



DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 2344 (641) 2016

ORD.: 4968 - 0078

MAT.: 1. El permiso postnatal parental que el artículo 200 otorga a quien tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele confiado 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, tiene una duración de doce o dieciocho semanas, dependiendo del régimen en que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores, sin que se contemple a su respecto un aumento en el número de días cuando la adopción involucra a más de un menor.

2. El permiso postnatal parental podrá ser impetrado desde que se haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal de un menor, sin que exista un límite en la edad de éste que restrinja su ejercicio.

3. La trabajadora o trabajador a quien se le haya otorgado el cuidado personal o tuición de un menor goza de fuero a contar de la dictación de la sentencia respectiva.

4. El fuero consagrado en el artículo 201 resulta igualmente aplicable a la mujer casada a quien se le hubiere otorgado el cuidado personal o tuición de un menor.

5. No procede el derecho a sala cuna y el derecho de alimentación cuando el menor adoptado ha sobrepasado la edad de dos años.

ANT.: 1) Instrucciones de 29.08.2016, 27.07.2016, 28.06.2016 y 04.05.2016, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Presentación de 04.03.2016, de Danica Simunovic Carrasco, Abogado, Sugai Chile Ltda.

CONCORDANCIAS: Dictamen N° 1646/31, de 21.03.2016 y Ordinario N° 2871, 30.05.2016.

FUENTES: Artículos 197 bis, 200, 201, 203 y 206, Código del Trabajo.

SANTIAGO, 05 OCT 2016

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : DANICA SIMUNOVIC CARRASCO
ABOGADO SUGAL CHILE LTDA.
LOS CONQUISTADORES N° 1700, PISO 29, TORRE SANTA MARÍA
PROVIDENCIA/

Mediante presentación del antecedente 2), se han formulado las siguientes consultas:

a. Si el permiso postnatal parental que el artículo 200 del Código del Trabajo establece a favor del trabajador o trabajadora a quien se le haya otorgado la tuición o cuidado personal de un menor, en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620, se aumenta en el evento que la adopción se refiera a dos menores.

b. Si existe algún límite de edad para el ejercicio del permiso postnatal parental, considerando que los menores adoptados tienen 4 y 6 años de edad.

c. Si la fecha a contar de la cual se comienza a computar el plazo de un año de fuero para una trabajadora que adopta a un menor es desde que se dicta la sentencia que otorga el cuidado personal o la tuición del menor conforme a los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620, respectivamente, o desde que dicha sentencia se encuentra ejecutoriada.

d. Si la norma del inciso 2° del artículo 201, al señalar que: *"Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo..."* estaría excluyendo a la trabajadora con estado civil de casada.

e. Si la circunstancia de tener los menores adoptados 4 y 6 años, los excluye del derecho a sala cuna y de alimentación.

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

a. Respecto al aumento en el número de días del permiso postnatal parental cuando la adopción está referida a más de un menor, cabe señalar que el artículo 200 del Código del Trabajo, dispone:

"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 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".

Del precepto transcrito se colige, en lo pertinente, que, entre otros, a la trabajadora o al 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 19.620, le asistirá el derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, bajo las modalidades y prerrogativas que establece dicha disposición legal; así como también, previamente, gozará de un permiso y subsidio por doce semanas cuando el menor tuviere menos de seis meses.

Lo anterior se traduce en que el trabajador o la trabajadora podrá optar por hacer uso de doce o dieciocho semanas de permiso, dependiendo si se reincorpora a sus labores en jornada completa o media jornada, debiendo, en este último caso, comunicar a su empleador en un plazo de treinta días contado desde que la sentencia que otorga la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección,

o en virtud de las normas de la ley de adopción, se encuentre ejecutoriada, o con treinta días de anticipación al término de las doce semanas previas de permiso establecidas para el caso que el menor tuviere menos de seis meses.

De lo precedentemente expuesto se desprende que el permiso postnatal parental que el artículo 197 bis otorga a la madre y que el artículo 200 extiende a quien 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 19.620, tiene una duración de doce o dieciocho semanas, modalidad que depende del régimen en que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores, sin que se contemple a su respecto un aumento en el número de días cuando el nacimiento o la adopción involucra a más de un menor.

b. En cuanto a si existe una edad del adoptado que determine una restricción al ejercicio del permiso postnatal parental, cabe señalar que la disposición contenida en el artículo 200 del Código del Trabajo, consagra el beneficio para la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, sin indicar límite alguno que permita obstaculizar el ejercicio del derecho, de modo tal que el permiso postnatal parental podrá ser impetrado desde que se haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal de un menor debiéndose acompañar para ello 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.

La conclusión anotada encuentra su fundamento en el objetivo perseguido por el legislador al momento de establecer el permiso en comento, cual fue la de facilitar el apego necesario en la primera etapa del desarrollo de el o los hijos de las madres trabajadoras y propender al cuidado de éstos, lo que en el proceso de adopción se asemeja a la necesidad de generar un vínculo y lograr la mejor adaptación del menor en su nuevo hogar.

Lo anterior se encuentra en armonía a la luz de lo resuelto mediante Ordinario N° 2871, de 30.05.2016, en virtud del cual se dispuso que una trabajadora tiene derecho a permiso postnatal parental aun cuando éste no haya sido antecedido por el permiso de doce semanas previsto para quien se le haya otorgado el cuidado personal o tuición de un menor de menos de seis meses.

c. Respecto a la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo de un año de fuero de la trabajadora o trabajador a quien se le ha conferido el cuidado personal o tuición de un menor, es dable precisar que el inciso 2° y 3° del artículo 201 del Código del Trabajo, establece:

“Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley N° 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial”.

De la interpretación armónica del precepto transcrito fluye que la trabajadora o trabajador a quien se le haya otorgado el cuidado personal o tuición de un menor goza de fuero a contar de la dictación de la sentencia respectiva.

d. Acerca de la consulta sobre si la expresión *"Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos..."* que ocupa el inciso 2° del artículo 201 del Código del Trabajo, implica la exclusión de la mujer casada, cabe señalar que aun cuando del tenor literal de la disposición aparece que el fuero sólo estaría previsto para el adoptante soltero o viudo, en opinión de quien suscribe, dicho beneficio también resultaría aplicable a la persona casada a quien se le hubiere otorgado el cuidado personal o tuición de un menor. Ello en virtud del principio de interpretación de la ley denominado de analogía o *"a pari"*, que se expresa en el aforismo jurídico que reza *"donde existe la misma razón debe existir la misma disposición"*.

En efecto, no parece razonable que la persona a quien se le hubiere otorgado el cuidado personal o tuición de un menor goce de fuero cuando es soltera o viuda, encontrándose privada del mismo en su condición de casada.

Con todo, es dable señalar que conforme a lo resuelto por este Servicio mediante dictamen N° 1646/31, de 21.03.2016, el fuero maternal a que nos hemos referido precedentemente, no procede respecto a quienes se les haya confiado el cuidado personal de un menor con motivo de un medida judicial de protección, toda vez que el citado artículo 201 al consagrar tal beneficio lo ha limitado a quien se le confíe judicialmente el cuidado personal en conformidad al artículo 19 de la ley N° 19.620, o a quien se le otorgue la tuición según el inciso 3° del artículo 24 de la misma ley.

e. Finalmente, en cuanto a si procede otorgar el derecho a sala cuna y de alimentación cuando los menores adoptados tienen 4 y 6 años de edad, cabe señalar que ambos derechos han sido concebidos por el legislador hasta los dos años de edad, no procediendo su otorgamiento cuando el menor sobrepase la edad indicada.

En efecto, el artículo 203 que consagra el derecho a sala cuna, en su inciso 8° dispone:

"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".

Por su parte los incisos 4° y 8° del artículo 206 del Código del Trabajo, establecen:

"El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203."

Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en los incisos anteriores".

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y disposiciones legales citadas, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

1. El permiso postnatal parental que el artículo 200 otorga a quien tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele confiado 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, tiene una duración de doce o dieciocho semanas, dependiendo del régimen en que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores, sin que se contemple a su respecto un aumento en el número de días cuando la adopción involucra a más de un menor.

2. El permiso postnatal parental podrá ser impetrado desde que se haya otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal de un menor, sin que exista un límite en la edad de éste que restrinja su ejercicio.

3. La trabajadora o trabajador a quien se le haya otorgado el cuidado personal o tuición de un menor goza de fuero a contar de la dictación de la sentencia respectiva.

4. El fuero consagrado en el artículo 201 resulta igualmente aplicable a la mujer casada a quien se le hubiere otorgado el cuidado personal o tuición de un menor.

5. No procede el derecho a sala cuna y el derecho de alimentación cuando el menor adoptado ha sobrepasado la edad de dos años.

Saluda a Ud.,



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



[Signature]
 JCC/SEP/MBA

Distribución:

- Jurídico;
- Partes;
- Control.
- Boletín.
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica.
- XV Regiones.
- Sr. Jefe Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social.
- Sr. Subsecretario del Trabajo.