



Oficio N° 76-2011

INFORME PROYECTO DE LEY 21-2011

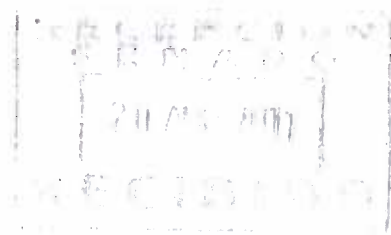
Antecedente: Boletín N° 7526-13

Santiago, 20 de abril de 2011.

Por Oficio N° 292/SEC/11, de 15 de marzo último, el Presidente del H. Senado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, ha requerido de esta Corte Suprema informe respecto del proyecto de ley en materia de duración del descanso de maternidad.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 18 de abril del presente, presidida por el Ministro don Nibaldo Segura Peña, en calidad de subrogante, y con la asistencia de los Ministros señores Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes y Sonia Araneda Briones, señores Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y Rosa Egnem Saldías y señor Roberto Jacob Chocair, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR
GUIDO GIRARDI LAVIN
PRESIDENTE
H. SENADO
VALPARAISO**





"Santiago, veinte de abril de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 292/SEC/11 del señor Presidente del Senado, de 15 de marzo último, se ha solicitado informe a esta Corte Suprema en relación al proyecto de ley, iniciado en mensaje, en materia de duración del descanso de maternidad, específicamente, respecto del nuevo texto del artículo 199 del Código del Trabajo. Lo anterior, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 77 de Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Entre las ideas centrales del proyecto está la de profundizar la protección de la maternidad, favoreciendo el más oportuno desarrollo del menor, entre otros factores, la lactancia por los primeros seis meses de vida y los vínculos de apego y cuidado con su madre y en general con ambos padres.

Segundo: Que el proyecto consta de tres artículos permanentes y seis disposiciones transitorias. El artículo 1° en su numeral primero reemplaza los artículos 195 a 199 y 200 a 201 del Código del Trabajo por los que consagra en su nuevo texto. En este acápite lo más novedoso es la incorporación del artículo 197 bis en que se contiene la prolongación del descanso post natal.

El numeral segundo del artículo 1° introduce un inciso final al artículo 206 del mismo cuerpo legal. A su vez el artículo 2° del proyecto introduce diversas modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 44 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral a los trabajadores dependientes del sector privado, con lo que se hacen las adecuaciones relativas a los nuevos textos de las normas referidas en el artículo 1° del mismo proyecto.

Finalmente, en el artículo 3° se dispone su vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial.

Tercero: Que en relación a la materia enunciada, se ha solicitado a esta Corte Suprema informar acerca del nuevo texto del artículo 199 del Código del Trabajo, de acuerdo lo contempla el Proyecto en referencia, cuyo tenor es el siguiente:



“Artículo 199.- Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar, centro hospitalario u otro donde se le proporcionen los cuidados necesarios, con motivo de enfermedad grave o gravísima, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio mencionado en el artículo anterior. En el caso de las enfermedades graves, la base de cálculo del referido subsidio no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, considerando el valor de ésta al último día de cada mes anterior al pago, y se determinará de conformidad al artículo 8 bis del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Respecto de las enfermedades graves, sólo podrá ejercerse el derecho establecido en este artículo una vez vencido el descanso postnatal y extinguido el plazo señalado en el inciso primero del artículo 197 bis.

En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referido en el inciso anterior. Tratándose de las enfermedades graves o gravísimas del hijo, para la determinación de la base de cálculo del subsidio, se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Con todo, gozará de los beneficios antes señalados el padre, cuando la madre hubiere fallecido o a él le hubiese sido otorgado el cuidado personal del menor por sentencia judicial.

El carácter de enfermedad grave o gravísima deberá ser acreditado mediante una licencia médica otorgada por el profesional tratante. Dicho profesional, al otorgar la respectiva licencia médica, precisará el diagnóstico del menor; el carácter de grave o gravísima de la enfermedad, y acompañar un informe fundado que detalle los procedimientos utilizados para determinar la patología y que justifique la necesidad de cuidado permanente.

Las enfermedades que se considerarán como graves o gravísimas para acceder a esta licencia, serán determinadas, por un decreto supremo expedido a través del Ministerio de Salud y suscrito también por el Ministro de Hacienda, el que será actualizado, a lo menos, cada tres años. Para la determinación de dichas patologías se estará al procedimiento establecido en un reglamento dictado por el Ministerio de Salud, el que también deberá ser suscrito por los Ministros de Hacienda y del Trabajo y Previsión Social.



Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en los incisos anteriores.

Si los beneficios precedentes fueron obtenidos en forma indebida, los profesionales o trabajadores involucrados serán solidariamente responsables con los beneficiarios de los subsidios de la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, las personas que incurran en falsedad en la solicitud, obtención, otorgamiento y tramitación de licencias médicas o permisos regulados en este título, o de cualquier antecedente esencial que las justifiquen, o en uso malicioso de ellos, serán sancionadas con las penas previstas en el artículo 202 del Código Penal. Se entenderá que incurre en falsedad, el que ejecutare cualquiera de las conductas descritas en los numerales 1° a 7° del artículo 193 del Código Penal.

Desde la formalización de la investigación, el tribunal, a petición del fiscal o del querellante, podrá disponer, respecto del profesional que apareciere involucrado en los hechos, la suspensión de su facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación o por el plazo inferior que fije el tribunal fundadamente.”

Cuarto: Que del tenor de la norma respecto de la cual se ha requerido informa a esta Corte Suprema aparece que ella no dice relación con la *organización y atribuciones de los tribunales*, en los términos que contempla el inciso segundo del artículo 77 de la Constitución Política de la República, de manera tal que este Máximo Tribunal estima que no corresponde evacuar el informe previsto en la citada disposición de la Carta Fundamental.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los preceptos citados, se acuerda **no emitir pronunciamiento** respecto del proyecto de ley en referencia.

Se previene que los Ministros señores Oyarzún, Rodríguez, Ballesteros y Muñoz, a modo de contribución con la actividad legislativa, fueron de opinión de



PRESIDENCIA

manifestar el parecer de la Corte Suprema en lo que dice relación con los márgenes en que se tipifica el ilícito penal para quienes incurran en falsedad en la solicitud, obtención, otorgamiento y tramitación de licencias o permisos o de cualquier antecedente esencial que los justifique, y/o para el evento de hacer uso indebido de los mismos. En concepto de los previnientes parecería conveniente que, a partir de la formalización de la investigación, el Tribunal, esto es, el Juez de Garantía, pueda, a petición del Fiscal o del querellante, disponer la suspensión de la facultad del profesional involucrado de emitir licencias médicas. En cuanto a la duración de la medida, lo previnientes no divisan la razón o justificación para limitar el tiempo de su vigencia hasta el cierre de la investigación, o por un período inferior. Resulta más coherente, en su parecer, que tal solicitud sea resuelta, conforme a las circunstancias del caso, por el Juez de Garantía, a través de resolución fundada, sin la limitación aludida.

Asimismo, el Ministro señor Muñoz, también a modo de contribución al proceso de generación de la ley, estuvo por emitir informe respecto de los siguientes puntos:

- i) A diferencia del el texto actualmente vigente, en el proyecto se distingue entre enfermedades graves y gravísimas del menor de un año, indicándose que en relación a los primeros el subsidio tiene el tope de 30 UTM, mismo que rige para el post natal parental adicionado por el artículo 167 bis del Proyecto. Por tal razón, en el caso de enfermedad grave este derecho o permiso especial sólo puede impetrarse al término del nuevo descanso post natal que contempla el Proyecto.
- ii) Si bien se permite usar del permiso a cualquiera de los padres, a elección de la madre, sin embargo el subsidio se determina en base de las remuneraciones de la madre.
- iii) La determinación de ser grave o gravísima una enfermedad será determinada por un Decreto Supremo expedido a través del Ministerio de Salud y suscrito por el Ministro de Hacienda actualizado cada 3 años, a lo menos. La determinación de estas patologías se hará en base al procedimiento establecido en reglamento decretado por el Ministerio de Salud, el que también deberán suscribir los Ministros de Hacienda y del Trabajo.



PRESIDENCIA

iv) Se indica también que la enfermedad grave o gravísima debe ser acreditada mediante licencia médica otorgada por el profesional tratante quien deberá, entre otras exigencias, precisar: el diagnóstico del menor y el carácter de grave o gravísima de la enfermedad.

v) Para el evento de ser obtenidos de forma indebida los beneficios de permiso y subsidio anotados, se contempla la responsabilidad solidaria del trabajador y profesional involucrado para la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas.

vi) Finalmente, en el inciso final del texto en análisis se dispone que desde la formalización de la investigación, el tribunal, a petición del fiscal o del querellante, podrá disponer, que el profesional que apareciere involucrado sea suspendido de su facultad de emitir licencias médicas mientras dure la investigación, o por el plazo inferior que fije el tribunal fundadamente.

De los acápites pormenorizados del texto analizado, el Ministro señor Muñoz estima pertinente formular las observaciones que siguen:

1-. En primer lugar y en el evento de ser realmente posible diferenciar anticipadamente una enfermedad grave y/o gravísima de un menor con una regulación que contemple efectos diferentes según se trate de una u otra, los criterios básicos de diferenciación deberán estar descritos en la ley, no obstante que un Reglamento posteriormente, sobre la base de tales criterios legales, contenga la categorización de las patologías subsumidas en cada uno de los rubros.

2-. Por otra parte, y partiendo del supuesto que los padres del menor ninguna injerencia tienen en la mayor o menor gravedad de la patología que le afecte, debiendo igualmente asistirlo, no se divisa la justificación de establecer un tope al subsidio si el diagnóstico resulta ser de una enfermedad grave y no gravísima, así como tampoco que, al margen de cual sea el progenitor que obtenga el permiso, sólo se determine el subsidio en base a las remuneraciones de la madre, desmejorando en este aspecto lo que el texto actual regula también y eventualmente, para ambos padres sin la limitación anotada.

3-. En los artículos transitorios del Proyecto no se contiene un plazo para la dictación del Reglamento de que se hace mención en el artículo analizado, lo que