



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 4635 (1155) 2016
S/K (1098) 2016

2871

Jurídica

ORD.: _____/

MAT.: Atiende consulta relativa al postnatal parental que corresponde a quienes, por resolución judicial, se les ha confiado el cuidado personal de un niño menor de seis meses.

- ANT.:**
- 1) Instrucciones de 25.05.2016, de Jefe de Departamento Jurídico
 - 2) Email de 10.05.2016, de doña Fabiola Mutarello
 - 3) Ordinario N° 353 de 03.05.2016, de don Rubén Gajardo Morales, Director Regional del Trabajo de Antofagasta
 - 4) Email de 27.04.2016, de don Eduardo Machuca Cereceda, Coordinador Jurídico Región de Antofagasta
 - 5) Presentación de 20.04.2016, de doña Fabiola Mutarello Aros

SANTIAGO,

30 MAY 2016

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : FABIOLA MUTARELLO AROS
fabiolamutarello@gmail.com

Mediante presentación de los antecedentes 2) y 5), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a la forma en que debe hacer uso del postnatal parental, toda vez que por sentencia judicial, se le ha conferido el cuidado personal de un niño.

Detalla en su presentación, diversas consultas relativas a la forma y oportunidad para hacer uso del derecho al descanso postnatal parental, estableciendo como circunstancias fácticas las siguientes:

- Que el niño respecto de quien ha asumido el cuidado personal, nació el día 9.11.2015.

- Que el cuidado personal del niño le fue conferido por sentencia judicial de fecha 02.02.2016.

- El día 25.02.2016, la ocurrente habría comunicado a su empleador su decisión de hacer uso de postnatal parental en régimen de media jornada.

- Que el 01.03.2016, habría sufrido un accidente laboral, por el que se le han extendido sucesivas licencias médicas, gozando del subsidio por incapacidad laboral temporal contemplado en la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Ante tales circunstancias, plantea específicamente las siguientes consultas:

1.- Si el médico tratante de su patología laboral, estima necesario extender el período de licencia médica ¿Debe igualmente comenzar su postnatal parental o por el contrario podría postergar el inicio de éste?

2.- Respecto al Derecho a Sala Cuna, solicita se aclare desde qué momento el empleador se encuentra obligado a otorgar dicha prestación, y si en caso del goce de postnatal parental en régimen de media jornada, resultaría jurídicamente procedente el pago de sala cuna exclusivamente por el tiempo de prestación efectiva de servicios.

Al respecto, cabe considerar lo dispuesto en el artículo 200 del Código del Trabajo, que señala:

“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 la norma legal transcrita, se infiere que por expresa disposición del legislador, los trabajadores a quienes se les ha otorgado por sentencia judicial, el cuidado personal de un niño menor de seis meses, tienen derecho a doce semanas de permiso con goce de subsidio.

Acorde con lo expresado en el párrafo anterior, esta Dirección mediante Dictamen N° 2653/208 de 29.06.2000, ha indicado que el derecho al descanso y subsidio *“...no ofrece mayores complejidades de interpretación, en el entendido que el beneficio se debe impetrar en razón de ser el niño menor de 6 meses de edad. De esta suerte, forzoso es concluir que los beneficios establecidos en el artículo 200 del Código del Trabajo deberán necesariamente impetrarse antes de que el menor cumpla seis meses de edad”.*

El mismo pronunciamiento, razona en el sentido que *“...el permiso y subsidio de la mujer trabajadora que se encuentre en la situación precedentemente descrita¹, y aquellos que corresponden a la madre biológica, constituyen beneficios que tienen diferentes requisitos y fuentes de origen, circunstancia ésta que permite sostener que tanto ésta como aquella tienen derecho a impetrarlos en los términos que en cada caso, prevé la ley”.*

Así entonces, conforme al sentido interpretativo expuesto, el permiso de 12 semanas que el Código del Trabajo confiere a quien ha asumido, por decisión judicial, la tuición o cuidado personal de un menor de seis meses, puede ser impetrado e iniciarse en cualquier momento dentro de dicho período, es decir hasta el día anterior a que el niño cumpla su sexto mes de nacimiento.

Ahora bien, según se advierte de los antecedentes aportados por la consultante, ésta ha gozado de un subsidio por incapacidad laboral temporal por motivo de accidente de trabajo, desde el 01.03.2016 hasta el viernes 06.05.2016², circunstancia por la que se ha visto impedida de iniciar el descanso en estudio dentro del término fijado por el legislador, razón por la que, se estima jurídicamente procedente que la trabajadora pueda iniciar el postnatal parental contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, a pesar de que éste no haya sido antecedido por el permiso que otorga el artículo 200 del mismo cuerpo normativo.

¹ Se refiere al hecho de habersele otorgado la tuición o cuidado personal de un niño menor de seis meses, conforme al artículo 200 del Código del Trabajo.

² Certificado de Alta Médica Ley N° 16.744, N° 2230661 de fecha 06.05.2016.

Atendido lo anterior, y considerando que la resolución de este punto incidirá en la determinación del pago de subsidios por parte de instituciones sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social, se estima necesario que sea dicha entidad quien resuelva este aspecto de la presentación, remitiéndosele los antecedentes al efecto.

En lo relativo a la pregunta N° 2, referida al Derecho a Sala Cuna, en que solicita se aclare desde qué momento el empleador se encuentra obligado a otorgar dicha prestación, y si en caso del goce de postnatal parental en régimen de media jornada, resultaría jurídicamente procedente el pago de sala cuna exclusivamente por el tiempo de prestación efectiva de servicios, cabe considerar lo dispuesto en los incisos 1° y final del artículo 203 del Código del Trabajo, que disponen:

"Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter..."

"...El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador."

De la norma transcrita se infiere que el legislador ha hecho extensivos los derechos de sala cuna al o a la dependiente que, en virtud de una resolución del tribunal de justicia competente, tiene el cuidado personal del niño o niña menor de dos años, en el evento que la obligación de sala cuna sea exigible al empleador.

Por lo que el derecho a sala cuna resulta exigible a partir del momento en que la sentencia por la que se confía el cuidado personal del niño al dependiente, le es comunicada al empleador.

Por otra parte, se observa que el derecho a sala cuna está destinado a otorgar un cuidado al menor, durante el tiempo en que él o la dependiente está prestando sus servicios, atendido lo cual, el referido derecho no subsiste en aquellos casos en que se encuentra suspendida la obligación de prestar servicios, salvo que tal circunstancia obedezca a un hecho que impida cuidar adecuadamente al menor de dos años (conforme a Dictamen N° 4951/078 de 10.12.2014).

En ese sentido, mediante Dictamen N° 1013/21 de 27.02.2015, esta Dirección ha expresado que:

"...todos los casos de descanso por maternidad, en cualquiera de sus formas, esto es licencia médica de la madre trabajadora, cualquiera sea la causa, esto es "Enfermedad o Accidente Común", "Medicina Preventiva", "Descanso Pre y Post Natal", "Enfermedad Grave del Niño Menor del Año", "Accidente del Trabajo o del Trayecto", "Enfermedad Profesional" y "Patologías del Embarazo", siempre que ello le impida cuidar adecuadamente a su hijo menor de dos años, se debe autorizar la concurrencia de su hijo a una sala cuna, puesto que de no hacerlo, no sólo se pondrá en riesgo la salud e integridad física del menor, sino que también la de la madre, que no podrá dar cabal cumplimiento a su reposo médico".

"De este modo, atendido el contexto jurídico dentro del cual se encuentra inserto el artículo 203 del Código del Trabajo y la finalidad perseguida por el mismo en la actual regulación, dentro del Título II del Libro II del Código del Trabajo, denominado "De la Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar", no puede sino entenderse que en las situaciones descritas precedentemente debe reconocerse el derecho de la madre trabajadora de llevar a sus hijos menores de dos años a sala cuna, sin hacer diferencias entre los beneficios que se otorgan de una u otra situación, ya que cualquier distingo que se efectúe al respecto es arbitrario y contrario a la finalidad de la norma y a los principios de seguridad social. Lo mismo deberá ocurrir en el caso que la obligación se esté ejecutando mediante la entrega de un bono compensatorio".

En virtud de lo anterior, forzoso resulta concluir que durante el período de postnatal parental que se le reconoce al dependiente, que por resolución judicial se le ha confiado el cuidado personal de un niño, no resulta obligatorio

para el empleador conceder el beneficio de sala cuna o aquel bono compensatorio que se hubiera pactado al efecto, a menos que, se presenten circunstancias que impidan al trabajador cuidar adecuadamente al menor.

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas, cúpleme informar a Ud., que en lo referido a sus consultas referentes al postnatal parental que corresponde a quienes, por resolución judicial, han asumido el cuidado personal de un niño, deberá estarse a lo expresado en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASERO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




ZSP/PRC

Distribución:

-Jurídico, partes, control