

PRIMER ANALISIS PROYECTO LEY SOBRE POST NATAL.

El gobierno envió el 28 de Febrero de 2011 el mensaje N° 611 – 358 al Senado, con el que somete a consideración un proyecto de ley vinculado al post natal.

El proyecto contiene un artículo 1° con 2 numerales. El N° 1 reemplaza los artículos 195 al 199 y del 200 al 201, todos del Código del Trabajo. El N° 2 introduce un nuevo inciso final al artículo 206. Lo demás son las adecuaciones a los artículos vinculados en otras leyes, que variarían en caso de aprobarse este proyecto.

El artículo 2° del proyecto apunta a introducir las modificaciones al DFL N° 44 de 1978, que establece las normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

Por eso se ha resuelto vincular las reformas con la legislación vigente para posibilitar una mejor visualización de las mismas.

1.-

Artículo 195:

*En el inciso primero, sigue vigente el derecho a descansar 6 semanas antes del parto y doce semanas después de él. Sin embargo establece también que: “hasta 2 semanas del reposo prenatal podrán ser traspasadas por la trabajadora a su post natal, con expresa autorización del médico tratante. Si éste dice que se amerita reposo, se inicia de inmediato el postnatal y no rige el traspaso del tiempo restante”

*En el inciso segundo, el padre mantiene el derecho al permiso de 5 días continuos tomados desde el momento del parto o distribuidos en el primer año desde el nacimiento, aunque se propone que si son continuos se “excluye de ellos el descanso semanal”. Asimismo y respecto a quienes adoptan dice que el permiso de 5 días se concederá al padre o la madre que se le conceda la adopción de un hijo, y se contará desde la sentencia definitiva. En la reforma propuesta se dice que “el permiso se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción y se contará a partir de la resolución que otorga el cuidado personal o acoge la adopción del menor”.

*El inciso tercero establece que si muere la madre durante el parto o después de este será el padre a quien corresponda gozar del fuero y el subsidio que otorga la ley. La propuesta de gobierno es que, además del padre, se beneficie “aquel a quien le fuera otorgada la custodia del menor”.

*El inciso cuarto dice que el padre privado por sentencia judicial del cuidado del menor pierde el derecho a fuero. La propuesta agrega que también “pierde el derecho a subsidio, que está mencionado en el inciso tercero.

*El inciso quinto se mantiene en su lectura.

*El inciso sexto, se mantiene en su lectura incorporando al final la frase “incluido el periodo establecido en el artículo 197 bis”.

COMENTARIO: Estamos en presencia de una propuesta de modificación a la ley que no parece ir en ayuda de la mujer trabajadora. Solo está proponiendo la posibilidad de cambiar 2 semanas del prenatal al post natal, bajo el cumplimiento de algunas condiciones. Las demás reformas propuestas en este artículo parecen apuntar a corregir errores u omisiones de la ley vigente, como establecer la exclusión del día de descanso semanal, en el permiso de los 5 días continuos.

Artículo 196:

*El actual inciso primero dice que, si durante el embarazo se produce enfermedad como consecuencia de este y lo comprueba con certificado médico, la trabajadora tendrá derecho a un descanso prenatal suplementario, fijado por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas.

La reforma establece que esta enfermedad debe ser comprobada “con una licencia médica, en este caso no se podrá optar a traspasar las 2 semanas del prenatal al postnatal propuestas en el artículo 195 inciso 1°.

*El inciso segundo establece que si el parto se produce después de las 6 semanas del prenatal se entenderá éste prorrogado hasta el alumbramiento y desde ahí se inicia el post natal. Esto debe ser comprobado con el correspondiente certificado médico o de matrona.

La reforma mantiene los plazos pero vuelve a exigir “que la comprobación sea con licencia médica”.

*El inciso tercero dice que si por consecuencia del alumbramiento se produce enfermedad que impida a la mujer regresar a su trabajo al término del postnatal, comprobado esto con certificado médico, el postnatal se extenderá por el tiempo que fije en su caso, el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa.

La reforma indica que la enfermedad “debe ser comprobada con licencia médica.”

*El inciso cuarto es derogado por la reforma.

COMENTARIO. La reforma del gobierno cambia la frase “certificado médico” por “licencia médica”. Pese a que en su fundamentación manifiesta especial preocupación por las mujeres de menores ingresos, con esta exigencia hace obligatoria la presentación de licencias médicas, que generalmente serán expedidas por médicos que cobraran por la consulta.

Es importante hacer notar que en este artículo se deroga el último inciso que establece que los certificados médicos serán expedidos gratuitamente, cuando sean solicitados a médicos o matronas que por cualquier concepto perciban remuneraciones del Estado.

Artículo 197:

*El inciso primero dice que para hacer uso del descanso de maternidad indicado en el artículo 195 debe presentarse al empleador un certificado médico o de matrona, que acredite que el embarazo llegó al período fijado para obtenerlo.

La reforma amplía este inciso diciendo que, para el traslado de las 2 semanas de prenatal (que se propone en el artículo 195) se debe presentar junto al certificado citado la autorización escrita del médico o matrona, 10 días antes del inicio del prenatal

*El inciso segundo se mantiene igual.

* El inciso tercero se deroga.

COMENTARIO: Aquí se mantiene la petición del certificado médico para iniciar el descanso de maternidad (cambiado por licencia médica en el artículo anterior). Se incorpora la petición de una autorización escrita del médico o matrona, para usar el derecho a trasladar las 2 semanas de prenatal a post natal, que se debe presentar con 10 días de anticipación a este plazo.

Probablemente certificado y autorización médica no serán gratuitos, ya que se deroga el inciso tercero de este artículo, que establece que los certificados serán expedidos gratuitamente por médicos o matronas, cuando estos por cualquier motivo perciban remuneraciones del Estado.

LA REFORMA PROPONE UN NUEVO ARTICULO 197 BIS

*Durante las 12 semanas siguientes inmediatas al termino del postnatal existirá un permiso posnatal parental a favor de la madre. No obstante, a elección de la madre, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo.

*La mujer o el padre trabajador que estén haciendo uso del permiso post natal parental recibirán el subsidio mencionado en el articulo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental no podrá exceder de 30 UF (valor vigente al ultimo día de cada mes anterior al pago) y para determinarlo se considera siempre la remuneración de la madre, independiente de quien haga uso del permiso.

El tope de 30 UF también es aplicable a funcionarios del Estado cuando hagan uso del permiso posnatal parental. Este subsidio lo financia el Estado.

* Fallecida la madre y si el padre tuviera el cuidado personal del menor por sentencia judicial, a éste le corresponderá el permiso postnatal parental.

*Si la remuneración imponible de la madre o el padre no es cubierta por el subsidio, se podrá trabajar a jornada reducida durante el periodo del permiso postnatal parental. La remuneración que se obtenga por la jornada sumada al subsidio no podrá superar el promedio de las 3 ultimas remuneraciones al inicio del descanso prenatal o al inicio del permiso posnatal parental en el caso del padre.

*Si la madre quiere trabajar parcial, debe notificar a su empleador por carta certificada al domicilio de éste, 45 días antes del termino del postnatal.

*Si es el padre el que hará uso del beneficio de trabajo parcial, debe notificar por carta certificada al domicilio de su empleador 10 días antes del inicio del beneficio, copia de esta carta va a la Inspección del trabajo y al empleador de la mujer.

*El empleador que impida u obstaculice lo anterior será sancionado con multas que irán de 14 a 150 UTM. Solo hay que denunciar en la Inspección, ésta puede actuar de oficio.

COMENTARIO: El nuevo articulo 197 bis establece un permiso postnatal parental a favor de la madre, que será inmediatamente siguiente al postnatal actual y que podrá ser traspasado al padre a contar de la sexta semana.

Este permiso estará beneficiado con subsidio, pero el subsidio ya no es equivalente al total de las remuneraciones y asignaciones, sino que tiene un tope máximo de 30, tope que también se aplicará a las remuneraciones de los funcionarios de la administración pública cuando hagan uso del permiso postnatal parental.

Independientemente de quien haga uso del permiso, el subsidio siempre se calculara de acuerdo a las remuneraciones de la madre.

Si el beneficiario no ve cubierta toda su remuneración con el subsidio, podrá trabajar parcialmente para completar ingresos.

Como está presentado este articulo 197 bis, en ningún caso asegura la extensión del postnatal en los términos en que el mismo gobierno lo define en sus ANTECEDENTES (leer al final de este texto) y menos asegura la mantención de los subsidios vigentes.

Articulo 198:

*Establece que la mujer que haga uso del descanso del articulo 195, o de descanso suplementarios y plazo ampliado del articulo 196 recibirán un subsidio equivalente al total de las remuneraciones y asignaciones que percibe, del que solo se deducen las imposiciones y descuentos legales.

La reforma incorpora a los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental e indica que recibirán un subsidio calculado según lo dispuesto en el artículo 197 bis (las 30 UF como tope), manteniendo las deducciones.

COMENTARIO: La reforma regula el pago del subsidio según el tramo en que se disfrutara. O sea mientras se encuentre la mujer con prenatal y postnatal tendrá derecho a subsidio sin tope. Pero desde que se inicie el postnatal parental el subsidio se fija con un tope de 30 UF. Nuevamente la reforma es contraria a sus propios fundamentos.

Artículo 199:

* Inciso primero, dice que cuando por motivo de enfermedad grave de un niño menor de 1 año que requiera atención en el hogar, acreditado por certificado médico otorgado o ratificado por servicio que tenga a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y al subsidio del artículo 198, por el periodo que el servicio determine.

Si ambos padre son trabajadores cualquiera de ellos a elección de la madre podrá gozar del permiso y subsidio. Gozara de ellos el padre cuando la madre hubiera fallecido, o tuviera tuición del menor por sentencia judicial.

*Inciso segundo, tendrán derecho a este permiso y subsidio la trabajadora o el trabajador que tenga un menor de edad inferior a un año, y se les haya otorgado la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Esto se extiende al cónyuge, de la misma manera que en el inciso anterior.

*Inciso tercero, Si los beneficios se obtienen en forma indebida los trabajadores será responsables de la restitución de las prestaciones, sin perjuicio de arriesgar sanciones penales.

La reforma, junto con modificar la lectura de los incisos, propone que:

*Cuando la salud del niño menor de un año requiera atención en el hogar, centro hospitalario u otro donde se le proporcionen los cuidados necesarios, con motivo de enfermedad grave o gravísima, la madre tendrá derecho al permiso y subsidio del artículo 198. Si es enfermedad grave el referido subsidio no excederá a las 30 UF y solo podrá ejercerse el derecho vencido el descanso post natal y el post natal parental .

*Si ambos padres son trabajadores cualquiera de ellos a elección de la madre podrá gozar del permiso y subsidio. Tratándose de las enfermedades graves o gravísimas del hijo para determinar la base de calculo del subsidio siempre se considera la remuneración de la mujer, independiente de quien haga uso del permiso.

El beneficio lo tendrá el padre por fallecimiento de la madre, o por sentencia judicial que le otorgue cuidado personal del menor.

*El carácter de enfermedad grave o gravísima deberá ser acreditado mediante licencia médica otorgada por el profesional tratante (en este artículo antes de la reforma, la enfermedad grave se acredita mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores y no se habla de enfermedad gravísima), donde precise el diagnóstico, el carácter de enfermedad grave o gravísima con acompañar un informe que detalle procedimientos y justifique la necesidad de cuidado permanente.

*Las enfermedades graves o gravísimas para acceder a la licencia serán determinadas por un decreto supremo del Ministerio de Salud y suscrito también por Hacienda, actualizado cada 3 años. Para determinar estas patologías se dictara un reglamento dictado por el Ministerio de Salud y suscrito por los ministerios de Hacienda y Trabajo.

*Tiene derecho al permiso y al subsidio la trabajadora o el trabajador a cargo de un menor de un año por quien se otorgó tuición o cuidado personal,. Este derecho se extiende al cónyuge.

*Si se han obtenido indebidamente los beneficios deberán ser restituidos por los beneficiarios de estos. Serán solidariamente responsables los profesionales o trabajadores que participaron del proceso.

*Los 2 últimos incisos ponen énfasis en las sanciones penales a los que incurran en falsedades y en la posibilidad que se determine la prohibición al profesional de emitir licencias médicas mientras dure la investigación.

COMENTARIO: Se amplía el ámbito en el cual el niño menor a un año puede requerir atención médica. Pero también se instala el concepto de enfermedad gravísima. Aunque se mantiene el subsidio y permiso a la madre, se deja claro que si la enfermedad es grave el subsidio será con tope de las 30 UF. Aunque no lo dice explícitamente, se infiere que si es enfermedad gravísima el subsidio será sin tope. El carácter de la enfermedad grave o gravísima debe ser establecido por licencia médica, a la que se acompañaran otras exigencias. Corresponderá a los ministerios de Salud y Hacienda determinar cuales enfermedades serán graves y cuales gravísimas y se dictará un reglamento en que también participa ministerio del Trabajo, junto a los ministerios mencionados.

EN LA REFORMA NO SE TOCA EL ARTICULO 199 BIS. VALE LA PENA CONOCER SUS PRINCIPALES PUNTOS.

*Cuando la salud de un menor de 18 años requiera atención personal de sus padres con motivo de accidente grave, enfermedad terminal, enfermedad grave aguda con probable riesgo de muerte., la madre trabajadora tendrá derecho a permiso de ausentarse por un periodo de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas en jornadas completas o parciales.

*Las circunstancias de enfermedad deber ser acreditadas por certificado del demidoc tratante..

*El tiempo no trabajado se paga imputándolo al próximo feriado anual, o con horas extras o de la manera en que lo resuelvan las partes.

*Sin nada de lo anterior es factible, se puede descontar de la remuneración 1 día por mes o totalmente si hay finiquito.

Artículo 200

Su inciso único dice que la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a 6 meses, por habersele otorgado judicialmente tuición o cuidado personal del menor, tendrá derecho al permiso y subsidio hasta por 12 semanas.

La reforma plantea:;

*Trabajador (a) que tenga a su cargo un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal, tendrá derecho al permiso postnatal parental del artículo 197 bis. Además, si el menor tuviera menos de 6 meses, le será aplicable el permiso postnatal del artículo 195

*A la solicitud de permiso hay que acompañar necesariamente una declaración jurada del trabajador(a) de que tiene tuición o cuidado personal y un certificado del tribunal que concedió e la tuición.

COMENTARIO: Se le ha dado una nueva redacción para adecuarlo a las reformas propuestas. Es claro que no está referido al fondo del tema y su incidencia será menor, el mayor problema seguirá siendo como los postulantes a adopción superan las trabas y la burocracia, para poder acceder a los permisos y subsidios.

Artículo 201

*El inciso primero sostiene que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el postnatal la trabajadora estará sujeta al fuero del artículo 174.

*Inciso segundo dice que tratándose de mujeres u hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar tendrá fuero de un año desde que se otorgue el cuidado personal del menor o bien le otorgue la tuición.

*Lo anterior solo rige hasta que el juez decida poner término al cuidado personal del menor o deniegue la solicitud de adopción. También cuando deja sin efecto una adopción por otra resolución judicial

*Inciso cuarto dice que, si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o de tuición se pone término al contrato, la medida quedará sin efecto, el trabajador volverá a su trabajo para lo que bastará presentar certificado médico o de matrona, o copia autorizada de la resolución del tribunal por la tuición o cuidado personal. Se debe remunerar el tiempo separado del trabajo si es que no se tuvo derecho a subsidio. La afectada debe hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

*Inciso quinto plantea que, si el desafuero se produce dentro del descanso al que aluden los artículos 195 y 196, se sigue percibiendo el subsidio del artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso.

Para los efectos del subsidio de cesantía, si correspondiera, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que se dejó de percibir el subsidio maternal.

La reforma plantea:

*Durante el embarazo y hasta un año después del nacimiento del niño la trabajadora gozará de fuero laboral, y estará dispuesta a lo indicado en el artículo 174.

Si el padre ocupa el permiso postnatal parental (artículo 197 bis) tendrá fuero por un período equivalente al doble del permiso, a contar de los 10 días anteriores al uso del mismo. En este caso el fuero de la madre se reduce en el equivalente al tiempo que usó el fuero el padre.

*Luego mantiene los incisos segundo, tercero y cuarto.

*En el inciso quinto mantiene la lectura y solo suma a los artículos indicados el artículo 197 bis.

*Sin embargo incorpora un nuevo inciso sexto que establece que, si se trata de trabajadores o trabajadoras cuyos contratos de trabajo sean de plazo fijo, por obra, servicio o faena determinada, el fuero solo los amparará durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar desafuero al término de ellos.

COMENTARIO: La reforma da 2 fuertes golpes a los derechos de las mujeres trabajadoras, actualmente vigentes.

El primero la disminución del fuero, ya que mientras en la legislación vigente dura hasta un año después de expirado el descanso del postnatal, en la reforma se establece que durará hasta un año después del nacimiento del hijo.

El segundo es la limitación del fuero del artículo 174 hasta el término del contrato, para aquellas trabajadoras contratadas a plazo fijo, por obra, servicio o faena determinada. Además y por último, la reforma establece un fuero al padre si éste usa el permiso postnatal parental fuero que durará el doble de la duración del permiso, pero en este caso el fuero de la madre se reduce en el mismo tiempo del que ocupe el padre.

2.-

Para entender la última reforma vamos a revisar lo que dice el artículo 206:

*Las trabajadoras tendrán derecho a disponer de a lo menos una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de 2 años. Que pueden ejercer el derecho en cualquier momento dentro de la jornada o dividiéndolo en 2 porciones, o postergando o adelantando en media hora o en una hora el inicio o término de la jornada de trabajo.

*Que este derecho podrá ser ejercido en sala cuna o donde se encuentre el menor.

*Que el tiempo utilizado para dar alimento se considera trabajado para todos los efectos.

*Que este derecho no puede ser renunciado en forma alguna y es para todo hijo menor de 2 años, aun cuando no se tenga el beneficio de la sala cuna, del artículo 203.

*Si se goza del derecho a sala cuna, el tiempo que se usa para movilizarse no se cuenta dentro de la hora otorgada para alimentar al hijo. La empresa debe pagar el viaje de ida y regreso de la madre que alimenta.

El gobierno en su reforma incorpora un nuevo inciso al final del artículo:

”No gozarán del derecho establecido en este artículo, las trabajadoras cuya jornada de trabajo sea parcial o reducida de conformidad al artículo 197 bis.

COMENTARIO: Con este nuevo inciso, todas aquellas madres trabajadoras que tienen contratos de tiempo parcial, así como aquellas que pudieran trabajar una jornada reducida estando afectas al artículo 197 bis (nuevo), pierden el derecho a dar alimento a sus hijos menores de 2 años, derecho que les otorga la actual legislación..

UNA PRIMERA OPINION Y ALGUNAS PROPUESTAS

La lectura de estas reformas a varios de los artículos del TÍTULO II del Código del Trabajo “DE LA PROTECCION A LA MATERNIDAD pueden calificarse de regresivas, ya que si bien se presentan algunos elementos positivos - como la exclusión del descanso semanal del permiso de 5 días por nacimiento de un hijo, o el descanso posnatal parental que no existía y el subsidio limitado que se establece para este que tampoco existe, la ampliación del ámbito para el permiso por la enfermedad grave de un hijo, que hasta ahora solo era el hogar e incluso el fuero para el padre cuando hace uso del permiso posnatal parental - en ningún caso son asimilables a la pérdida de derechos que encierra el conjunto de la propuesta.

Por último, decir que no debemos olvidar que estamos interesado en que se discuta sobre el derecho a acceder a sala cuna para todas las mujeres trabajadoras, sin las reformas establecidas actualmente en el artículo 203.

El gobierno se pisa la cola con su propuesta del artículo 197 bis.:

En los ANTECEDENTES que entrega para fundamentar el proyecto dice, en el punto II “LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCION A LA MATERNIDAD” que, “Existe consenso entre los médicos respecto de la importancia que tiene el apego y la lactancia materna tanto para el desarrollo físico como intelectual del menor.

La leche materna es la principal fuente de nutrientes que necesitan los niños para un mejor desarrollo”. ”Además de la lactancia el apego que se genera desde el nacimiento y durante los primeros meses entre la madre y el niño, es fundamental para su desarrollo futuro.

Sigue la fundamentación del gobierno en el punto III “PROBLEMAS DE NUESTRO SISTEMA ACTUAL”:

“De acuerdo a estudios médicos, una condición necesaria para una salud óptima de los menores es que tengan lactancia materna durante sus primeros seis meses de vida. Con el actual período de postnatal, esto es muy difícil para la gran mayoría de las madres, que deben volver a sus trabajos en largas jornadas, lo que les impide prolongar la lactancia mas allá de las doce semanas de post natal”.

Por lo tanto, lo único que queda por plantear en este aspecto de la reforma, es que el aumento del post natal debe instalarse en el artículo 195:

“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y veinticuatro semanas después de él. Este beneficio es irrenunciable.”

Toda otra propuesta se antepone al principio de defensa a la mujer y su hijo.

* No es menor el cambio en cuanto a cambiar certificados médicos por licencias médicas. Esto implicará mayor gasto para la mujer y su familia, toda vez que la misma reforma está eliminando la gratuidad que se entregaba a aquellas atenciones recibidas por profesionales remunerados por el estado.

*No tiene razón de plantearse una propuesta de traspaso de 2 semanas del prenatal al post natal, más aún si se apunta al aumento de este último.

*Lo mas grave es que con la reforma se busca limitar los fueros, disminuyéndolos en algunos casos y limitándolos derechamente en otros. Igual preocupación se debe tener por la limitación del derecho a dar alimento a los hijos.

DIRECTORIO NACIONAL DE LA CGT