



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 24182 (879) 2020

Jurídico

ORDINARIO N°: 466

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Emergencia Sanitaria COVID-19

RESUMEN:
La emergencia sanitaria COVID-19 no afecta la vigencia de los derechos laborales que el legislador reconoce a los trabajadores, en consecuencia, teniendo presente dispuesto en el artículo 5 del Código del Trabajo, en el caso consultado debemos advertir que los derechos de protección de la maternidad se encuentran vigentes y son plenamente exigibles al empleador, debiendo adoptar las medidas de resguardo de la salud de aquellas trabajadoras embarazadas que continúen prestando servicios y considerar los aspectos expuestos en el presente informe.

- ANTECEDENTES:**
1. Instrucciones de 29.01.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
 2. Pase N°468 de 27 de abril de 2020 de Jefa Gabinete Directora del Trabajo (S).
 3. Memorándum INPR2020-20447 de 21 de abril de 2020 del Director de Gestión Ciudadana, Gabinete Primera Dama.
 4. Consulta de Sra. Constanza Naranjo Mansilla de 15 de abril de 2020.

SANTIAGO, 05 FEB 2021

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SRA. CONSTANZA NARANJO MANSILLA
CONSTANZA.NARANJO@AMICAR.CL
BOSQUE DE LUZ N° 1581
PUERTO MONTT**

Mediante presentación de fecha 15 de abril de 2020, Ud. consultó ante el Gabinete de la Primera Dama sobre las medidas que, en el marco de la emergencia sanitaria se están tomando en resguardo de los derechos de las trabajadoras embarazadas, específicamente respecto al descanso prenatal y postnatal, debido a que existen trabajadoras cuya remuneración es variable y la presente pandemia afectará los montos asociados a los

subsídios que recibirán al hacer uso del descanso y que buscan reemplazar su remuneración. Agrega, en caso de no haberse tomado medidas específicas en este sentido, considerar la problemática planteada puesto que afectará a un número importante de mujeres en el país.

Sobre el particular, considerando las competencias de este Servicio, contenidas en el D.F.L. N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, nos referiremos exclusivamente a la normativa vigente en la materia, siendo necesario advertir que la regulación relativa a protección de la maternidad se encuentra plenamente vigente en el marco de la presente emergencia sanitaria, debiendo considerar para estos efectos lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo:

Artículo 5. El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y los instrumentos colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente.

Considerando lo anterior, un primer aspecto relevante dirá relación con el derecho a fuero de la trabajadora embarazada y que permite advertir que se establece al empleador una limitación para efectos de despedir a persona en esta condición, conforme da cuenta el artículo 201 del Código del Trabajo:

Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Ahora bien, el fuero laboral implicará, conforme a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 174 del Código del Trabajo, que el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.

En este mismo orden de ideas, debemos puntualizar que el legislador en el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo, reconoce el derecho a que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Por lo anterior, considerando la especial protección que asiste a la trabajadora en caso de gravidez, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 202 del Código del Trabajo, en caso que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, tiene derecho a ser trasladada, sin reducción de sus

remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado, debiendo ser dicha circunstancia declarada por la autoridad competente.

Ahora bien, el legislador también reconoce el derecho a las trabajadoras a un descanso de maternidad, el que se encuentra consagrado en los artículos 195, 196 y 197 del Código del Trabajo, consistentes en el derecho a descanso prenatal, de seis semanas, sin perjuicio del prenatal suplementario otorgado por el respectivo especialista en caso de enfermedad durante el embarazo, descanso postnatal de doce semanas y descanso postnatal parental de doce semanas completas o dieciocho semanas en caso de incorporarse durante media jornada.

En lo que respecta al descanso maternal, debemos destacar que la trabajadora accederá al pago del subsidio que reemplazará su remuneración, el que se calculará en conformidad a lo dispuesto en el D.F.L. N°44, de 01 de junio de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, debiendo agregar que, de forma conjunta al subsidio, la entidad pagadora del subsidio, a saber, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) o la Institución de Salud Previsional (ISAPRE), según corresponda, se encontrará encargada del pago de las respectivas cotizaciones de la trabajadora que esté haciendo uso del derecho de descanso maternal.

Considerando la normativa referida y en lo que respecta a la determinación del pago, monto y cálculo de los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, y las implicancias que la emergencia sanitaria tendría en este aspecto, considerando escenarios como la remuneración variable, debemos advertir que es una materia ajena al ámbito de actuación de la Dirección del Trabajo, encontrándose impedida de emitir un pronunciamiento sobre el particular. Cabe destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 letra d) de la Ley N°16.395, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, estos aspectos son de competencia de dicha entidad.

A mayor abundamiento, el artículo 5 letra b) D.F.L. N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, consagra que corresponde al Director del Trabajo fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros Servicios u Organismos Fiscales, circunstancia que ocurre en relación al cálculo y pago de los subsidios de incapacidad laboral producto del ejercicio de descanso maternal.

A modo de ejemplo, es relevante puntualizar que mediante Ord. N°1745 de 22 de mayo de 2020, la Superintendencia de Seguridad Social ha emitido un pronunciamiento en una materia relacionada con la consultada, específicamente en lo relativo al pago de asignaciones maternales y familiares en el marco de la emergencia sanitaria, a propósito de la promulgación de la Ley N°21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N°19.728 en circunstancias excepcionales.

Debemos destacar que en el pronunciamiento referido la Superintendencia ha procedido a determinar a quién corresponde efectuar el pago de las asignaciones maternales y familiares en los casos en que un trabajador o trabajadora se encuentre sujeto a una suspensión de su contrato o con reducción de jornada de trabajo a raíz de la Ley N°21.227, una materia que es propia del ámbito de sus competencias.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, cumplo con informar a usted que la emergencia sanitaria COVID-19 no afecta la vigencia de los derechos laborales que el legislador reconoce a los trabajadores, en consecuencia, en el marco de la prestación de servicios y teniendo presente dispuesto en el artículo 5 del Código del Trabajo, en el caso consultado debemos advertir que los derechos de protección de la maternidad se encuentran vigentes y son plenamente exigibles al empleador, siendo relevante considerar los aspectos expuestos en el presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LBP/FNR

Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control