

Protección a la Maternidad

03/11/2011

Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.545 a las Normas sobre Protección a la Maternidad

La ley N° 20.545, publicada en el Diario Oficial de 17 de Octubre de 2011, introduce una serie de modificaciones e incorpora nuevas normas al Título II, del Libro II del Código del Trabajo. Estas modificaciones se detallan en forma resumida a continuación:

MODIFICACIONES AL DESCANSO MATERNAL

El nuevo texto del artículo 195 del Código del Trabajo, fijado por el artículo 1º número 1 de la ley N°20.545, implica los siguientes cambios:

a) Permiso por nacimiento de un hijo.

La nueva disposición introduce un mejoramiento del beneficio de permiso por nacimiento de un hijo, toda vez que se le otorga al padre que se encuentra en proceso de adopción, a diferencia de la norma anterior que establecía que el referido permiso solo se otorgaba al padre al que se le hubiere concedido la adopción y se contaba desde la respectiva sentencia definitiva. La nueva disposición resulta aplicable a los padres que hayan comenzado un proceso de adopción y determina que 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.

Se 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 la persona a quien le fuera otorgada la custodia del menor y, además, se le otorga la protección del fuero establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, con derecho al subsidio, el cual será equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba.

c) Sanciones.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor, perderá el derecho a subsidio y fuero. Ahora bien, 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, la Dirección del Trabajo ha señalado que las mismas sanciones resultarían aplicables a la persona a quien se le hubiere otorgado la custodia del menor, toda vez que no existiría razón para dar un tratamiento distinto ante una misma situación. En efecto, no parece razonable que la persona a quien se le priva de la custodia del menor mantenga, a pesar de 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 prive del cuidado personal del menor. (Dictamen N° 4052/083 de 17.10.11).

d) Conservación del empleo o puesto de trabajo.

Para garantizar la mejor aplicación de las normas sobre protección de la maternidad se 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 de permiso postnatal parental.

MODIFICACIONES RELATIVAS AL PARTO ANTICIPADO Y PARTO MÚLTIPLE

Las modificaciones introducidas en esta materia implican lo siguiente:

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.

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 anterior se fundamenta en la especial necesidad de protección y cuidado que requiere el menor que se encuentre en tal situación, que debe contar con la presencia de la madre por un lapso mayor con el fin de lograr su restablecimiento y adecuado desarrollo.

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

En caso de partos múltiples, el período de descanso postnatal general se incrementa en siete días corridos por cada niño nacido a contar del segundo. Así, por 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 las dos circunstancias aludidas en los puntos anteriores.

Si concurren simultáneamente 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 si existiendo parto múltiple alguno de los menores pesare al nacer menos de 1.500 gramos, la duración del descanso postnatal será la de aquel que represente la mayor extensión.

Debe tenerse presente que el incremento del descanso postnatal anteriormente señalado se aplica a quienes se encuentren haciendo uso de su permiso postnatal al 17 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.545, toda vez que así lo dispone expresamente el inciso segundo del artículo 1° transitorio de la ley N° 20.545, es decir, no a aquellas cuyo permiso postnatal hubiere concluido antes de la señalada fecha.

NUEVO PERMISO POSTNATAL PARENTAL

El nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, incorporado por el N° 3) del artículo 1° de la ley N° 20.545, establece y regula el nuevo Permiso Postnatal Parental.

Conforme con el nuevo artículo 197 bis, el permiso postnatal parental puede ejercerlo la madre bajo dos modalidades: a) doce semanas de permiso absoluto a continuación del descanso postnatal, con derecho a subsidio; b) dieciocho semanas de permiso, reincorporándose a sus labores una vez terminado el descanso postnatal, por la mitad de su jornada.

En el caso de que opte por reincorporarse a sus labores, por media jornada, tendrá derecho al pago del 50% del subsidio y, a lo menos, el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho.

En el caso de trabajadoras exentas de limitación de jornada, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22 del Código del Trabajo, se aplicará la misma normativa, con la salvedad de que las condiciones de ejercicio del derecho deberán ser acordadas con el empleador.

En consecuencia, el titular del derecho es la mujer trabajadora, sin perjuicio de que, si ambos padres son trabajadores y la madre así lo decide, el padre trabajador podrá hacer uso del permiso postnatal parental, a contar de la séptima semana del mismo, por la cantidad de semanas que la madre indique, hasta 12 ó 18 según si se optó por el descanso absoluto o reincorporarse en media jornada. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso (ej.: si la madre le concede 2 semanas, éstas deberán ser la N° 11 y N° 12 ó la N° 17 y N° 18, según se haga uso de las 12 ó 18 semanas).

Lo anterior sin perjuicio de que corresponderá al padre el permiso postnatal parental en el caso que la madre haya fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial.

El empleador está 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.

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. La negativa del empleador a la reincorporación parcial debe ser fundamentada e informada a la trabajadora, dentro del plazo de tres días de recibida la comunicación de ésta, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. A su vez, la trabajadora puede reclamar de dicha negativa ante la Inspección del Trabajo, 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.

Igual negativa puede darse respecto del padre a quien se le hubiere traspasado el permiso postnatal parental, o del padre a quien le correspondiera hacer uso de éste en su calidad de titular del mismo por fallecimiento de la madre, como también, respecto del trabajador o trabajadora que tenga a su cuidado a un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal, 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.

SITUACIONES ESPECIALES CON MOTIVO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY

Las normas transitorias de la ley N° 20.545 se encargan de regular una serie de situaciones especiales que pueden presentarse. En efecto, en relación al permiso postnatal parental y la forma en que accede a él se pueden presentar los siguientes casos:

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 tienen derecho a gozar de este beneficio a través de las siguientes modalidades:

- Doce semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, con derecho a un subsidio que se calcula en la misma forma que aquel que corresponde pagar durante el descanso pre y postnatal.

- 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. La trabajadora que decida tal reincorporación, percibirá durante dicho lapso, el 50% del subsidio y, a lo menos, el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo más las remuneraciones variables a que tenga derecho. Sobre dicho monto el empleador deberá efectuar las cotizaciones de la ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Para ejercer la alternativa de dieciocho semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, las trabajadoras, deben 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 anteriormente resultan igualmente aplicables a las trabajadoras excluidas de limitación de jornada en conformidad al inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo. En todo caso, tratándose de este caso, las condiciones de ejercicio de la modalidad de permiso por 18 semanas con reintegro parcial, deben ser acordadas con el empleador.

Debe además tenerse presente que, en el caso de que ambos padres sean trabajadores, la madre podrá determinar que el padre haga uso del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana, por el tiempo que ella indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho a subsidio, calculado en base a sus remuneraciones.

El derecho de opción entre la utilización de las 12 semanas o las 18 semanas de 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. 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.

Si la madre fallece o el padre tiene el cuidado personal del menor por sentencia judicial, 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 pre y postnatal. 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 (12 o 18 semanas) con una anticipación de a lo menos 30 días al término del descanso postnatal.

Si la muerte de la madre o el cuidado personal asignado al padre 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.

b) Trabajadoras que han terminado su descanso postnatal con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.545.

Estas trabajadoras tienen derecho al nuevo permiso postnatal parental, el que deberá ser ejercido antes de que el menor cumpla veinticuatro semanas de edad. El beneficio puede hacerse efectivo a través de las siguientes alternativas:

- Hacer uso del permiso postnatal parental hasta que el menor cumpla veinticuatro semanas.
- Reincorporarse a sus labores con la mitad de su jornada 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.

Este beneficio corresponde exclusivamente a las madres trabajadoras. En efecto, considerando que la norma regula una situación de excepción debe ser interpretada en forma restrictiva, por lo que debe ser aplicada exclusivamente a las trabajadoras, no procediendo, por tanto, que éstas ejerzan la facultad de traspasar al padre el permiso postnatal parental.

Además, 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. 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 hasta que el menor cumpla 24 semanas de edad, o bien, hasta que cumpla 30 semanas de edad con reintegro parcial.

c) Trabajadoras que al 17 de octubre de 2011 se encontraban haciendo uso de permiso pre o postnatal.

El nuevo permiso postnatal parental resulta aplicable a las trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley se encontraban haciendo uso de descanso pre o postnatal. En consecuencia, las trabajadoras que se encontraban en tal situación tienen derecho a gozar del permiso post natal parental haciendo uso de doce semanas a continuación del descanso postnatal o reincorporándose a sus labores por media jornada por 18 semanas.

Igualmente tienen derecho a traspasar dicho beneficio al padre a partir de la séptima semana, por el período que indiquen. Las semanas que utilice el padre deben hacerse efectivas en las últimas semanas del permiso. De igual manera, si la madre fallece o el padre tuviere el cuidado personal del menor, el derecho al permiso postnatal parental le corresponderá a éste.

En el caso de las trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley estuvieren haciendo uso del descanso postnatal, del cual restare un lapso inferior a 30 días 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 para dar el aviso a su empleador, toda vez que 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.

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 de 30 días.

PLAZOS

Los plazos señalados en la ley de 5, 10 y 30 días para notificar la modalidad que se utilizará para hacer uso del permiso postnatal parental deben entenderse como plazos de días corridos, aun cuando la ley no lo declara de forma expresa. Respecto de la negativa del empleador a la reincorporación parcial de la trabajadora por 18 semanas, la ley establece un plazo de 3 días para notificar la decisión del empleador a la trabajadora, plazo que también debe entenderse como de días corridos. En cambio, tratándose de la reclamación de la trabajadora por el rechazo del empleador al reintegro parcial, la ley establece expresamente un plazo de 3 días hábiles, que se cuentan desde que la trabajadora toma conocimiento del rechazo del empleador.

SANCIONES 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.

INCORPORACION DE NUEVOS BENEFICIARIOS AL SUBSIDIO

A través de la modificación del artículo 198 del Código del Trabajo se incorpora como nuevos beneficiarios del subsidio a los trabajadores que hacen uso del permiso postnatal parental.

MODIFICACIÓN RESPECTO DE QUIENES TENGAN SU CUIDADO UN MENOR DE EDAD

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. 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, o bien, con treinta días de anticipación al término de las 12 semanas del permiso establecido en el artículo 200, si el menor tuviere menos de seis meses.

Ahora, los trabajadores que hubieren hecho uso de este último permiso con anterioridad al 17

de octubre de 2011 tienen igualmente derecho al permiso postnatal parental hasta que el menor cumpla 24 semanas bajo la modalidad de descanso absoluto, o hasta las 30 semanas si optaren 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.

En todos estos casos, 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.

MODIFICACIÓN AL FUERO MATERNAL

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. Sin embargo, de acuerdo a la nueva normativa, 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.

IRRENUNCIABILIDAD

Finalmente, 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.

Temáticas: [Mujer y Maternidad](#)