

MINUTA

PROYECTO DE LEY SOBRE PERMISO POSTNATAL PARENTAL: UNA DISCUSI N TERMINADA

Habi ndose terminado la instancia de discusi n del Proyecto de Ley en cuesti n, y estando ste pr ximo a ser promulgado, c mpleme con informar sint ticamente sobre los elementos y regulaciones m s importantes del texto final del proyecto que establece el Permiso Postnatal Parental (en adelante tambi n “el Permiso”).

Las modificaciones y nuevas figuras creadas por este proyecto ser n tratadas en el mismo orden que presenta el texto en cuesti n. Adem s, fijaremos la atenci n en las beneficiarias que se encuentren con contrato vigente y sean dependientes, excluyendo de este informe a las trabajadoras que se encuentren desempleadas al momento de requerir este beneficio y aquellas que trabajen en forman independiente.

Siendo esta la nica advertencia y discriminaci n basal sobre el tema en comento, procederemos a realizar el an lisis propuesto.

1. Permiso al padre en caso de nacimiento del hijo.

En este caso el actual artculo 195 del C digo del Trabajo (CT) modificar n su redacci n, sealando el nuevo texto que se le dar n al padre un periodo de cinco d as de **forma continua** una vez nacido el menor, periodo de cual se excluyen expresamente los d as referidos a descanso semanal, alterando as n el texto original de la norma. Eso s n, mantendr n el proyecto la posibilidad de distribuirlos dentro del primer mes de vida del menor, al igual que la norma vigente actualmente.

2. Ampliaci n de beneficiarios en caso de muerte de la madre.

Dentro de las modificaciones al mismo artculo 195 del CT, los destinatarios del descanso maternal en caso de fallecimiento de la madre mientras sta estuviere gozando de aqu l, ser n adem s del padre (redacci n actual) aqu l a quien le fuere **otorgada la custodia** [SIC] del menor. Debemos entender por “custodia” la entrega del cuidado personal del menor, de acuerdo a la Ley N o 19.585 de 1998. Cualquiera de ellos que ejerza el cuidado personal del menor, gozar n igualmente de fuero y el subsidio respectivo.

3. Extensi n del descanso maternal (descanso postnatal tradicional) en casos espec ficos.

El proyecto de ley contempla 3 nuevos incisos para el artículo 196 del CT, en los cuales se observa la posibilidad de extensión del descanso maternal (de 12 semanas desde el parto), de acuerdo a lo siguiente:

- a. Si el parto se hubiere producido antes de iniciada la 33ª semana de gestación, o el recién nacido hubiere pesado menos de 1.500 gramos, este descanso se extenderá a 18 semanas.
- b. En caso de parto múltiple (2 o más hijos), el descanso postnatal se extenderá en 7 días corridos por cada hijo nacido, beneficio que se contará a partir del segundo hijo.

Ahora bien, de darse en la especie ambos casos, por expreso mandato de la ley, se preferirá aquella que otorgue un periodo de descanso más extenso de acuerdo a las fórmulas antes enunciadas.

4. Creación de la figura del Permiso Postnatal Parental.

Esta es, sin lugar a dudas, la figura jurídica de mayor relevancia, tanto desde el punto propiamente jurídico-laboral, como también de acuerdo a su incidencia social. En este caso, el legislador creó esta figura como un derecho de descanso adicional – principalmente para las madres- consistente en un periodo análogo al descanso maternal tradicional, el que se sumará al descanso maternal ya reconocido por nuestra legislación, adicionando un total de 12 semanas más de permiso postnatal, salvo específicas excepciones, como se verá.

Será, así, entonces, que se da vida a la declaración comunicacional del “postnatal de 6 meses”.

Trataremos esta nueva institución de acuerdo a sus elementos más relevantes.

- a. Cobertura de subsidio maternal: Este subsidio se mantendrá con las mismas características, requisitos y topes que el referido en el artículo 195. Es decir, se mantiene el tope de 66 Unidades de Fomento previsto para el descanso maternal tradicional.
- b. Fuero maternal: en este caso, y según dispondrá el nuevo texto del artículo 195, el fuero maternal se gozará de la misma manera por todo el Permiso Postnatal Parental (tema que será abordado posteriormente con mayor énfasis).
- c. Reincorporación parcial al trabajo: será derecho de la mujer que goce de este beneficio, el poder reintegrarse a sus labores **solo por media jornada**, situación que implicará que el mencionado periodo de descanso se incrementará en 6 semanas, llegando a un total de 18 semanas.

Los elementos más relevantes de este sistema de trabajo reducido, son los siguientes:

- i. La trabajadora recibirá ingresos de manera mixta: Mientras se labore media jornada, la trabajadora percibirá el 50% del subsidio maternal. Esto será complementado con las remuneraciones que está obligado a enterar el empleador, las que no podrán ser inferiores al 50% de los estipendios fijos
-

establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de aquellas remuneraciones variables a las que la trabajadora tenga derecho.

Para tales efectos, el empleador deberá comunicar a la entidad pagadora del subsidio maternal esta situación, antes que la trabajadora se reincorpore.

- ii. Para gozar de este beneficio, la trabajadora deberá comunicar esta decisión a su empleador con, al menos, 30 días de anticipación al término de su descanso postnatal (tradicional), mediante carta certificada, la que deberá ser remitida con copia a la Inspección del Trabajo (IT) respectiva.

Si la trabajadora omitiere este requisito, no tendrá opción a escoger esta modalidad, entendiéndose que hará uso de este beneficio por las 12 semanas posteriores al descanso maternal sin derecho a reintegrarse parcialmente a sus funciones.

- iii. Para el empleador será, en principio, obligatorio aceptar la elección de la trabajadora por reincorporarse media jornada. Sin embargo, podrá rechazar esta solicitud en caso que de la naturaleza de las labores o las condiciones en que deben desempeñarse estas, si lo fuera posible desarrollarlas durante una jornada completa, o aquella que realizaba la trabajadora antes de hacer uso de su permiso prenatal.

La comunicación de la negativa deberá ser fundada y enviada mediante carta certificada a la trabajadora dentro de los 3 días de recibida su decisión de optar por media jornada, en este caso también con copia a la IT respectiva. Con todo, la trabajadora podrá reclamar este rechazo ante dicho Servicio en un plazo de 3 días desde que tome conocimiento de la negativa del empleador a su reintegro.

- iv. En caso que se opte por media jornada de trabajo, las cotizaciones establecidas conforme a la ley N° 16.744 (artículo 17 inciso segundo nuevo) tendrán como base de cálculo las remuneraciones parciales que reciba la trabajadora (o el trabajador) en virtud de dicha posibilidad.

- d. Cesión de Permiso Postnatal: en caso que ambos padres sean trabajadores, desde la séptima semana de este Permiso, a elección de la madre, cualquiera de ellos podrá gozar del beneficio.

La idea de este *traspaso*, por cierto, tiene que ver con la posibilidad de cesión al padre –considerando que será, precisamente, la madre quien goce enteramente de este beneficio– de la posibilidad de generar, desde un comienzo, lazos con el menor mediante el cuidado y relación directa con este.

Luego, dándose este caso y optando por la cesión del Permiso, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- i. El padre deberá comunicar esta situación a su empleador mediante envío de carta certificada con una antelación mínima de 10 días, la que deberá emitirse con copia a la IT.
 - ii. Dentro del mismo plazo deberá enviarse copia de la comunicación referida en el numeral anterior al empleador de la trabajadora.
-

- iii. El empleador del trabajador deberá comunicar esta situación a la institución encargada de pagar el subsidio maternal antes que el padre comience a hacer uso del mismo.

En definitiva, de darse este *traspaso*, el padre tendrá –por el lapso que signifique dicha medida– los mismos beneficios otorgados a la madre. Es decir, gozará del subsidio maternal en los mismos términos, esta vez en proporción a sus propias remuneraciones; gozará de fuero; y, podrá optar a trabajar durante media jornada bajo las mismas condiciones señaladas anteriormente para la titular del beneficio.

5. Casos en que se tenga cuidado personal del menor por sentencia definitiva, medida de protección o por procedimiento de adopción.

El nuevo artículo 200 amplía el ámbito de cobertura en cuanto los destinatarios del Permiso, y a la forma en que este puede gozarse por dichos sujetos.

En primer término hace inclusivos a aquellas personas que tuvieren el cuidado personal no sólo por sentencia de cuidado personal y medidas de protección, sino también en caso de otorgarse el cuidado personal del menor durante el proceso de adopción, tal y como lo regulan los artículos 19 y 24 de la ley sobre esta materia.

Por otro lado, establece un beneficio diferenciado en atención a la edad que tenga el menor al momento de determinarse el cuidado personal de éste. Si el niño fuere mayor de 6 meses de edad, el artículo en comento otorga al depositario del cuidado personal la posibilidad de ejercer el Permiso Postnatal Parental, regulado en el artículo 197 bis, en su totalidad. En cambio, si el niño tuviere menos de 6 meses de edad, además de poder gozar de este beneficio, quien ejerza dicho cuidado personal tendrá derecho a un permiso previo de 12 semanas, amparado también por el subsidio maternal, para luego gozar del Permiso Postnatal Parental.

6. El Fuero Maternal.

Si bien los términos y regulaciones generales sobre el fuero se mantienen prácticamente idénticos, sí existe variación elemental –considerando la nueva figura del Permiso Postnatal Parental– desde el momento en que se goza de este derecho, y quienes son los destinatarios de esta medida protectora.

- a. El periodo de fuero maternal: se mantiene en términos análogos a la redacción actual del Código 200 del CT. En este caso, el fuero se concederá durante todo el periodo del embarazo y hasta un año después de expirado el **descanso maternal**, con expresa exclusión del Permiso Postnatal Parental. Es decir, si bien el Permiso Postnatal Parental estará cubierto por el fuero maternal, no tendrá repercusión en cuanto la fecha en que éste se cuente.
 - b. Caso de *traspaso* del Permiso: en este caso, y como figura innovadora, el padre que goce del Permiso en virtud del *traspaso* de semanas por parte de la madre, gozará también del fuero maternal. En este caso, el fuero reconocido para éste será correspondiente al doble del periodo en el cual hizo uso del Permiso, con un tope máximo de 3 meses.
-

Estas son las principales modificaciones o innovaciones, en su caso, que propone el proyecto de ley ya aprobado sobre concesión del Permiso Postnatal Parental. Sin embargo, cabe incluir las disposiciones transitorias de la misma ley, la que una vez siendo publicada, regirá y beneficiará a trabajadoras que estén en condiciones de ejercer, parcialmente, algunos de los beneficios ya reseñados.

7. Extensión de beneficios mediante normas transitorias.

- a. Mujeres que se encuentren gozando de su periodo de pre o postnatal (descanso maternal “tradicional”) a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley: estas podrán gozar, sin restricción alguna, del Permiso de 12 semanas que crea esta ley, una vez que culmine el descanso maternal respectivo.
- b. Extensión de descanso maternal de acuerdo a las nuevas figuras agregadas al artículo 196 (ver punto N° 3): en este caso, las mujeres que se encuentren gozando de su descanso maternal a la entrada en vigencia de la ley, podrán ver extendidos sus respectivos periodos de descanso de acuerdo a la modificación propuesta, analizada anteriormente.
- c. Mujeres que hayan terminado su descanso maternal: si la trabajadora tuviera un hijo menor de 24 semanas de edad, y haya terminado su descanso maternal (postnatal “tradicional”), podrá hacer uso del Permiso Postnatal Parental hasta que el menor cumpla dicha edad. Además, si quisiera ejercer el derecho de reincorporación por media jornada de trabajo, ese límite se extenderá hasta que el menor cumpla 30 semanas de vida.

En este caso el sistema de comunicación será más breve, debiendo la trabajadora comunicar a su empleador, ora personalmente, ora mediante carta certificada, el ejercicio de este derecho (en cualquiera de las dos modalidades previstas), con un plazo mínimo de 5 días de anticipación a la fecha en que ejercerá tal facultad. Luego, si la trabajadora pertenece al sector privado, esa comunicación deberá ser enviada con copia a la IT respectiva.

- d. Caso de cuidado personal por sentencia judicial, medidas de protección o Ley de Adopción: en este caso (tal como regula el nuevo artículo 200 del CT), los trabajadores que hayan hecho uso del periodo de 12 semanas ahí dispuesto con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, tendrá igualmente derecho a gozar del Permiso Postnatal Parental. En este caso, se contará el plazo para gozar de este beneficio inmediatamente después de terminado el descanso maternal de 12 semanas, ejerciéndose este derecho del mismo modo que señalamos en la letra “c” precedente.

Observaciones Finales

La discusión en torno al proyecto de ley en comento generó una serie de cambios dentro de la estructura final del texto legal, como es posible inferir de los elementos antes anotados.

Dichas modificaciones tuvieron principal relación con la eliminación del tope al subsidio propuesto por el Ejecutivo, en cuanto este otorgaba un máximo de 30 Unidades de Fomento como límite al cálculo del mismo. También fue excluido del texto final la posibilidad de *flexibilizar* el prenatal, reduciéndolo en 2 semanas y agregándose al período

de descanso maternal, tal y como lo propugnaba el Mensaje Presidencial. Asimismo, se eliminaron las consideraciones relacionadas a la creación de *tipologías* de enfermedades del recién nacido, la que tenía como objeto limitar la extensión de licencias médicas por dichos motivos, significando menores costos para las empresas.

De tal modo, entonces, se terminó por cristalizar un proyecto de ley que tiene énfasis en la protección de la maternidad y de la familia como conjunto, acercando la regulación sobre este tipo de permisos y descansos a las legislaciones de países más avanzados en materia de políticas laborales y previsionales. Sin embargo esto, aún quedarán por sortear los problemas interpretativos que esta ley pueda generar, debiendo quedar atentos a los análisis jurisprudenciales, por una parte; y de los que entregue la Dirección del Trabajo cuando conozca de estas materias, una vez que entre en vigencia la ley.

No obstante lo anterior, el análisis contemplado en las líneas precedentes permitirá entender los alcances jurídicos más relevantes de este proyecto próximo a convertirse en ley de la República, generando certezas suficientes para adaptarse a la nueva regulación que dispone.

Les saluda cordialmente,

LUIS LIZAMA PORTAL
Abogado

Santiago, 6 de octubre de 2011.
