



DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO

ORD.: N° 4052 / 083 /

MAT.: Fija sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

ANT.: Necesidades del Servicio.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 195, 196, 197 bis, 200 y 201. Ley N° 20.545, artículos primero, segundo y tercero transitorios.

SANTIAGO, 17 de octubre de 2011

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO
A : SR. JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por necesidades del Servicio se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de las disposiciones de la ley N° 20.545, publicada en el Diario Oficial de 17 de Octubre de 2011 que introduce modificaciones e incorpora nueva normativa al Título II, del Libro II del Código del Trabajo.

En primer término, cabe referirse al objetivo o finalidad perseguido por el legislador con la nueva normativa, que, según aparece de manifiesto en el Mensaje con el que S.E. el Presidente de la República envió a tramitación el respectivo proyecto de ley, fue efectuar las modificaciones legales necesarias a las normas del Código del Trabajo sobre protección de la maternidad a fin de modernizarlas, procurando alcanzar tres grandes objetivos: garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad, aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país.

Precisado lo anterior, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

El artículo 195 del Código del Trabajo, en su texto fijado por el N° 1° de la ley N°20.545, dispone:

“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio establecidos en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis.”.

El análisis del nuevo texto del artículo 195 en comento, permite establecer que el legislador ha efectuado innovaciones al texto primitivo de dicho precepto, las cuales inciden en los siguientes aspectos:

a.- Permiso por nacimiento de un hijo.

Al respecto, cabe destacar que la nueva disposición que regula la materia importa un mejoramiento del beneficio de permiso por nacimiento de un hijo que la misma contempla, por cuanto se le otorga al padre que se encuentra en proceso de adopción, a diferencia de la anterior que establecía que el referido permiso se otorgaba al padre al que se le hubiere concedido la adopción, contándose el beneficio en este caso, desde la respectiva sentencia definitiva.

En efecto, la nueva disposición resulta aplicable a los padres que hayan comenzado un proceso de adopción, los cuales gozarán de este permiso a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal del menor.

b.- Descanso postnatal o del resto de él en caso de fallecimiento de la madre. Nuevo beneficiario.

La nueva normativa incorpora como beneficiario del descanso postnatal o del resto de él en caso de fallecimiento de la madre, en el evento que el padre no tuviere el cuidado personal del hijo, a quien le fuera otorgada la custodia del menor, amparándolo también con la prerrogativa de fuero establecida en el artículo 201 del Código del Trabajo, con derecho al subsidio contemplado en el artículo 198 del mismo cuerpo legal el cual será equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba.

c.- Sanciones.

Es preciso señalar que el inciso 4° del artículo 195 del Código del Trabajo dispone que el padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y al subsidio mencionados en el párrafo que antecede.

Al respecto, cabe señalar que aún cuando del texto de la ley aparece que las sanciones de pérdida de fuero y subsidio sólo están previstas respecto del padre del menor a quien se le hubiere privado del cuidado personal de éste, en opinión de este Servicio las mismas sanciones resultarían aplicables a la persona a quien se le hubiere otorgado la custodia del menor. Ello, en virtud del principio de interpretación de la ley denominado de analogía o “a pari”, que se expresa en el aforismo jurídico que señala “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

En efecto, no parece razonable que la persona a quien se le hubiera privado de la custodia del menor mantuviera no obstante ello el fuero laboral y el derecho a subsidio, en circunstancias que el padre pierde ambos beneficios en caso de que por sentencia judicial se le haya privado del cuidado personal del menor.

d.- Conservación de empleos o puestos de trabajo.

A fin de asegurar la mejor aplicación de las normas sobre protección de la maternidad, el inciso 6° del nuevo artículo 195, establece que no obstante cualquier estipulación en contrario, a las mujeres embarazadas y puérperas deberá

conservárseles sus empleos o puestos de trabajo durante los períodos de descanso, incluido el período establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

2.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.-

El número 2 del artículo 1° de la ley N° 20.545, intercala los siguientes incisos cuarto, quinto y sexto al artículo 196 del Código del Trabajo, pasando su actual inciso cuarto a ser séptimo.

Los citados incisos, disponen:

“Cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal del inciso primero del artículo 195 será de dieciocho semanas.

En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal establecido en el inciso primero del artículo 195 se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias establecidas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión.”.

a.- Incremento del descanso postnatal en caso de parto anterior a la trigésimo tercera semana de gestación o de un menor que al nacer pesa menos de 1.500 gramos.

Es preciso señalar que en conformidad a este artículo, si el parto se produce antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación o el niño al nacer pesare menos de 1500 gramos, el descanso postnatal de doce semanas que, constituye la regla general, se incrementa a dieciocho semanas, lo que se fundamenta en la especial necesidad de protección y cuidado que requiere el menor que se encuentre en tal situación, lo que hace imprescindible la presencia de la madre durante el período de que se trata con el fin de lograr su restablecimiento y adecuado desarrollo.

b.- Incremento del descanso postnatal en caso de partos múltiples.

Tratándose de partos múltiples, el período de descanso postnatal general se incrementa en siete días corridos por cada niño nacido a contar del segundo. De esta suerte, y a vía de ejemplo, el nacimiento de trillizos se traducirá en un aumento del descanso postnatal equivalente a 14 días corridos.

c.- Incremento del descanso postnatal si concurren los dos circunstancias aludidas en los puntos anteriores.

Si concurre alguna de las circunstancias previstas en la letras a y b precedentes, esto es, si se produce un parto múltiple antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación o alguno de los menores pesare al nacer menos de 1.500 gramos, la duración del descanso postnatal será la de aquel de mayor extensión.

Es preciso hacer presente que por disponerlo así expresamente el inciso 2° del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, cuyo texto se transcribe a continuación, en el punto 3.- del presente oficio, el incremento del descanso postnatal antes analizado, se aplica a quienes se encuentren haciendo uso de su permiso postnatal al 17 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigencia de esta ley.

3.- ARTÍCULOS 197 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y ARTÍCULOS PRIMERO Y TERCERO TRANSITORIOS DE LA LEY N° 20.545

El artículo 197 bis del Código del Trabajo, agregado por el n° 3) del artículo 1° de la ley N° 20.545, regula el Permiso Postnatal Parental, en los siguientes términos:

“Las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195.

Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho.

Las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 22, podrán ejercer el derecho establecido en el inciso anterior, en los términos de dicho precepto y conforme a lo acordado con su empleador.

Para ejercer los derechos establecidos en los incisos segundo, tercero y octavo, la trabajadora deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo. De no efectuar esta comunicación, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental de acuerdo a lo establecido en el inciso primero.

El empleador estará obligado a reincorporar a la trabajadora salvo que, por la naturaleza de sus labores y las condiciones en que las desempeña, estas últimas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal. La negativa del empleador a la reincorporación parcial deberá ser fundamentada e informada a la trabajadora, dentro de los tres días de recibida la comunicación de ésta, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. La trabajadora podrá reclamar de dicha negativa ante la referida entidad, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación de su empleador. La Inspección del Trabajo resolverá si la naturaleza de las labores y condiciones en las que éstas son desempeñadas justifican o no la negativa del empleador.

En caso de que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores de conformidad a lo establecido en este artículo, el empleador deberá dar aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del permiso postnatal parental.

Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo.

Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto.

En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice.

El subsidio derivado del permiso postnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982.

El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto.”.

Por su parte, el artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, dispone:

“Quienes se encontraren haciendo uso de su permiso pre o postnatal a la fecha de entrada en vigencia de esta ley podrán hacer uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código Trabajo.

“Lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 196 del Código del Trabajo se aplicará a quienes se encontraren haciendo uso de su permiso postnatal a la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

“Quienes hayan terminado su descanso postnatal con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, tendrán derecho al permiso postnatal parental establecido en el inciso primero del artículo 197 bis del Código del Trabajo, que se incorpora por esta ley, hasta la fecha en que el menor cumpla veinticuatro semanas de edad. Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores, de conformidad al inciso segundo del citado artículo, hasta que el menor cumpla treinta semanas.

“La trabajadora deberá dar aviso a su empleador personalmente, dejando constancia escrita, o mediante carta certificada, en ambos casos con, a lo menos, cinco días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso. Al efecto, deberá señalar si hará uso del derecho a reincorporarse a sus labores, si corresponde. Además, los trabajadores del sector privado deberán enviar copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo.”.

A su vez, el artículo tercero transitorio de la misma ley, previene:

“Quienes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encontraren haciendo uso de licencia por enfermedad grave del niño menor de un año, y éste tenga menos de veinticuatro semanas de edad, podrán seguir haciendo uso de dicha licencia, hasta su término, gozando del subsidio a que ésta dio origen.

“Mientras se esté ejerciendo este derecho no se podrá hacer uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo”.

El análisis armónico de las disposiciones legales antes transcritas permite distinguir las siguientes situaciones en relación al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo:

A.- TRABAJADORAS QUE A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY, NO HABÍAN HECHO USO DEL DESCANSO PRE O POSTNATAL.

Las trabajadoras que se encuentran en tal situación tendrán derecho a gozar de este beneficio a través de las siguientes modalidades:

a.- Doce semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, con derecho a un subsidio que será calculado en la misma forma que aquel que corresponde pagar durante el descanso de maternidad a que se refiere el inciso 1º del artículo 195 del Código del Trabajo.

b.- Dieciocho semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, si la trabajadora opta por reincorporarse a sus labores una vez terminado éste por la mitad de su jornada, en conformidad a la facultad que en tal sentido le otorga el inciso 2º del artículo 197 bis del Código del Trabajo. La trabajadora que decida tal reincorporación, percibirá durante dicho lapso, el 50% del subsidio a que se alude en el párrafo precedente y, a lo menos, el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo más las remuneraciones variables a que tenga derecho; monto éste sobre el cual el empleador deberá efectuar las cotizaciones de la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Para ejercer esta última alternativa, las trabajadoras, deberán dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo.

Los derechos señalados en los párrafos que anteceden corresponderán igualmente a las trabajadoras excluidas de limitación de jornada en conformidad al inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo, con la salvedad que las condiciones de ejercicio de la modalidad establecida en la letra b, deberán ser acordadas con el empleador.

A.-1.-Ejercicio del permiso postnatal parental por parte del padre.

Si ambos padres son trabajadores, a elección de la madre, el padre podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana, por el tiempo que ella indique. En este caso las semanas utilizadas por aquél deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho a subsidio, calculado en base a sus remuneraciones.

Es necesario hacer presente que el derecho de opción entre una u otra alternativa de ejercicio del permiso postnatal parental corresponde a la madre trabajadora, lo que implica que si ésta hubiere optado por la primera de ellas, el padre estará obligado a hacer uso del beneficio en el período de doce semanas inmediatas al descanso postnatal que comprende en tal caso el referido permiso.

Acorde a lo precedentemente expuesto, si la madre hubiere optado por la segunda alternativa el padre deberá hacer uso del permiso en conformidad a ésta, laborando media jornada, previo cumplimiento de los requisitos legales.

El padre deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del permiso bajo cualquiera de las dos modalidades, con copia a la Inspección del Trabajo competente y al empleador de la trabajadora.

A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice.

A.- 2.-Situación si la madre fallece o el padre tiene el cuidado personal del menor por sentencia judicial.

En ambos casos corresponderá al padre el permiso postnatal parental total o lo que reste de él, quien tendrá durante el mismo derecho a subsidio o a subsidio y remuneración, según corresponda. La base de cálculo de aquél será la misma del que corresponde por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo. La forma en que el padre deberá ejercer el permiso será aquella por la que hubiere optado la madre, salvo que el fallecimiento de ésta o la resolución que otorgue el cuidado personal al padre se hubieren producido con anterioridad al plazo de 30 días de terminado el descanso postnatal, caso en el cual corresponderá al padre ejercer tal opción dentro del plazo establecido en el inciso 4º del artículo 197 bis.

Si la muerte o el cuidado personal se produce u otorga después de los treinta días anteriores al término del postnatal, el aviso respectivo deberá darse con 10

días de anticipación a la fecha que se hará uso del beneficio, conforme al inciso 9 del artículo 197 bis, ya citado.

B.- TRABAJADORAS QUE HAYAN TERMINADO SU DESCANSO POSTNATAL CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.545.

En conformidad al inciso 3º del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, las trabajadoras que hayan terminado su descanso postnatal con anterioridad a su entrada en vigencia, tienen derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, el que deberá ser ejercido antes de que el menor cumpla veinticuatro semanas de edad.

Este derecho podrá hacerse efectivo a través de las siguientes alternativas:

a) Hacer uso del permiso postnatal parental establecido en los términos del inciso 1º del citado precepto, hasta que el menor cumpla veinticuatro semanas.

b) Reincorporarse a sus labores con la mitad de su jornada, en los términos señalados en el inciso segundo del mismo artículo hasta que el menor cumpla treinta semanas.

En ambas situaciones, la trabajadora tiene la obligación de dar aviso a su empleador personalmente, dejando constancia escrita o mediante carta certificada con, a lo menos, cinco días de anticipación, a la fecha en que hará uso del permiso con copia a la Inspección del Trabajo.

B.-1.-Imprudencia del ejercicio post natal parental por parte del padre.

Teniendo presente que del tenor literal de la norma en estudio aparece que este beneficio corresponde exclusivamente a las madres trabajadoras y considerando que ésta regula una situación de excepción que, como tal debe ser interpretada en forma restrictiva, posible es sostener, en opinión de este Servicio, que la misma debe ser aplicada exclusivamente a aquellas, no procediendo, por tanto, que éstas ejerzan la facultad contemplada en el inciso 8 del artículo 197 bis, vale decir, traspasar al padre el permiso postnatal parental en la forma y condiciones previstas en dicho precepto.

B.-2.- Incompatibilidad del beneficio.

Por expresa disposición del artículo tercero transitorio de la ley N° 20.545, este beneficio es incompatible con la licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año y que tenga menos de 24 semanas de edad. En este caso las madres seguirán haciendo uso de dicha licencia hasta su término, con goce del correspondiente subsidio.

Con todo, cabe hacer presente que si la licencia por tal causa termina antes de las 24 semanas de edad del menor, la madre podrá hacer uso del permiso postnatal parental en los términos establecidos en las letras a) y b) precedentes, de este punto.

C.- TRABAJADORAS QUE AL 17 DE OCTUBRE DE 2011 SE ENCONTRABAN HACIENDO USO DE PERMISO PRE O POSTNATAL.

Regula tal situación, el inciso primero del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, antes transcrito, conforme al cual las normas previstas en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, resultan aplicables a las trabajadoras que a la fecha de vigencia de la citada ley se encontraban haciendo uso de descanso pre o postnatal.

Atendido lo anterior dichas dependientes podrán gozar del permiso postnatal parental, en las mismas condiciones que aquellas a que nos hemos referido en la letra A.- precedente, vale decir, haciendo uso de doce semanas a continuación del descanso postnatal o reincorporándose a sus labores por media jornada, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal efecto en el mencionado precepto.

Igualmente tendrán derecho a traspasar dicho beneficio al padre a partir de la séptima semana, por el período que indiquen, el cual deberá hacerse efectivo en las últimas semanas del permiso en las mismos términos establecidos en la letra A .1.

De igual manera si la madre fallece o el padre tuviere el cuidado personal del menor, este derecho le corresponderá este, en los términos señalados en la letra A.2, precedente.

Situación de las trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20. 545 estuvieren haciendo uso del descanso postnatal, del cual restare un lapso inferior a 30 días.

Tales trabajadoras podrán ejercer el permiso postnatal parental en las mismas condiciones establecidas en los párrafos que anteceden, no afectándose su opción de reincorporación por media jornada por la circunstancia de no disponer, en tal caso, del plazo de 30 días a que alude el inciso 4º del artículo 197 bis, toda vez que, en opinión de esta Dirección correspondería aplicar a su respecto, la norma que rige a las trabajadoras que a la fecha de vigencia de la ley hayan terminado su descanso postnatal, conforme a la cual el aviso respectivo debe darse al empleador con 5 días de anticipación acorde a lo prevenido por el inciso 4º del artículo primero transitorio de la ley.

Dicha conclusión encuentra su fundamento primeramente en la regla práctica de interpretación de la ley denominada “del absurdo” conforme a la cual debe rechazarse toda interpretación o cualquiera conclusión contraria a la lógica.

En efecto, no sería lógico sostener que las trabajadoras a quienes se les hubiere terminado su descanso postnatal al 17 de octubre de 2011, pudieren hacer uso de su permiso postnatal parental conforme a la segunda alternativa, esto es, su reincorporación por media jornada dando un aviso con sólo cinco días de anticipación, negando por el contrario tal derecho a las trabajadoras que a dicha fecha estuvieren gozando de descanso postnatal al cual restare menos de treinta días de duración, por no tener en este último caso la posibilidad de dar el aviso correspondiente con la anticipación prevista en el inciso 4º del artículo 197 bis.

A la misma conclusión se llega, si aplicamos la regla de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, conforme a la cual los pasajes oscuros o contradictorios de ésta se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Este último concepto entendido como el “sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana”, permite concluir que resulta aplicable a las trabajadoras de que se trata el plazo de 5 días de anticipación establecido en el inciso 4º del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545.

4.- OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR DE ACEPTAR QUE LA MADRE, PADRE O EL TRABAJADOR O TRABAJADORA QUE SE ENCUENTRE EN LA SITUACION PREVISTA EN EL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, CUMPLA LABORES EN MEDIA JORNADA.

El artículo 197 bis del Código del Trabajo, establece que el empleador estará obligado a reincorporar a los beneficiarios si éstos optan por esta alternativa, debiendo dar aviso a la entidad pagadora del subsidio, antes del inicio del período postnatal parental, conforme lo dispone el inciso sexto del mismo precepto legal.

Por excepción, el empleador puede negarse a la reincorporación si por la naturaleza de las labores y las condiciones en que se desempeñan, éstas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes del descanso prenatal.

Igual negativa puede darse respecto del padre a quien se le hubiere traspasado el permiso postnatal parental de acuerdo al inciso octavo del mismo precepto, o le correspondiera hacer uso de éste en su calidad de titular del mismo, como también, respecto del trabajador o trabajadora que se encuentre en la situación del artículo 200 del Código del Trabajo, con la salvedad que en estos últimos casos la negativa debe fundarse en que las respectivas funciones sólo pueden ejecutarse cumpliéndose la jornada desarrollada antes del inicio del permiso.

5.- NUEVAS FUNCIONES DE LA DIRECCION DEL TRABAJO.

La negativa del empleador a la reincorporación de los beneficiarios deberá ser fundamentada e informada a éstos dentro de los tres días de recibida la respectiva comunicación, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo, en el mismo acto. Los afectados podrán reclamar de dicha negativa a la autoridad del trabajo, dentro de tres días hábiles contados desde que hayan tomado conocimiento de la comunicación de su empleador.

En opinión de esta Dirección, será competente para estos efectos la Inspección del Trabajo respectiva, la que conforme a la doctrina institucional corresponde a aquella que ejerce jurisdicción en el lugar en que se prestan los servicios.

En caso de que la trabajadora, el padre o demás beneficiarios, no efectuaran la comunicación necesaria para hacer uso de la alternativa de reincorporación o habiéndose efectuado, ésta si hiciere sin la anticipación que corresponda, éstos no tendrán tal opción, debiendo ejercer su permiso postnatal parental en conformidad a lo establecido en los incisos 1º y 8º del artículo 197 bis, e inciso 3º del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, según el caso, período durante el cual recibirán un subsidio calculado, como ya se expresara, en la misma forma que el correspondiente al descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo.

El precepto en análisis entrega a la Inspección del Trabajo competente la resolución del reclamo de la trabajadora o del trabajador, según corresponda, ante la negativa del empleador de aceptar que éstos desempeñen funciones en media jornada, debiendo pronunciarse sobre si la naturaleza de las labores y condiciones en que éstas se desempeñan justifican tal negativa, conforme al procedimiento que se establezca al efecto.

6.- SANCIONES ADMINISTRATIVAS APLICABLES AL EMPLEADOR POR IMPEDIR EL USO DEL PERMISO POSTNATAL PARENTAL.

El legislador establece que el empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso de que se trata, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales, cuyos rangos podrán duplicarse y triplicarse en conformidad a lo prevenido en el inciso 5º del artículo 506 del Código del Trabajo. Cualquier infracción relativa a esta materia podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, pudiendo este organismo actuar de oficio.

7.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.-

El nuevo artículo 198 del Código del Trabajo, sustituido por el N° 4 del artículo 1º de la ley N° 20.545, dispone:

“La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, de descansos suplementarios y de plazo ampliado

señalados en el artículo 196, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un subsidio calculado conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo 197 bis.”.

Esta modificación incorpora como nuevos beneficiarios del subsidio a los trabajadores que hacen uso del permiso postnatal parental, el cual será calculado conforme a las normas previstas al efecto en el DFL N° 44, de 1978 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y en el artículo 197 bis.

8.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.-

El artículo 200 del Código del Trabajo, sustituido por el N° 5 de la ley N° 20.545, prescribe:

“La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas.

A la correspondiente solicitud de permiso, el trabajador o la trabajadora, según corresponda, deberá acompañar necesariamente una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado personal al causante del beneficio, así como un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620.”.

De conformidad a la disposición legal antes transcrita la trabajadora o el trabajador que tenga su cuidado un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620 tienen derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, bajo las modalidades y las prerrogativas que establece dicha disposición legal. Además si el menor tiene menos de seis meses de edad, tendrán en forma previa un permiso y subsidio por doce semanas, caso en el cual éste se cuenta a partir del término de dicho permiso.

En el caso que dichos dependientes opten por reincorporarse a sus labores por media jornada, la respectiva comunicación al empleador deberá darse en el plazo de 30 días, contado desde que la sentencia que otorga la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección o en virtud de las normas legales precitadas se encuentre ejecutoriada o con treinta días de anticipación al término de las 12 semanas de permiso establecidas en el artículo 200, si el menor tuviere menos de seis meses.

Conforme a lo prescrito por el artículo segundo transitorio de la ley en comento, los trabajadores que hubieren hecho uso de este último permiso con anterioridad al 17 de octubre de 2011 tienen derecho al permiso postnatal parental hasta que el menor cumpla 24 semanas bajo la modalidad de descanso absoluto, o hasta las 30 semanas si optare por la reincorporación a sus labores por media jornada, debiendo ejercer dicho derecho, en ambos casos, antes que el menor cumpla las 24 semanas. El aviso al empleador debe darse mediante carta certificada o personalmente dejando constancia escrita, a lo menos, con cinco días de anticipación al inicio del permiso.

La trabajadora o trabajador debe acompañar a la solicitud de permiso una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado personal al causante del beneficio y un certificado del Tribunal que haya otorgado aquella o éste como medida de protección o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620.

9.- MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 201 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.-

El artículo 201 del Código del Trabajo, sustituido por el N° 6 del artículo 1° de la ley N° 20.545 preceptúa:

“Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley N° 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el término del fuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal o permiso parental a que aluden los artículos 195, 196 y 197 bis, continuará percibiendo el subsidio mencionado en el artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso o permiso. Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal.”.

Fuero.

En relación con el alcance de esta prerrogativa, es necesario efectuar la siguiente distinción.

a.- Situación de la madre trabajadora.

En lo concerniente a este punto, es preciso hacer presente que la nueva normativa mantiene en los mismos términos la duración del fuero maternal, de forma tal que este derecho termina un año después de expirado el descanso postnatal, sin considerar el período que comprende el permiso postnatal parental.

b.- Situación del padre.

El padre que haga uso del permiso parental postnatal también goza de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores a su inicio. Dicho fuero no podrá exceder de tres meses.

10.- IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS POR LA LEY N°20.545

Atendida la naturaleza laboral de los derechos que emanan de la nueva normativa introducida al Código del Trabajo por la ley N° 20.545 , éstos son de carácter irrenunciable en conformidad a lo prevenido en el inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo, mientras subsista el contrato de trabajo.

11.- VIGENCIA.-

Teniendo presente que la ley N° 20.545 no establece un plazo especial de vigencia y considerando lo previsto en el artículo 7, inciso 2° del Código Civil, posible es convenir que ésta rige a contar del 17 de octubre de 2011, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y de las consideraciones formuladas, cúpleme informar que el sentido y alcance de los nuevos artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo, sustituidos por la ley N° 20.545, y artículos primero a tercero transitorios de la ley citada, es el que se señala en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,

**MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO**

MAO/SMS/FCGB/fcgb

Distribución:

- Jurídico, Partes, Control
- Boletín Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- Sr. Subsecretario del Trabajo
- XV Regiones