

CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

& CIA LTDA
A B O G A D O S

CONTENIDO

PROYECTOS DE LEY
PRESENTADOS EN EL
CONGRESO NACIONAL

INFORME LEY N°
20585, SOBRE
OTORGAMIENTO Y USO
DE LICENCIAS MÉDICAS

DICTAMEN DE LA
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE DE APELACIONES

Editor
Ricardo Tisi L.

Si usted tiene consultas sobre los artículos incluidos en este boletín o necesita mayor información sobre algunos de los temas, por favor contactar a Ricardo Tisi por email a rtisi@cariola.cl o directamente en Av. Andrés Bello 2711, piso 19, Santiago, Chile. Teléfono: (+56-2) 360-4000 Fax: (+56-2) 360-4030.

Cariola Díez Pérez-Cotapos & Cía. - Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no alterados de cada informe, siempre que se individualice a Cariola Díez Pérez-Cotapos & Cía como titular de todos los derechos de autor.

La información y opiniones contenidas en este boletín son por la naturaleza del mismo, de carácter general y su aplicación a un caso concreto debe contar con asesoría legal.

Para cambiar detalles de su suscripción o incluir una dirección de correo electrónico en el listado de distribución de este boletín, por favor envíe un correo electrónico con su nombre, compañía y dirección de correo electrónico a suscribe@cariola.cl

Para remover su dirección de correo de nuestro listado, por favor contestar a remover@cariola.cl

Laboral

N° 36 - Mayo 2012

I. PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN EL CONGRESO NACIONAL:

1) Proyecto de Ley que establece un nuevo concepto de empresa (Boletín N°4456-13)

Este proyecto de ley, actualmente revisado en el Senado, se encuentra en la etapa de segundo trámite constitucional, habiendo sido ya revisado e informado por la Cámara de Diputados. Tiene como objetivo establecer un nuevo concepto de empresa en nuestra legislación laboral, de tal forma que los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores no se vean afectados.

Así, se busca contener una de la formas más utilizadas por los empresarios para eludir las obligaciones laborales - en opinión del autor de proyecto -, consistente en dividir o subdividir el capital en distintas sociedades, traspasando bienes de una sociedad a otra. Lo anterior se pretende alcanzar estableciendo un concepto de empresa más amplio y acorde con la realidad social, que permita determinar la relación laboral existente entre un trabajador y una determinada empresa, pudiendo ésta constar de una o más sociedades.

El pasado 12 de marzo de 2012 se realizaron diversas indicaciones al proyecto de ley en cuestión. Dentro de éstas, el Ejecutivo propuso aclarar el concepto de empleador establecido en el artículo 3 del Código del Trabajo, señalando que *“constituyen un mismo empleador dos o más empresas relacionadas entre sí por un vínculo de propiedad, cuando concurren a su respecto las siguientes condiciones:*

- 1. Desarrollen un mismo negocio específico, o negocios directamente complementarios. Es negocio directamente complementario aquel administrado sin autonomía respecto de otro y que no puede subsistir por sí mismo, y*
- 2. Estén sujetas a una misma dirección y control laboral en una relación de dependencia y subordinación.*

La mera circunstancia de participación en la propiedad de una empresa, no configura por sí sola alguna de las condiciones establecidas en el inciso anterior.

Las empresas a cuyo respecto concurren las condiciones señaladas en el inciso tercero, serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley o la convención.”

Por último, es del caso señalar que el Ejecutivo propuso, mediante una indicación, que las controversias derivadas de la aplicación del nuevo concepto de empleador, y/o del artículo 507 del Código del Trabajo (que condena con multa administrativa los

subterfugios que pueda realizar el empleador con el objeto de evitar el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales) sean revisadas a través de un nuevo procedimiento judicial, en que el juez de letras del trabajo que revise estas materias deba solicitar un informe a una "Comisión de Expertos". Esta "Comisión de Expertos" estará compuesta por cinco miembros titulares y cinco miembros suplentes quienes estarán obligados a emitir informes técnicos sobre la concurrencia de las condiciones anteriormente descritas.

2) Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo en materia de contrato de trabajo por obra o faena (Boletín N° 7691-13)

Este Proyecto de Ley, iniciado por moción parlamentaria el pasado 02 de junio de 2011, apunta a modificar el Código del Trabajo en lo relativo al contrato de trabajo por obra o faena, introduciendo una presunción legal de lo que debe entenderse por tal, con el objeto de evitar eventuales malas prácticas laborales destinadas a disfrazar contratos indefinidos como contratos por obra o faena. La reforma legal propone incorporar una presunción legal que determine cuando un contrato por obra o faena debe entenderse como indefinido.

Así, el proyecto en cuestión pretende incorporar dos nuevos incisos al numeral 5° del artículo 159 del Código del Trabajo:

"Se presumirá legalmente que el plazo del contrato es indefinido cuando el trabajador ha prestado servicios continuos o discontinuos en diversas obras o faenas específicas para un mismo empleador durante 240 días o más en un lapso de 12 meses, contados desde la primera contratación.

Con todo, la presunción señalada en el inciso anterior no se aplicará a los trabajadores cuyos contratos se rijan por el Capítulo II del Título II del Libro Primero de este Código" (relativo a los trabajadores agrícolas de temporada).

3) Proyecto de Ley que modifica el artículo 71 del Código del Trabajo que obliga a incluir la remuneración denominada "semana corrida" dentro de la base de cálculo del feriado de los trabajadores dependientes (Boletín 8156-13)

Actualmente el artículo 71 Código del Trabajo establece que remuneración debe incluirse dentro de la base de cálculo del feriado, dentro de la cual no se incluye la remuneración por concepto de "semana corrida". Dicha disposición dispone el modo en que debe determinarse la remuneración íntegra, materia que toma en consideración el régimen al que se encuentra afecto un trabajador (a saber: trabajadores sujetos a remuneración fija, trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, y trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta).

La antedicha situación normativa es la que este proyecto de ley ingresado a trámite legislativo por Mensaje del Presidente de la República de fecha 10 de Enero de 2012 se ha propuesto corregir, agregando el siguiente inciso quinto al artículo 71 Código del Trabajo: *"Asimismo, la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45, según corresponda"*. Lo anterior, con la finalidad de obligar legalmente al empleador a considerar los montos recibidos por "semana corrida".

4) Modifica Código del Trabajo sancionando las prácticas de acoso laboral (Boletín 3198-13)

La Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado emitió su segundo informe respecto del proyecto de ley, el pasado 8 de mayo de 2012. Asimismo, se envió el oficio con el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, el pasado 22 de mayo.

Esta reforma legal, iniciada por moción parlamentaria en marzo de 2003, pretende definir el acoso laboral como *"toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo"*. La iniciativa faculta a la Dirección del Trabajo para sancionar el acoso laboral con una multa administrativa para la empresa.

5) Otorga permisos especiales a los trabajadores (Boletín laboral 8276-13)

Ingresó a trámite legislativo en la Cámara de Diputados, este proyecto de ley originado por moción parlamentaria, que otorga permisos especiales a los trabajadores. Este proyecto de ley pretende agregar un nuevo artículo 76 bis al Código del Trabajo, que establezca que los trabajadores tendrán derecho para ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles en el año calendario, sin que por ello el empleador pueda realizar descuento alguno a sus remuneraciones.

II. INFORME LEY N° 20585, SOBRE OTORGAMIENTO Y USO DE LICENCIAS MÉDICAS:

El 11 de Mayo de 2012 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.585 que tiene por objeto *"establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento, uso correcto de la licencia médica y una adecuada protección al cotizante y beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional y del Fondo Nacional de Salud, mediante la*

aplicación de medidas de control y fiscalización, y de sanciones respecto de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho instrumento”.

De acuerdo a esta nueva normativa legal, podrán iniciar un procedimiento respecto del otorgamiento de licencias médicas tanto las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) e Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), como los Afiliados. La ley 20.545 establece que se produce una infracción a la ley cuando un profesional habilitado para otorgar licencias médicas las emite con evidente ausencia de fundamento médico y cuando el contralor médico de una ISAPRE ordene rechazar o modificar una licencia médica sin justificación que respalde su resolución, o sin expresión de causa. En estos casos la SUSESO, podrá, si existe mérito para ello, iniciar una investigación.

De acreditarse los hechos denunciados, la SUSESO aplicará las siguientes sanciones, teniendo a la vista el mérito de la investigación, en especial, la cantidad de licencias emitidas sin existir fundamento médico o, según sea el caso, la cantidad de licencias médicas rechazadas o modificadas sin justificación que respalde su resolución, o sin expresión de causa:

1. Multa a beneficio fiscal de hasta 7,5 UTM. La multa podrá elevarse al doble en caso de constatarse que la infracción ha sido reiterada.
2. Suspensión hasta por 30 días de la facultad para otorgar licencias médicas o de la facultad para visar el otorgamiento de licencias médicas en ISAPRE y una multa a beneficio fiscal de hasta 15 UTM, en caso de reincidencia dentro del período de tres años contados desde la fecha de la notificación de la resolución que impuso la primera sanción.
3. Suspensión hasta por 90 días de la facultad para otorgar licencias médicas o de la facultad para visar el otorgamiento de licencias médicas en ISAPRE y una multa a beneficio fiscal de hasta 30 UTM, en caso de segunda reincidencia dentro del período de tres años contados desde la fecha de la notificación de la resolución que impuso la primera sanción.
4. Suspensión hasta por 1 año de la facultad para otorgar licencias médicas o de la facultad para visar el otorgamiento de licencias médicas en ISAPRE y una multa a beneficio fiscal de hasta 60 UTM, en caso de tercera reincidencia dentro del período de tres años contados desde la fecha de la notificación de la resolución que impuso la primera sanción.

Asimismo, en el evento de existir antecedentes referidos a que el profesional ha incurrido en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas, la SUCESO deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público.

Finalmente, cabe señalar que en caso que el profesional fuese condenado por sentencia ejecutoriada, por alguna de las conductas señaladas en los artículos 202 (que se refiere “*al facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público*”) y 234 (que condena al “*empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares*”) del Código Penal, se le cancelará la inscripción en el Registro de Prestadores de la Superintendencia de Salud.

III. DICTAMEN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO:

- 1) **El permiso posnatal parental no procede en caso de que la madre sufra la pérdida del hijo recién nacido, o que este nazca muerto. (Dictamen N° 4843/095, de 07 de diciembre de 2011)**

Mediante el Dictamen N°4843/095, la Dirección del Trabajo ha resuelto que los padres no tienen derecho al permiso postnatal parental en caso de muerte del menor. De acuerdo a la Dirección del Trabajo, fueron cuatro los objetivos que tuvo en consideración el legislador al establecer este nuevo permiso parental: 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. Así, y considerando la intención del legislador, para nuestra Dirección del Trabajo no tendría lugar el derecho al beneficio del descanso parental, en caso que el menor falleciera después del parto.

El mismo dictamen se encarga de aclarar que la anterior conclusión no obsta para, en caso de muerte del menor, la madre sí pueda gozar del permiso posnatal de 12 semanas establecido en el artículo 195 del Código del Trabajo.

- 2) **Las trabajadoras que hacen uso del permiso postnatal parental por media jornada tienen derecho al permiso de alimentación previsto en el artículo 206 del Código del Trabajo pudiendo ejercerlo a través de cualquiera de las alternativas previstas en dicho precepto, previo acuerdo con el empleador. Igualmente tienen derecho al descanso para colación previsto en el inciso 1° del artículo 34 del mismo Código, sin perjuicio de lo señalado respecto de ambos beneficios en el cuerpo del presente oficio (Dictamen N° 0351/007, de 20 de enero de 2012).**

Podemos sistematizar este dictamen en los siguientes acápitales:

Procedencia de otorgar el tiempo de permiso de alimentación y el de descanso dentro de la jornada, respecto de las trabajadoras

que han optado por ejercer el permiso postnatal parental por media jornada: El artículo 206 del Código del Trabajo establece que *“Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años.”* Para la Dirección del Trabajo, este derecho irrenunciable no distingue respecto al tipo de jornada de la madre trabajadora, sino que hace extensivo este derecho a todas las trabajadoras. Así, de acuerdo a la Dirección del Trabajo las reglas sobre el permiso de alimentación serán aplicables a todas las trabajadoras, sin hacer distinción.

En lo que respecta al descanso del trabajador dentro de la jornada (“colación”), la Dirección del Trabajo ha resuelto que respecto de las trabajadoras que se acogen al permiso post natal desempeñándose en media jornada no se justifica que exista un periodo de descanso, si esto va a afectar al buen desempeño de sus deberes.

Procedencia de pagar un bono de movilización a aquellas trabajadoras que hayan optado por el permiso postnatal parental y que estén trabajando media jornada: La asignación de movilización no es un beneficio de carácter legal, sino que emana de un acuerdo de las partes. Es por ello que sólo en la medida que exista este acuerdo entre el empleador y el trabajador, el primero estará obligado a otorgarlo.

Situación del padre a quien la madre ha traspasado el permiso postnatal parental y no comunica tal circunstancia al empleador e incidencia de tal omisión en el goce de dicho beneficio: En caso que el padre y la madre sean trabajadores, la madre podrá optar para que el padre haga uso del permiso postnatal parental a partir de la séptima semana. En tal caso, el padre, mediante carta certificada y con diez días de anticipación a la fecha en la que hará uso del permiso, deberá dar aviso a su empleador con copia a la Inspección del Trabajo. Si el padre no avisare con la debida anticipación y de la forma prescrita a su empleador, la Dirección del Trabajo ha entendido que éste pierde la oportunidad de ejercer el permiso. En este caso, será la madre quien deberá ejercer este derecho irrenunciable, al ser la titular del mismo.

Cuál es el empleador obligado a otorgar el beneficio de sala cuna cuando el padre, a quien se le ha traspasado el permiso postnatal parental, hace uso del referido derecho laborando la mitad de su jornada: De acuerdo a la Dirección del Trabajo, el empleador obligado a proveer este beneficio es aquel que cuenta con veinte o más trabajadoras titulares de este derecho. En consecuencia, y aun en el caso que sea el padre quien esté haciendo uso del descanso parental, el obligado a otorgar este beneficio será el empleador de la madre.

Forma de determinar la mitad de la jornada a que se refiere el inciso 2° del artículo 197 bis del código del Trabajo, precisando si para tal efecto cabe atender a la jornada diaria o semanal convenida: De acuerdo a la interpretación de Dirección del Trabajo,

cuando el legislador se refiere a “media jornada”, se está refiriendo a la jornada diaria y no a la semanal convenida.

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Corte de Santiago rechaza recurso de protección por aplicación de tope al subsidio legal por permiso postnatal parental. (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de abril de 2012, Ingreso N° 2169-2012, caratulado “Sauterel, Ana María y otra con Corporación Administrativa del Poder Judicial”)

A través de esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos de protección interpuestos por la Jueza Titular de Familia de Santa Juana, doña Ana María Sauterel y doña Ximena Alejandra Vega Martínez, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Tomé, por sí y en representación de sus hijos. En virtud de las acciones deducidas ambas recurrentes solicitan el pronunciamiento del Tribunal de Alzada frente a la vulneración de sus derechos a la propiedad y a la igualdad ante la ley en razón de la aplicación del tope de 66 Unidades de Fomento establecido por Ley N° 20.545 respecto al pago del subsidio por permiso postnatal parental.

Las acciones se fundamentan en que las remuneraciones de las trabajadoras exceden, con creces, el tope antes aludido. Así, se sostiene que la aplicación de la nueva normativa en la materia importa necesariamente una discriminación manifiesta de la norma jurídica que impone el tope para el subsidio, en consideración a que las mismas deben ser iguales para todas aquellas personas que se encuentren en las mismas circunstancias.

El fallo hace presente que el mensaje de esta ley estableció que durante el nuevo permiso post natal parental la madre recibiría un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF. Posteriormente, durante la discusión parlamentaria, el tope se amplió a 66 UF. Ello obedecería a una política económica de focalización de recursos públicos para aquellas mujeres que más lo necesitan. Asimismo, se señala que la nueva legislación, para no perjudicar a aquella minoría de mujeres que perciben un sueldo superior a las 66 UF, ha otorgado la opción de trabajar media jornada para los efectos de seguir percibiendo parte de sus elevados sueldos sumado a la mitad del límite estatal (33 UF mensuales), opción esta última que no fue adoptada por las recurrentes.

Según el fallo, esta nueva legislación para los efectos de ampliar el permiso post natal parental es efectivamente un subsidio, por lo que no ha estado jamás en su espíritu la idea de mantener la remuneración total percibida para aquellas mujeres que ganan más de 66 UF mensuales. En consecuencia, conforme el fallo en comento, no se advierte arbitrariedad o ilegalidad en los actos de la recurrida al hacer aplicable el tope al permiso postnatal parental.