

# Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal

**Daniel Bernales Errázuriz**

Abogado

**Resumen:** en el Diario Oficial de 17 de octubre de 2011 se publicó la Ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

Estas modificaciones y su tramitación legislativa han sido ampliamente difundidas por la prensa, haciendo uso, probablemente para facilitar la comprensión y alcances de los beneficios, de terminología no siempre adecuada.

\*\*\*

La entrada en vigencia de las modificaciones puede confundir a personas que no participan del ámbito jurídico, especialmente por la utilización de términos repetidos y con alcances diferentes o, incluso, términos un tanto imprecisos, situación que en nada desmerece la iniciativa gubernamental sobre esta materia.

Así, habrá que distinguir entre el postnatal por todos conocido y el postnatal parental, que constituye un nuevo beneficio, aunque no es propiamente un postnatal en tanto descanso puerperal, ya que este último se inicia precisamente al término del primero. Una vez concluido el descanso postnatal, resulta equívoco referirse nuevamente a un permiso postnatal, diferenciándose en dos aspectos: Es un permiso y no un período de descanso y se agrega, con alguna imprecisión, la palabra "parental", ya que el sentido natural de la palabra es perteneciente o relativo a los padres. El permiso postnatal parental es un derecho de la mujer, la que, a su sola voluntad, puede compartirlo parcialmente con el padre. Los únicos casos en que efectivamente es el padre quien tiene derecho al postnatal parental, en forma directa, es por el fallecimiento de la madre o cuando el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial; es decir, cuando la madre por las circunstancias antedichas no ejercerá el derecho.

## 1. Descanso de maternidad

Como planteamiento general se mantiene el descanso de maternidad para las trabajadoras, de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Se mantiene así el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo sin modificación en su texto.

Este derecho continúa siendo irrenunciable, debiendo conservárseles sus empleos o puestos durante el descanso postnatal y el permiso postnatal parental. Se mantiene igualmente el fuero sólo para el período de descanso postnatal.

## **2. Permiso paternal**

Se mantiene el beneficio consistente en permiso de cinco días al padre en caso de nacimiento de un hijo, sin variaciones en cuanto a la modalidad para hacer uso del mismo.

En caso de encontrarse el padre en proceso de adopción, se le otorgará el permiso de cinco días. Se elimina la referencia a la madre que contenía el artículo 195, modificado por la Ley 20.367, en cuanto al otorgamiento del permiso de cinco días, eliminación que responde a un ajuste de las modificaciones introducidas y no a derogar un beneficio. En efecto, la incorporación de la madre en el artículo 195 inciso segundo por la Ley 20.367 se debió a que el artículo 200 (también objeto de modificación) aludía a la trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses. De este modo, si una trabajadora iniciaba un proceso de adopción de un niño(a) de edad superior a seis meses, no tenía derecho a permiso ni a subsidio. Esta situación, ya corregida por la Ley 20.367, se "ratifica" en esta nueva modificación eliminando la condición de tener el menor menos de seis meses de edad.

Resulta aplicable la doctrina de la Dirección del Trabajo contenida en el dictamen N° 597 de febrero de 2006, en relación al permiso de 5 días para el padre, no obstante las modificaciones legales, respecto de las siguientes materias:

- El permiso que establece la Ley N° 20.047 (inciso segundo artículo 195) no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá derecho a cinco días por tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo.
- En el evento de que a la fecha del nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede el trabajador beneficiario hubiere estado acogido a licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido permiso.
- El uso del señalado permiso por parte de un trabajador sujeto a un contrato de plazo fijo cuya vigencia expira durante el lapso que éste comprende, no produce el efecto de mantener vigente la respectiva relación laboral,

pudiendo el empleador poner término a ésta por la causal prevista en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

- El carácter de "permiso" que presenta el beneficio que nos ocupa implica que el trabajador debe solicitarlo a su empleador o a quien lo represente, no pudiendo éstos condicionar o negar tal petición.
- El permiso en comento constituye un derecho de carácter irrenunciable, lo cual obliga al empleador a otorgarlo dando todas las facilidades necesarias para su oportuno y debido ejercicio.
- El uso de tal derecho no puede implicar para el trabajador, en caso alguno, la pérdida de beneficios o la disminución de sus remuneraciones, por cuanto la circunstancia de que el legislador haya establecido expresamente que se trata de un permiso pagado importa que aquél deberá percibir durante los días que éste comprende los mismos estipendios que si estuviere laborando.

### **3. Fallecimiento de la madre**

El nuevo artículo 195 se refiere al fallecimiento de la madre en el parto o durante el permiso posterior a éste, caso en el cual dicho permiso o el resto de él corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, con derecho a fuero y subsidio.

En el nuevo artículo 197 bis, que trata del permiso postnatal parental, en su inciso séptimo, se vuelve a tratar la situación de fallecimiento de la madre, señalando que el permiso y subsidio a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 197 bis le corresponderán al padre.

Lo que en principio parece un doble tratamiento para una misma situación se despeja si, según entendemos, el fallecimiento de la madre a que alude el artículo 195 se produce en el parto o en el período propiamente de postnatal, en tanto que el fallecimiento a que alude el artículo 197 bis se refiere al período de permiso postnatal parental. En el primer caso (Art. 195) el padre tendrá derecho a fuero y subsidio, en tanto que en el caso del artículo 197 bis el padre tendrá derecho a permiso y subsidio, pero no a fuero.

### **4. Parto prematuro**

Si 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 se aumenta de 12 a 18 semanas.

Esta modificación, sin recurrir a la terminología médica, describe lo que en definitiva se denomina parto prematuro.

Para una mayor comprensión de esta materia que tiene incidencia en el postnatal y en materia de subsidios, recurriremos a las definiciones contenidas en la Guía Clínica 2010 sobre Prevención Parto Prematuro del Ministerio de Salud:

“El parto prematuro es la causa única más importante de morbilidad y mortalidad perinatal, dependiendo el riesgo de muerte o enfermedad de los prematuros del peso de nacimiento y de la edad gestacional al nacer. **La prematurez menor de 32 semanas, que conlleva la mayor morbimortalidad neonatal y la mayor tasa de secuelas, debe ser la que concentre nuestro mayor esfuerzo en lograr disminuirla.**

#### “Mortalidad atribuible al parto prematuro

Excluidas las malformaciones congénitas, el 75% de las muertes perinatales son atribuibles a prematurez. Un RN que pesa menos de 1.500 g. tiene un riesgo de morir en su primer año de vida 180 veces superior al de un RN mayor de 2.500 g. En globo el riesgo de muerte de un prematuro es 20 veces mayor que el de un RN de término

#### “Morbilidad atribuible al parto prematuro

Los RN prematuros presentan un riesgo 17 veces mayor de morbilidad si se compara con los RN de término. Las complicaciones de los prematuros aumentan mientras menor sea su edad gestacional o peso de nacimiento, presentando desde complicaciones leves, como hiperbilirrubinemia, hasta enfermedades graves como EMH, HIC, sepsis, enterocolitis necrotizante (ECN), y, por cierto, secuelas neurológicas. El 50% de las anomalías neurológicas de la infancia son atribuibles a prematurez, secuelas que incluyen desde anomalías leves de las funciones cognitivas hasta parálisis cerebral”.

## 5. Parto múltiple

En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal, de 12 semanas, se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

Llama la atención este pequeño incremento. De acuerdo a informes obtenidos en páginas Web (Elemabarazo.net) cuando estamos frente a un **parto múltiple, ya sea de gemelos o mellizos**, la hora y la forma del parto es muy difícil de predecir. Por lo general **el promedio para dar a luz un embarazo**

**múltiple es de 35 a 37 semanas**, a diferencia de las **40 semanas que dura la gestación de un embarazo único**. Muchos bebés múltiples nacen de manera prematura y suelen ser muy pequeños, con bajo peso y pocas defensas. Por ello, a veces es necesario que deban ser cuidados en una unidad de cuidados intensivos neonatales, conocida como **UCIN**, hasta que el bebé estabilice su temperatura corporal y pueda alimentarse y respirar de manera autónoma. Otros muchos bebés no dependen de un cuidado tan especial al nacer totalmente saludables, necesitando únicamente un control reducido supervisado en una sala de cuidados especiales.

Este hecho, de ampliar en 7 días el postnatal puede ser objetado por las madres de mellizos, gemelos u otros partos múltiples, ya que la dedicación a dos o tres hijos simultáneamente implica un desgaste considerablemente mayor que la atención que requiere un solo hijo.

Cabe hacer notar que en la modificación al artículo 196, si bien se trata de partos prematuros, entiende por tales los que se producen antes de iniciada la 33ª semana de gestación; requisito que, en términos generales, no se cumpliría en el caso de partos múltiples, ya que el promedio de gestación de los últimos es de 35 a 37 semanas.

## **6. Concurrencia de circunstancias**

El nuevo inciso sexto del artículo 196 del Código del Trabajo contempla que cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias establecidas en los incisos cuarto (parto prematuro) y quinto (parto múltiple) de este artículo, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión.

Con esta disposición no se resuelve efectivamente la situación de partos múltiples que, en promedio, son a la vez partos prematuros, aunque con una gestación mayor a 33 semanas.

## **7. Permiso postnatal parental**

La regla general contenida en un nuevo artículo 197 bis es que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de 12 semanas a continuación del período postnatal.

Sin embargo se debe considerar que en el caso de parto prematuro, bajo las condiciones contempladas en el artículo 196, el postnatal será de 18 semanas, a las que deben sumarse las 12 semanas del postnatal parental. Es decir, 30

semanas y, en el caso de parto múltiple, a las 12 semanas se sumarán 7 o 14 o más días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

### 7.1. Reincorporación y extensión del postnatal parental

La trabajadora tiene la facultad de reincorporarse a sus labores una vez terminado el postnatal **trabajando la mitad de su jornada**, de mañana o tarde, ya que la disposición legal no distingue, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extiende de 12 semanas a 18 semanas. De este modo, en caso de parto prematuro (art. 196) y reincorporación a mitad de jornada de la trabajadora, puede tener entre prenatal (6 semanas), postnatal (18 semanas) y postnatal parental (18 semanas), 42 semanas (10,5 meses).

La trabajadora, en este caso, percibirá el 50% del subsidio y a lo menos el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, **sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho**. Nótese que las remuneraciones variables no se rigen por el descuento aplicable a las remuneraciones fijas.

Cabe recalcar que no se trata de jornadas parciales de trabajo como las tratadas en los artículos 40 bis y siguientes del Código del Trabajo, a las que también se les aplica estos derechos, sino a trabajar la mitad de su jornada, cualquiera que esta sea.

Recordemos que por "estipendio fijo" la Dirección del Trabajo dispone en Dictamen N° 3662 de agosto de 2010, que los requisitos consistentes en el elemento fijeza y a aquél que exige que el pago del respectivo estipendio responda a la prestación de servicios del trabajador en una jornada ordinaria de trabajo, por ser éstos los que revisten la mayor complejidad para efectuar la calificación de sueldo, tratándose de emolumentos a los que las partes han dado una denominación diversa.

Respecto al primero de ellos, esto es, al carácter fijo del sueldo, es preciso recordar, en primer término, que conforme a la historia fidedigna de la Ley 20.281, el sueldo es por su esencia "el estipendio fijo que percibe el trabajador, por el tiempo de prestación de sus servicios en la empresa, es decir, a la remuneración que tiene como correspondencia la prestación de los servicios en una jornada ordinaria pactada, dejando a otros elementos la compensación por la productividad del trabajador, dicho preliminarmente, si el sobresueldo es la compensación por una mayor jornada que la ordinaria –jornada extraordinaria–, forzoso es concluir que el sueldo es la contraprestación de los servicios prestados dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Expresado de otra forma, enfatiza el Ejecutivo, el sobresueldo hace sentido a la jornada extraordinaria, tanto como el sueldo hace sentido a la jornada ordinaria".

## 7.2. Reincorporación y extensión del postnatal parental a trabajadoras excluidas de límite de jornada de trabajo

Las trabajadoras excluidas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el **inciso segundo del artículo 22**, podrán ejercer el derecho a reincorporación y postnatal parental.

No es claro, a nuestro entender, la remisión limitada al **inciso segundo** del artículo 22 del Código del Trabajo, ya que este artículo se refiere a otros trabajadores igualmente excluidos de limitación de jornada:

- Los que se desempeñan a bordo de naves pesqueras;
- Los contratados para prestar servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones;
- Deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas

El nuevo artículo 197 bis intenta resolver la reducción de jornada y el pago parcial de remuneraciones "en los términos de dicho precepto (art. 22 inciso segundo) y conforme a lo acordado con su empleador". En este caso, entonces, no se garantiza a la trabajadora una disminución de horas o tiempo de trabajo ni a lo menos el 50% de su remuneración, sino que hace primar la voluntad de las partes, aun cuando la trabajadora excluida de límite de jornada perciba sólo remuneración fija. Entendemos que a las personas excluidas de límite de jornada no les es aplicable la relación sueldo-jornada de trabajo o remuneración-jornada de trabajo. No obstante, aun así, debió protegerse de alguna manera a la trabajadora, ya que la voluntad de las partes, supuestamente manifestada en forma libre, no tiene en este caso un mínimo. La garantía del ingreso mínimo está fijada para el sueldo, vinculado a una jornada ordinaria y el ingreso mínimo proporcional debe calcularse en relación con la jornada ordinaria.

Debe recordarse, además, el ingreso mínimo diferenciado para menores de 18 años y mayores de 65 años de edad y trabajadores aprendices. Respecto de los trabajadores de casa particular, a partir del 1° de marzo de 2011 se igualó al ingreso mínimo a que alude el artículo 44 del Código del Trabajo.

## 7.3. Aviso al empleador y a la Inspección del Trabajo

Para hacer uso del derecho a reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, y para que el padre haga uso de algunas semanas de postnatal parental, con tope de seis cuando ambos padres son trabajadores, la

trabajadora debe dar aviso al empleador mediante carta certificada enviada con a lo menos 30 días de anticipación al término del período de postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo.

Si no se efectúa esta comunicación, y suponemos dentro del plazo establecido en la ley, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental en conformidad a las reglas generales; es decir, sin el derecho a reincorporación.

No se comprende el motivo por el cual se excluyó la posibilidad que la comunicación sea por escrito, **personalmente** o por carta certificada, como ocurre en los casos de despido y de despido indirecto (arts. 162 y 171 respectivamente) y en el artículo primero transitorio de la ley al tratar el caso de trabajadoras que hayan terminado su descanso postnatal con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Cualquier conflicto respecto del envío de la carta certificada o del plazo dentro del cual debe enviarse, deberá resolverse judicialmente, salvo acuerdo directo de las partes o por intermedio de la Inspección del Trabajo, sin que quede claro de quién será cargo el subsidio por el período de discusión y eventualmente las remuneraciones que debió percibir la trabajadora quien asegura haber enviado el aviso con las formalidades legales.

#### **7.4. Excepciones a la reincorporación**

El empleador está obligado a reincorporar a la trabajadora. Ahora bien, el mismo artículo 197 bis considera un caso en el cual el empleador puede negarse a la facultad de la trabajadora de hacer uso del beneficio de postnatal parental. Este caso ocurre cuando la naturaleza de las labores y las condiciones en que la trabajadora las desempeña sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal.

Esta es también una fuente de posibles conflictos. En algunos casos resultará evidente la imposibilidad de reducir la jornada a la mitad, como ocurriría con una piloto de aerolínea comercial, especialmente en vuelos nacionales o internacionales de larga duración. En este caso el derecho de la trabajadora prácticamente deja de existir, más allá de lo que estime el empleador.

También es fuente de conflicto la situación de trabajadoras que prestan servicios en obras o faenas alejadas de centros urbanos. En este caso, al margen de la naturaleza de las labores y las condiciones en que la trabajadora las desempeña, existe un problema práctico: ¿La trabajadora deberá ser transportada día a día desde la faena hasta su domicilio o, al menos hasta el lugar de residencia transitorio, o podrá cumplir su otra media jornada en el campamento de la empresa sin prestar servicios?

Entendemos que la idea del legislador es que la madre o, en su caso, el padre, esté el mayor tiempo posible con su hijo recién nacido. No se trata de un descanso adicional para la madre, ya que este se ha cumplido con el postnatal de 12 semanas.

La negativa del empleador a la reincorporación debe ser fundamentada e informada a la trabajadora dentro de los 3 días de recibida la comunicación de ésta al empleador, mediante carta certificada con copia a la Inspección del Trabajo **en el mismo acto**.

Nos parece una exageración exigir e incluso una imposición imposible de cumplir, el realizar dos acciones en un mismo acto. Debió decirse, al menos, acto continuo o acto seguido.

La trabajadora podrá reclamar de esta negativa ante la Inspección del Trabajo, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación del empleador. La Inspección resolverá, sin que se fije un plazo para ello y sin que se indique la posibilidad de un reclamo ante los Tribunales del Trabajo. No obstante, por aplicación de las normas generales, contenidas en la Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, se contempla el procedimiento para impugnar resoluciones, dictámenes o declaraciones de juicios, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración.

Descartamos aplicar el artículo 504 del Código del Trabajo, ya que la reclamación judicial debe estar considerada en el Código del Trabajo u otro cuerpo legal, hecho que no fue contemplado, según ya dijimos.

## 8. Jornada extendida

Se denomina jornada extendida, quizás impropriamente, a la facultad del empleador de extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias durante nueve días anteriores a Navidad, con las modalidades contempladas en el artículo 24 del Código del Trabajo.

En esta materia caben dos interpretaciones:

- a) que la mitad de su jornada esté referida a la jornada ordinaria pactada en el contrato de trabajo, en cuyo caso se deroga tácitamente este artículo solo respecto del postnatal parental;
- b) Que **la extensión de jornada** siempre ha estado referida a la jornada ordinaria pactada en el contrato individual y, por ende, "la mitad de su jornada" durante esos 9 días debe calcularse considerando la facultad del empleador.

Optamos por la segunda interpretación.

## **9. Jornada ordinaria excedida**

Similar situación se producirá, conforme al artículo 29 del Código del Trabajo, cuando se exceda la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las máquinas o instalaciones.

## **10. Horas extras**

Durante el permiso postnatal parental no hay prohibición de pactar y trabajar horas extras, aunque se aleja del espíritu de la ley, que tiene por objetivo permitir un mayor tiempo de cuidado directo de la madre o del padre con su hijo.

## **11. Jornadas excepcionales**

El Director del Trabajo está facultado en el inciso penúltimo del artículo 38 del Código del Trabajo para autorizar mediante resolución fundada el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos.

A nuestro entender son aplicables a estas jornadas excepcionales las normas sobre permiso postnatal parental, ya que las modificaciones legales no contemplan excepción alguna al respecto.

Con todo, y salvo la facultad del empleador de acogerse a la excepción a la reincorporación bajo la modalidad de trabajar la mitad de la jornada, resultará difícilmente aplicable este derecho de la trabajadora atendiendo a los sistemas de turnos que habitualmente se encuentran asociados a las jornadas excepcionales y a la secuencia de días de descanso y días de trabajo y a la habitación en campamentos, cuando sea el caso.

## **12. Madre fallecida o padre a cargo del cuidado personal del menor**

En ambos casos corresponderá al padre el postnatal general y el postnatal parental en los términos descritos precedentemente.

### 13. Ambos padres trabajadores

El inciso octavo del nuevo artículo 197 bis se inicia tratando la posibilidad de que el padre haga uso de parte del postnatal parental. Se dice al efecto que “cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la 7ª semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique”. Esto significa que si la madre “cede” al padre hasta seis semanas de las últimas siete de postnatal parental, **la madre debe reincorporarse a sus labores habituales a la jornada normal pactada en su contrato de trabajo**. La modificación legal no contempla la posibilidad de que ambos padres hagan uso simultáneamente de estos beneficios.

Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso, darán derecho al subsidio calculado en base a sus remuneraciones y le será aplicable la reincorporación a jornada reducida en los términos ya explicados.

En resumen: si la madre no se acoge al beneficio de reincorporarse por la mitad de su jornada, el permiso postnatal parental es de 12 semanas a continuación del período postnatal de 12 semanas. Si se acoge a este beneficio, el postnatal parental se extiende de 12 a 18 semanas. Estas 6 o 12 semanas de diferencia como máximo son las que, a elección de la madre, pueden ser utilizadas en todo o parte por el padre. De más está decir que el permiso postnatal parental para el padre no es de 6 o 12 semanas, sino que este es su límite, de manera tal que a elección de la madre, el padre podrá utilizar entre una y seis semanas cuando la madre opta por hacer uso de las 12 semanas o un máximo de 12 semanas cuando la madre optó por la modalidad de trabajar la mitad de su jornada. Aquí debe aplicarse la definición de semana como agrupación de siete días, lo que permite concluir que el postnatal parental de que haga uso la madre o el padre no permite fracciones de semanas o de días.

### 14. Uso del permiso postnatal parental por el padre

Se detallan dos situaciones diferentes en el uso del permiso postnatal parental por el padre en el artículo 197 bis:

- Cuando corresponde al padre el uso del permiso en los casos en que la madre no puede ejercer el derecho; fallecimiento y cuidado personal del menor radicado en el padre.
- Cuando, a elección de la madre, el padre hará uso de un máximo de seis semanas a partir de la séptima semana del permiso. En este caso el padre debe dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada a lo menos

con 10 días de anticipación a la fecha en que hará uso del permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de la comunicación debe remitirse dentro del mismo plazo al empleador de la trabajadora.

Aquí se observa cierta inconsistencia en los plazos de los avisos. Para ejercer el derecho de reincorporación por la mitad de su jornada y para "ceder" al padre una o más semanas, según se indicó, **la madre** debe dar aviso **a su empleador** con a lo menos 30 días de anticipación al término del período postnatal, en tanto que al **empleador del padre** se le comunica con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha en que hará uso del permiso.

De este modo, el empleador de la madre, asumiendo que no es el mismo empleador del padre, contará con un amplio plazo para adoptar las medidas necesarias para reemplazar si fuere necesario la mitad de la jornada que la madre no prestará servicios efectivos, como también del hecho que se "cederá" al padre las semanas de postnatal parental ya referidas. El empleador del padre queda en situación desmejorada respecto del empleador de la madre. Adicionalmente debe considerarse que el padre, en este caso, tiene el beneficio de fuero laboral por un período equivalente al doble de la duración del permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo, fuero que no podrá exceder de tres meses. Tampoco existe coherencia entre el plazo de aviso y el inicio del fuero, ya que el aviso debe darse con a lo menos 10 días de anticipación, en tanto que el fuero se inicia exactamente a contar del décimo día anterior a la fecha en que se inicia el permiso. Lo correcto sería que el fuero se iniciara en forma conjunta con el aviso, el que no podría otorgarse con una anticipación superior a determinados día que estableciera la ley.

Aparentemente se otorga fuero al padre durante las semanas que hará uso de postnatal parental, a fin de evitar que el empleador del padre, asumiendo nuevamente que no es el mismo empleador de la madre, reaccione indebidamente ante la comunicación pensando que su empresa no debería verse afectada por el embarazo y nacimiento de un hijo de una madre que no pertenece a la empresa. Es indudable, sin cuestionar este beneficio para el padre, que su empleador y su empresa se verán afectados en algunos aspectos, especialmente atendiendo a la jerarquía del trabajador y las posibilidades de reemplazarlo o adoptar medidas para paliar su ausencia.

## 15. Tuición o cuidado personal de un menor de edad

Se reemplaza el artículo 200 del Código del Trabajo, que otorgaba permiso y subsidio hasta por 12 semanas al trabajador o trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses por habersele otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal.

En la nueva disposición legal se elimina el requisito de tener el menor una edad inferior a seis meses, otorgándose el beneficio de permiso postnatal parental, respecto de cualquier menor de edad; es decir, menor de 18 años. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por 12 semanas.

Al no distinguir este nuevo artículo 200 del Código, el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis debería aplicarse íntegramente; es decir, con la posibilidad de extensión a 18 semanas en caso de reincorporación a mitad de jornada. En este caso no se establece un plazo para comunicar al empleador que se hará uso del permiso.

Adicionalmente se debe observar que el inciso segundo del nuevo artículo 201 establece derecho a fuero por un año contado desde la fecha en que, por resolución judicial, se confíe el cuidado personal o se otorgue la tuición del menor, 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 sobre adopción de menores (Ley 19.620).

## **16. Sala cuna y derecho de alimentos**

Cabe preguntarse si durante el permiso postnatal parental subsiste el derecho a sala cuna y el derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a los hijos menores de dos años. A nuestro entender estos derechos son aplicables durante el permiso postnatal parental cuando la madre hace uso del derecho de reincorporación por la mitad de su jornada, ya que se cumplen los requisitos de los artículos 203 y 206 del Código, en cuanto a dejar los hijos y darles alimentos, respectivamente, "mientras estén en el trabajo".

Cabe recordar que no es aplicable proporcionalidad en la relación tiempo para alimentar al hijo y jornada de trabajo, según lo ha resuelto la Dirección del Trabajo.

## **17. Fuero**

Se excluye expresamente del fuero el período de postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. En consecuencia el fuero continúa aplicándose durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad.

Esta exclusión es relativa, ya que el permiso postnatal parental es de 12 o 18 semanas que se cuentan a continuación del período postnatal, en tanto que

el fuero por maternidad es hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. Es decir, el período de postnatal parental quedará normalmente comprendido dentro del plazo de un año de fuero. Con todo, se refuerza la idea que el postnatal parental no es descanso maternal.

Debe reiterarse el fuero ya señalado para el padre durante el período de postnatal parental.

Se mantiene la normativa referida al caso que por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor se dispusiere el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174.

En el inciso final del nuevo artículo 201, que mantiene la vigencia del subsidio por descanso de maternidad, de descansos suplementarios y de plazo ampliado, además de hacer referencia al "permiso parental" (debiendo decir permiso postnatal parental) se reemplaza la frase "si el desafuero se produjere" por "si el término del fuero se produjere". Parece acertado referirse al término del fuero en lugar del desafuero, ya que el fuero concluye, además del desafuero cuando proceda, por otras causas, como el fallecimiento del hijo.

## 18. Sanción

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, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales.

## 19. Disposiciones transitorias. Extensión de beneficios a quienes estén haciendo uso de pre o postnatal con anterioridad a la vigencia de la ley

**El artículo primero transitorio** dispone expresamente que 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 en los términos explicados precedentemente.

A quienes estén haciendo uso de **postnatal** a la fecha de entrada en vigencia de la ley se les aplicará la normas relativas a parto prematuro, parto múltiple y concurrencia de circunstancias explicadas precedentemente.

Quienes hayan **terminado su descanso postnatal** con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, tendrán derecho al permiso postnatal parental,

pero sólo hasta la fecha en que el menor cumpla 24 semanas de edad. Adicionalmente, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, hasta que el menor cumpla 30 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. Deberá señalar si hará uso del derecho a reincorporarse a sus labores, si corresponde. Además, la trabajadora del sector privado deberá enviar copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo.

### **19.1. Artículo segundo transitorio**

Quienes hayan hecho uso del permiso de doce semanas establecido en el artículo 200, relativo al permiso que se otorga a la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal, tendrán derecho al permiso postnatal parental. En este caso, el permiso postnatal parental se contará inmediatamente a partir del término del permiso de 12 semanas y se ejercerá sólo hasta la fecha en que el menor cumpla 24 semanas de edad. Adicionalmente, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores, por la mitad de su jornada, hasta que el menor cumpla 30 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. Deberá señalar si hará uso del derecho a reincorporarse a sus labores, si corresponde. Además, la trabajadora del sector privado deberá enviar copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo.

### **19.2. Artículo tercero transitorio. Licencia médica y subsidio por enfermedad grave de un niño menor de un año de edad**

El artículo 199 del Código del Trabajo, que no ha sido objeto de modificación, dispone el derecho a permiso (licencia médica) y subsidio cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave. La modalidad del otorgamiento de estas licencias se encuentra en el artículo 18 del Reglamento de licencias médicas, que, en lo pertinente dispone:

Las licencias por enfermedad de hijo menor se autorizarán por períodos de hasta siete días corridos, prorrogables por iguales lapsos. Cuando las licencias así prorrogadas sobrepasan de un total de treinta días corridos, el reposo posterior que se conceda podrá extenderse por todo el período que se estime necesario.

Ahora bien, la misma ley en estudio introduce varias modificaciones al D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, que establece

normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

Una de estas modificaciones es al artículo 25 del D.F.L. mencionado, que, entre otras materias, agrega un inciso segundo, conforme al cual “El subsidio a que se refiere el artículo 199 del Código del Trabajo sólo podrá otorgarse una vez terminado el permiso postnatal parental”.

A continuación, el artículo tercero transitorio señala que, 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.

Agrega, finalmente, que 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.

## **20. Derecho irrenunciable**

Si bien en las modificaciones al Código del Trabajo respecto del permiso postnatal parental no se hace referencia a si es un derecho irrenunciable, por aplicación del inciso segundo del artículo 5° del Código se debe concluir que es irrenunciable al disponer: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

## **21. Vigencia de la ley**

La ley no contempla una fecha o plazo para su entrada en vigencia, por lo cual regirá a partir de su publicación en el Diario Oficial; esto es, el **17 de octubre de 2011**.

– No hemos incluido en este informe los temas relativos a subsidios en general, al derecho a subsidio para las mujeres que a la sexta semana anterior al parto no tengan contrato de trabajo vigente y al permiso postnatal parental de trabajadores independientes, ya que exceden el ámbito propiamente laboral.