ramas principales son la medicina social, los seguros sociales, la asistencia social o seguro social no contributivo —que protege donde no llegan los seguros sociales— y las prestaciones familiares (Novoa, p. 50).

14. El concepto de “previsión social” se suele usar como sinónimo de “seguridad social”, porque en rigor precedió a éste; pero connota estrictamente el sistema de seguros sociales *contributivos*, vale decir, los que se financian con las cotizaciones o aportes de los empleadores; de los trabajadores; de ambos o de unos u otros. Ejemplo típico lo constituyen las pensiones asistenciales.

El origen de la expresión y de la institución misma se relaciona con la necesidad de “prever”, esto es, retener obligadamente alguna parte de la remuneración del trabajador para financiar un seguro frente a una o más contingencias sociales. O sea, es una forma de seguro forzoso, con un aporte o cotización obligada, para precaver y atender una contingencia social y su correlativo estado de necesidad. Como ya se ha dicho, lo propio del seguro social es que el aporte de cada trabajador no se relaciona con el riesgo cubierto. En cambio, el conjunto de aportes destinados a tal fin, sea de fuente empleadora, asalariada o estatal, sí que debe vincularse con el costo total de los beneficios del sistema, para que éste se sustente y no quiebre, como aconteció en Chile con los regímenes que administra el INP.

La ciencia económica no tardó en evidenciar que daba lo mismo si el aporte previsional lo hacía el empleador o lo descontaba del sueldo al asalariado, porque siempre era un costo salarial. Primó, entonces, el criterio más claro de financiar algunas, muchas o todas las contingencias con aportes del Estado, a los que concurren los contribuyentes en la proporción o progresión que fija la legislación tributaria, en lugar de una tasa proporcional a la remuneración, con o sin tope, la que para la empresa implica un mayor costo que, a su vez, disminuye sus utilidades y, por ende, sus impuestos. En otros casos, como el de las pensiones y la salud, se optó por evidenciar que el aporte lo hace el trabajador de su remuneración.

15. La legislación laboral chilena, que nació mucho antes que la seguridad social formara tienda aparte del derecho del trabajo, cargó inicialmente a los empleadores los costos de una serie de contingencias que ocurrían a los asalariados. O sea, el proceso evolutivo fue simple de esquematizar: primero el trabajador absorbía con su remuneración todas las contingencias sociales y, si no disponía de recursos, pagaba con su miseria las consecuencias de ellas. Posteriormente, la legislación laboral cargó ciertas contingencias al empleador y, finalmente, la previsión o la seguridad sociales liberaron del costo o cargo al empleador, sustituyéndolo la obligación por un aporte previsional o por permisos y prestaciones de cargo fiscal directo o de los organismos de previsión o seguridad. Naturalmente, el proceso no fue lineal, sino complejo según se tratara de obreros, de empleados o de categorías especiales de trabajadores que conseguían por ley o negociación colectiva estatutos de privilegio (bancarios, cupríferos, electricistas, torneros, grueros, marítimos), mientras otros quedaban postergados legalmente (empleados domésticos, campesinos), aunque obtenían muchas veces compensaciones directas en algunos aspectos (vivienda, alimentación y preocupación patronal directa).

16. El caso de las salas cunas, que estamos estudiando, cae de lleno dentro de las contingencias biológica de maternidad y el Código del Trabajo lo comprendía en el Título III del Libro II rotulado “De la protección a las madres obreras”. El párrafo II regulaba específicamente la “protección a la maternidad” concediendo un descanso de seis semanas anteriores y seis semanas posteriores al “alumbramiento”, durante el cual se prohibía el trabajo “en los establecimientos industriales o comerciales” y el patrón estaba obligado a pagar, de su bolsillo, un subsidio que completara el 50% del salario, considerando lo que aportaba la Ley 4054, de Seguro Obrero. El patrón no podía despedir a la embarazada sin justa causa (arts. 309 a 314). El párrafo III era el de salas cunas, que antes estudiamos.

Pues bien, todo lo relativo a protección de la maternidad, tanto en el caso de obreros con de empleados, se incorporó a la seguridad social y dejó de ser cargo

del empleador, tanto tratándose de obreras como de empleadas, fueren de los sectores público o privado, como lo vimos. Sólo han quedado las salas cunas y sus costos como carga patronal y no social, para quien celebra un contrato de trabajo en las condiciones que fija el art. 203. Obviamente la situación no es perceptible en la Administración Pública, porque el costo lo absorbe el Fisco, que es uno solo. En cambio, la anomalía perjudica a las mujeres y empleadores en el sector privado, en las empresas autónomas del Estado y en las municipalidades, cuando éstas se manejan con autonomía financiera.

17. La indicación de los parlamentarios señoras Frei y Carrera y señor Bitar apunta a una situación que podría entenderse cubierta por la legislación vigente, si se considera al centro comercial o *mall* como un solo establecimiento. Por la inversa, no sería aplicable si se entiende como establecimiento cada uno de los locales comprendidos integrados al complejo comercial. Ahora bien, si se pretendiera una ley interpretativa, se produciría un efecto retroactivo de grave conflictividad. En cambio, una ley nueva sólo tiene efectos para el futuro. Todo ello según la clara definición del art. 9° del Código Civil, que complementa la ley de efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861.

18. En mi concepto, la mejor manera de obviar las dudas sobre la manera de dar aplicación a la moción discutida dentro de la complejidad e imperfección del art. 203, es agregarle una oración que diga: "*El mayor costo que signifiquen la sala cuna, los permisos pagados y los viajes que contemplan este artículo y los tres siguientes, se entenderá gasto común al que concurrirán todos los locatarios en la misma proporción de los demás de ese carácter*".

Se regula así equitativa y solidariamente el mayor gasto de cualquier empleador de un centro comercial que contrate o mantenga en su servicio madres beneficiarias de los derechos de salas cunas. Por lo mismo, al incorporarse en un futuro la norma en discusión a la seguridad social, no se producirá otro efecto que aliviar el gasto común en una pequeña proporción, la misma que redundará en una mayor utilidad que, por vía tributaria, compensará al fisco en alguna medida su contribución a una contingencia social que envuelve nada menos que el derecho del recién nacido a la leche materna, el derecho de la madre a trabajar y la conveniencia de no alimentar al niño con sustitutos del alimento propio que provee la Naturaleza.