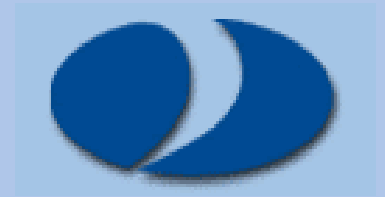




BOLETIN LABORAL



N° 56 – Diciembre 2011

Sociedad de Fomento Fabril

DICTAMENES DIRECCIÓN DEL TRABAJO	2
1. Permiso Postnatal Parental. Procedencia en caso de pérdida del hijo recién nacido o que nazca muerto.....	2
2. Feriado. Remuneración íntegra. Base de cálculo. Inclusión de lo percibido por semana corrida. Procedencia.	4
CONGRESO NACIONAL	8
1. Proyectos de ley relevantes en trámite	8

DICTAMENES DIRECCIÓN DEL TRABAJO

1. Permiso Postnatal Parental. Procedencia en caso de pérdida del hijo recién nacido o que nazca muerto.

ORD. N° 4843/095 (publicado 07.12.2011)

MAT.: Permiso Postnatal Parental. Procedencia en caso de pérdida del hijo recién nacido o que nazca muerto.

RDIC.: El permiso posnatal parental no procede en caso de que la madre sufra la pérdida del hijo recién nacido, o que este nazca muerto.

ANT.:

- 1) Ord. N°2076 de Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Temuco de 28.10.2011.
- 2) Presentación de Sra. Carolina Velásquez de 25.10.2011.

FUENTES: Código del Trabajo, artículo 195 y 197 bis.

CONCORDANCIAS: Dictamen N°4052/083 de 17 de octubre de 2011.

SANTIAGO,

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRA. CAROLINA VELÁSQUEZ

LITUANIA N° 480

PADRE LAS CASAS

Mediante presentación del antecedente 2), ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento acerca de si le asiste el derecho al permiso postnatal parental, considerando que su hijo nació el 24 de agosto de 2011 y vivió sólo dos horas.

Consulta, además, si el permiso postnatal parental es irrenunciable.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

La Ley 20.545 de 17 octubre de 2011, introdujo distintas modificaciones al Código del Trabajo respecto de las normas protectoras de la maternidad, entre las cuales se contempla el permiso postnatal parental, establecido en el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo, el cual en sus incisos primero y segundo, preceptúa:

"Las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195.

"Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso, percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho".

De la norma legal precedentemente transcrita se desprende que el legislador otorgó a la madre trabajadora el derecho a gozar de un permiso parental, a continuación del descanso postnatal, por doce semanas en caso de hacer uso de dicho permiso a tiempo completo, o bien, de dieciocho semanas, de optar por reincorporarse a sus funciones por la mitad de su jornada.

En relación a dicho permiso, la doctrina vigente de este Servicio, contenida en Dictamen N°4052/083 de 17 de octubre de 2011, ha precisado que "el objetivo o finalidad perseguido por el legislador con la nueva normativa, según aparece de manifiesto en el Mensaje con el que S.E. el Presidente de la República envió a tramitación el respectivo proyecto de ley, fue efectuar las modificaciones legales necesarias a las normas del Código del Trabajo sobre protección de la maternidad a fin de modernizarlas, procurando alcanzar tres grandes objetivos: garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad, aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país."

De acuerdo a lo anterior, preciso es sostener que el nuevo beneficio contemplado en la norma legal citada precedentemente, está enfocado a facilitar el debido cuidado que requieren los hijos de madres y padres trabajadores, procurando compatibilizar la vida familiar con el trabajo.

En la especie, se desprende de su presentación que su hijo habría fallecido dos horas después del alumbramiento y que hasta el 15 de noviembre usted hizo uso del descanso postnatal.

Lo anterior, autoriza para sostener que no le asiste el derecho al permiso postnatal parental, por cuanto su situación no se condice con el objetivo perseguido por el legislador al dictar la normativa en estudio, en cuanto a propender el equilibrio del cuidado de los hijos con el trabajo, según ya se indicó al invocar la doctrina institucional previamente transcrita.

En lo que respecta a lo señalado por Ud. acerca de haber hecho uso del descanso postnatal, cabe señalar que ello se ajusta plenamente a derecho por cuando la doctrina vigente de este Servicio, contenida entre otros, en el Ord.: N° 2974/85 de 25 de julio de 2003, ha sostenido que: "El descanso postnatal que contempla el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo, procede por el sólo hecho de la ocurrencia del parto y con prescindencia de la circunstancia de que la madre trabajadora sufra la pérdida del hijo recién nacido o que este nazca muerto".

El mismo pronunciamiento funda su conclusión, en la circunstancia de que la protección legal a la madre que entrega el descanso postnatal, es necesaria por el sólo hecho de haber ocurrido un parto y que la ley no condiciona la procedencia de dicho derecho a que la criatura nazca viva, ni tampoco a que viva con posterioridad, de lo que se desprende que dicho periodo de descanso tiene por objeto el cuidado, salud, protección y vida de las mujeres púerperas.

Precisado lo anterior, cabe hacer hincapié en que el descanso postnatal responde a la necesidad de recuperación y cuidados que requiere la madre luego del parto, a diferencia del permiso postnatal parental, que tiene como finalidad optimizar el cuidado de los hijos, compatibilizando de mejor manera su crianza con el trabajo.

Finalmente y en lo que respecta a su consulta acerca de si el beneficio de permiso postnatal parental es irrenunciable, cabe señalar que este Servicio mediante Dictamen N°4052/083 de 17 de octubre de 2011, ya citado, ha señalado que: "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."

En consecuencia, sobre la base de las normas legales y la jurisprudencia administrativa citadas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que el permiso posnatal parental no procede en caso de que la madre sufra la pérdida del hijo recién nacido, o que este nazca muerto.

Saluda atentamente a Ud.

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

2. Feriado. Remuneración íntegra. Base de cálculo. Inclusión de lo percibido por semana corrida. Procedencia.

ORD. N° 4844/096 (publicado 07.12.2011)

MAT.: Feriado. Remuneración íntegra. Base de cálculo. Inclusión de lo percibido por semana corrida. Procedencia.

RDIC.: El pago por concepto de semana corrida no debe ser incluido en la base de cálculo de la remuneración íntegra que corresponde pagar durante el feriado y de la indemnización por feriado.

ANT.:

- 1) Instrucciones de 18.11.2011 y 15.11.2011 de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S).
- 2) Instrucciones de 04.10.2011 y 02.11.2011 de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 3) Presentación de 26.08.2011 de don Daniel Bernales Errázuriz.

FUENTES: Código del Trabajo, artículos 45, 71 y 73.

SANTIAGO,

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. DANIEL BERNALES ERRÁZURIZ

ARTIGAS N° 554, SANTA MARÍA DE MANQUEHUE

VITACURA

Mediante presentación del antecedente 3), solicita Ud. a esta Dirección un pronunciamiento respecto a la procedencia de incluir en la base de cálculo de la remuneración íntegra del feriado legal y del feriado proporcional, la cantidad que percibe el trabajador por concepto de semana corrida.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 45 inciso 1° y 4° del Código del Trabajo prescribe:

"El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero, en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

"Lo dispuesto en los incisos precedentes se aplicará, en cuanto corresponda, a los días de descanso que tienen los trabajadores exceptuados del descanso a que se refiere el artículo 35."

Por su parte, el artículo 71 del Código del Trabajo señala:

"Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija.

"En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados.

"Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.

"Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra."

A su vez el artículo 73 de este mismo cuerpo legal dispone:

"El feriado establecido en el artículo 67 no podrá compensarse en dinero.

"Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquier circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido.

"Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.

"En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, y en la compensación del exceso a que alude el artículo 68, las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71."

De las normas legales antes transcritas se desprende, en primer lugar, que el estipendio denominado semana corrida es una remuneración especial contemplada por el legislador con la finalidad de que los trabajadores a quienes se les aplica tengan derecho al pago de sus días de descanso.

Aparece también que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde pagar a los trabajadores durante el lapso en que hacen uso de su feriado legal, se debe atender al sistema remuneracional a que estén afectos, a saber:

- a) Trabajadores sujetos a remuneración fija, en cuyo caso la remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo.
- b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, los cuales en el período correspondiente a este beneficio deberán percibir el promedio de lo ganado en los tres últimos meses laborados.

Cabe tener presente que en esta situación sólo podrían encontrarse actualmente los trabajadores excluidos de la limitación de jornada, y

- c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben contraprestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual corresponderá adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.

De esta suerte, si concordamos lo dispuesto en el artículo 71 con el artículo 73, ya citados, es posible afirmar que la compensación por feriado y la indemnización por feriado proporcional debe ser equivalente a la remuneración íntegra, la que estará constituida por el sueldo, por el promedio de lo ganado en los tres meses trabajados o bien por el sueldo más las remuneraciones variables percibidas en igual período, según se trate de dependientes sujetos a un sistema de remuneración fija, exclusivamente variable o mixto, respectivamente.

En lo que concierne a los trabajadores con remuneración fija es preciso tener presente que el artículo 42, letra a) del Código del Trabajo, ha definido expresamente lo que debe entenderse por sueldo en los siguientes términos:

"Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

"a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso de sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador."

Del tenor literal de la disposición en análisis fluye que un determinado estipendio constituirá sueldo o sueldo base en tanto cumpla copulativamente con las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de un estipendio fijo y obligatorio,
- b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo prevenido en el inciso 2° del artículo 10,
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato, y
- d) Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

Así se ha pronunciado esta Dirección mediante dictamen N° 3662/053 de 17.08.2010.

En relación a los trabajadores afectos a un sistema remuneracional exclusivamente variable, es decir, trabajadores cuyo feriado anual e indemnización por concepto de feriado proporcional debe calcularse considerando el promedio de lo ganado en los tres últimos meses trabajados, cabe señalar que este Servicio ha precisado el verdadero sentido y alcance de este concepto de remuneración variable contenido en el ya citado inciso 3° del artículo 71, señalando en dictamen N° 836/46 de 24.02.2004 que tienen esta condición "aquellos estipendios que de acuerdo al contrato de trabajo impliquen que la remuneración mensual total de un trabajador varíe de un mes a otro, siempre que encuadre dentro del concepto de remuneración."

En este contexto procede determinar, si el beneficio de semana corrida puede quedar comprendido dentro de la expresión "remuneración íntegra" que emplea el legislador en materia de feriado y en relación a los casos atingentes a su consulta.

Como ya se expresara, se entiende por "remuneración íntegra", respecto de los trabajadores con remuneración fija, el sueldo, para aquellos con remuneraciones variables, el promedio de lo ganado en los tres últimos meses trabajados, y en el caso de los trabajadores con sueldo y estipendios variables, aquella corresponde a la suma del sueldo y del promedio de las remuneraciones variables.

Por ello corresponde determinar si la semana corrida puede ser calificada como sueldo o remuneración variable.

En el caso del sueldo cabe tener en consideración que éste se encuentra regulado en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo y que tiene características propias precisadas en la misma norma, a diferencia de la semana corrida, que está contemplada en una disposición diferente, el artículo 45 del mismo cuerpo legal, y que constituye una remuneración especial con regulación propia.

Al tenor de lo precedentemente expuesto es posible concluir que el estipendio denominado semana corrida no reúne los requisitos que permitan calificarla como sueldo.

De igual manera, el beneficio por el que se consulta no puede ser tampoco calificado o asimilado a remuneraciones

variables, dentro de lo que se entiende por tratos, comisiones o primas, por tener una naturaleza jurídica distinta, y tampoco puede quedar comprendido dentro de la expresión "otras" que utiliza el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, por cuanto ésta está referida a remuneraciones de características semejantes a las comisiones, primas y tratos; es decir, a remuneraciones que por su naturaleza intrínseca producen el efecto de modificar de un mes a otro el monto de la remuneración que deba percibir el dependiente.

En estas circunstancias es posible señalar que el beneficio denominado semana corrida no corresponde ser incluido para los efectos de determinar la "remuneración Integra" que corresponde percibir durante el feriado.

Es del caso agregar que las conclusiones indicadas en párrafos precedentes resultan aplicables también respecto de la compensación del feriado y de la indemnización por concepto de feriado proporcional de los trabajadores, sea que se encuentren afectos a un sistema remuneracional fijo, variable o mixto, razón por la cual, cabe concluir que el beneficio en comento tampoco debe considerarse para determinar aquellas.

A mayor abundamiento, cabe tener en consideración que, de acuerdo a lo resuelto por la reiterada doctrina administrativa de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen N°1983/82 de 28.03.1986, el denominado beneficio de semana corrida, que establece el artículo 45 del Código del Trabajo, se puede definir como una remuneración especial impuesta por el legislador que se devenga por los días de descanso, en los términos que en la misma se consignan, razón por la cual no resulta viable a las partes incluirla en la remuneración que debe pagarse por la ejecución de los servicios convenidos.

Por consiguiente, haciendo aplicable este mismo criterio a los beneficios por los que se consulta, cabe reiterar lo ya señalado en cuanto a que no resulta jurídicamente procedente que este concepto sea incluido en la base de cálculo de la remuneración correspondiente al feriado anual, a la de la compensación por feriado anual y a la indemnización por feriado proporcional.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas cúpleme informar a Ud. que el pago por semana corrida no debe ser incluido en la base de cálculo de la remuneración íntegra que corresponde pagar durante el feriado y de la indemnización por feriado.

Saluda atentamente a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

CONGRESO NACIONAL

1. Proyectos de ley relevantes en trámite

Terminación contrato de trabajo: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria, que modifica el Código del Trabajo en materia de terminación del Contrato de Trabajo. (03.01.2011 – Boletín [8130-13](#)).

Créditos Sociales Cajas de Compensación: Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria, que Modifica la ley N° 18.833, con el objeto de proteger a las personas que indica del sobreendeudamiento y establecer la indisponibilidad de futuras indemnizaciones. (15.12.2011 – Boletín [8090-13](#)).

Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo: La Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley originado en Mensaje Presidencial que crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo, fortalece el rol de la Superintendencia de Seguridad Social y actualiza sus atribuciones y funciones (04.01.2012 – Boletín [7829-13](#)). La iniciativa legal deberá ser analizada por el Senado en segundo trámite constitucional.

Seguridad e Institucionalidad Minera: La Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley originado en Mensaje Presidencial sobre Seguridad e Institucionalidad Minera. (29.12.2011 – Boletín [7848-08](#)). La iniciativa legal, que cursa su primer trámite constitucional, deberá ser analizada por la Comisión de Hacienda.

Sueldo mínimo regional: La Comisión de Zonas Extremas de la Cámara de Diputados, emitió su Informe respecto del proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria, referente a Reforma constitucional que establece el sueldo mínimo regional y, suprime la iniciativa exclusiva del Presidente de la República (14.12.2011 – Boletín [7466-07](#)). La iniciativa legal, que cursa su primer trámite constitucional, deberá ser analizada por la Sala.

Trabajos en altura por sobre en nivel del mar: El Senado aprobó “en general” el proyecto de ley, originado en Moción Parlamentaria que regula el trabajo en altura por sobre el nivel del mar. (13.12.2011 – Boletín [7749-13](#)). La iniciativa legal, que cursa su primer trámite constitucional, vuelve a la Comisión de Trabajo y Previsión Social para su análisis en particular.

Día Nacional de la Familia: La Comisión de Familia de la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley originado en Moción Parlamentaria que establece el Día Nacional de la Familia y declara feriado irrenunciable el último domingo del mes de julio para efecto de su celebración. (21.12.2011 – Boletín [7795-18](#)). La iniciativa legal, que cursa su primer trámite constitucional, deberá ser analizada por la Sala.