



CURSO DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

MÓDULO V

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.

ESCUELA TÉCNICA DE FORMACIÓN

2014

"PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD"

La maternidad, desde el punto de vista de la protección laboral, se puede entender como el estado continuado que afecta a la mujer trabajadora desde el inicio del embarazo o concepción y hasta que el menor cumpla dos años de edad. En efecto, dicho estado continuado comprende todo el período del embarazo, el parto, el puerperio, el cuidado personal en el hogar del menor enfermo grave de hasta 1 año, el fuero maternal que dura normalmente hasta 1 año 3 meses del menor, y velar por su alimentación, en sala cuna, hasta los 2 años de edad. Excepcionalmente, la ley contempla un permiso maternal en caso del hijo de hasta 18 años grave en riesgo de muerte.

Cabe agregar, que en el último tiempo la legislación ha extendido el concepto de protección a la maternidad a ciertos casos que asimila a ella, en favor del padre del menor, del o a la adoptante del menor, o de quién tenga su tuición judicial, por lo que el concepto de maternidad en sentido biológico ha sido ampliado a una especie de maternidad en sentido "jurídico," según se verá más adelante.

1. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

El Código del Trabajo trata la protección a la maternidad en los artículos 194 a 208, inclusive, normativa que no obstante encontrarse en este Código es de amplia aplicación, si rige para *"todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional."* (Art. 194, inc. 3º del Código del Trabajo).

De este modo, quedan sujetos a dicha normativa no sólo los empleadores que se rigen por el Código del Trabajo, sino también, *"los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas, o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular, o perteneciente a una corporación de derecho público o privado"* . (Art. 194, inc. 1º del Código del Trabajo).

2. NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE EMBARAZO Y PROHIBICIÓN DE REQUERIR CERTIFICADOS SOBRE EMBARAZO.

“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.” (Art. 194, inciso 4º, del Código del Trabajo, agregado por ley 19.591)

3. DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL MATERNALES

La protección que el Código del Trabajo otorga a la maternidad se concreta en reposos maternales; permisos maternales; sala cuna; cambio de funciones por trabajos perjudiciales para dicho estado y fuero maternal.

Los reposos maternales se diferencian de los permisos maternales, en que los primeros además de su regulación laboral otorgan beneficios de seguridad social, como pago de subsidios y atención médica, y se refieren a incapacidad laboral de la persona de la trabajadora, en cambio, los segundos, los permisos maternales, no se otorgan por incapacidad laboral personal de la trabajadora, sino por enfermedad grave del hijo menor o de su alimentación, o del menor a cargo, y son generalmente sólo laborales y de cargo del empleador, a excepción del permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año, que goza de subsidio, y del permiso por el hijo grave de hasta 18 años, cuya duración debe ser recuperada, y si no es posible, descontado y el nuevo permiso postnatal parental contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley Nº 20.545, de 17.10.2011.

a) Reposos o descansos maternales:

❖ Concepto

Son los períodos de inactividad laboral, por incapacidad laboral de la trabajadora, durante los cuales debe cumplir con descanso, que no podrá ser renunciado, quedándole prohibido el trabajo, y en reemplazo de la remuneración gozará de subsidio.

Para su procedencia se requiere otorgamiento de licencia médica.

❖ Clasificación

Se pueden clasificar en descansos maternales ordinarios y extraordinarios.

➤ Descanso pre natal y post natal ordinarios:

El descanso ordinario prenatal comprende seis semanas antes del parto y el post natal doce semanas después del parto. (Art. 195, inciso 1º del Código del Trabajo)

➤ **Descanso maternal pre natal y post natal extraordinarios:**

- **Pre natal suplementario:** Si durante el embarazo y como consecuencia de éste se produjere enfermedad a la mujer, tendrá derecho a descanso con anterioridad a las seis semanas previas al parto cuya duración será determinada en cada oportunidad por los servicios médicos que tengan a su cargo su atención preventiva o curativa. (Art. 196, inciso 1º del Código del Trabajo)
- **Pre natal prorrogado :** Si el parto se retrasa y se produjere después de las seis semanas del prenatal este descanso se entenderá prorrogado hasta el alumbramiento, lo que deberá ser acreditado con certificado médico o de matrona antes de expirar el plazo (Art. 196, inciso 2º del Código del Trabajo)
- **Post natal prolongado o de plazo ampliado:** Si como consecuencia del parto o alumbramiento se produjere enfermedad a la madre que le impidiere regresar al trabajo por un lapso superior al post natal, el descanso puerperal le será prolongado por el tiempo que el servicio médico preventivo o curativo determine (Art. 196, inciso 3º del Código del Trabajo).

La interrupción del embarazo por aborto, sea espontáneo o provocado, no otorga derecho a reposo post natal, y produce el término del fuero maternal. La muerte del hijo recién nacido, o muerto antes del alumbramiento o parto, da derecho al descanso post natal, pero no al fuero maternal, el que cesa en dichas circunstancias. (Dictamen Ord. N° 3143, de 27.05.85.)

Asimismo la Ley N° 20.545, de 17.10.2011, incorporó el artículo 196 del Código del Trabajo la extensión del descanso postnatal parental, en los siguientes casos:

- a) Incremento del descanso postnatal en caso de parto anterior a la trigésimo tercera semana de gestación o de un menor que al nacer pesa menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal de doce semanas que, constituye la regla general, se incrementa a dieciocho semanas, lo que se fundamenta en la especial necesidad de protección y cuidado que requiere el menor que se encuentra en tal situación, lo que hace imprescindible la presencia de la madre durante el período de que se trata con el fin de lograr su restablecimiento y adecuado desarrollo (Dictamen N° 4025/083, de 17.10.2011).
- b) Incremento del descanso postnatal en caso de partos múltiples, el período de descanso postnatal general se incrementa en siete días corridos por cada niño nacido a contar del segundo. De esta suerte, y a vía de ejemplo, el nacimiento de trillizos se traducirá en el argumento del descanso post

natal equivalente a 14 días corridos (Dictamen N° 4052/083, de 17.10.2011).

- c) Incremento del descanso postnatal si concurre si las dos circunstancias aludidas en los puntos anteriores, si acontece alguna de las circunstancias previstas en las letras a) y b) precedentes, esto es, si se produce un parto múltiple antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación o alguno de los menores pesara al nacer menos de 1.500 gramos, la duración del descanso postnatal será la de aquel de mayor extensión (Dictamen N° 4052/083, de 17.10.2011).

4. EL PAGO DE SUBSIDIOS POR REPOSOS, DESCANSOS O INCAPACIDAD LABORAL MATERNAL.

El D.F.L. N° 44, de 1979, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, sobre subsidios por incapacidad laboral para los trabajadores del sector privado, regula esta materia.

Es requisito disponer de licencia médica debidamente autorizada.

a) Base de cálculo del subsidio maternal

La base de cálculo del subsidio es el general en materia de incapacidad laboral, y considera los datos existentes a la fecha de inicio de la licencia maternal, y será el promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio o de ambos, devengada en los tres meses calendarios más próximos al mes en que se inicia la licencia.

b) Tope del subsidio maternal

Sobre este particular, cabe hacer presente que el inciso 2° del artículo 8° del DFL N° 44 de 1978 dispone el monto diario de los subsidios del inciso primero del artículo 195, y del inciso segundo del artículo 196, ambos del Código del Trabajo, y del artículo 2° de la Ley N° 18.867, el cual no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengados por las trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido por los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, e incrementado en un 10%.

5. DERECHO A PERMISOS MATERNALES

a) Permiso Postnatal Parental

La Ley N° 20.545, de 17.10.2011, incorporó según ya se indicara, el Permiso Postnatal parental, contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo y la trabajadora puede optar por su ejercicio, entre:

- i. Permiso Postnatal parental por la jornada laboral completa: doce semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, con derecho a un subsidio que será calculado en la misma forma que aquel que corresponde pagar durante el descanso de maternidad a que se refiere el inciso 1° del artículo 195 del Código del Trabajo.
- ii. Permiso Postnatal parental por la mitad de la jornada laboral: dieciocho semanas de permiso a continuación del descanso postnatal, si la trabajadora opta por reincorporarse a sus labores una vez terminado éste por la mitad de su jornada, en conformidad a la facultad que en tal sentido le otorga el inciso 2° del artículo 197 bis del Código del Trabajo. La trabajadora que decida tal reincorporación, percibirá durante dicho lapso, el 50% del subsidio al que se alude en el párrafo precedente y, a lo menos, el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo más las remuneraciones variables a que tenga derecho; monto éste sobre el cual el empleador deberá efectuar las cotizaciones de la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Para ejercer esta última alternativa, las trabajadoras deberán dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos 30 días de anticipación al término del período postnatal con copia a la Inspección del Trabajo.

Los derechos señalados en los párrafos que anteceden corresponderán igualmente a las trabajadoras excluidas de limitación de jornada en conformidad al inciso 21° del artículo 22 del Código del Trabajo, con la salvedad que las condiciones de ejercicio de la modalidad establecida en la letra b) deberán ser acordadas con el empleador.

Si ambos padres son trabajadores, a elección de la madre, el padre podrá gozar del permiso postnatal parental a partir de la séptima semana, por el tiempo que ella indique. En este caso, las semanas utilizadas por aquel deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho a subsidio, calculado en base a sus remuneraciones.

Es necesario hacer presente que el derecho a opción entre una u otra alternativa de ejercicio del permiso postnatal parental corresponde a la madre trabajadora lo que implica que si ésta hubiere optado por la primera de ellas, el padre estará obligado a hacer uso del permiso bajo la misma modalidad.

El padre deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada a lo menos con diez días de anticipación a la fecha en que hará

uso del permiso bajo cualquiera de las dos modalidades, con copia a la Inspección del Trabajo competente y al empleador de la madre trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a la entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquel utilice (Dictamen N° 4052/083, de 17.10.2011)

En el caso de que la madre trabajadora fallezca o de que el padre tenga el cuidado personal del menor por sentencia judicial, corresponderá al padre el permiso postnatal parental total o lo que reste de él, quien tendrá durante el mismo derecho a subsidio o a subsidio y remuneración según corresponda.

La base de cálculo de aquel será la misma del que corresponda por descanso de maternidad a que se refiere el inciso 1° del artículo 195 del Código del Trabajo. La forma en que el padre deberá ejercer el permiso será aquella por la que hubiera optado la madre, salvo que el fallecimiento de ésta o la resolución que otorga el cuidado personal al padre se hubieren producido con anterioridad al plazo de 30 días de terminado el descanso postnatal, caso en el cual corresponderá al padre ejercer tal opción, dentro del plazo establecido en el inciso 4° del artículo 197 bis del Código del Trabajo.

Si la muerte o el cuidado personal se produce u otorga después de los treinta días anteriores al término del postnatal, el aviso respectivo deberá darse con diez días de anticipación a la fecha en que se hará uso del beneficio, conforme al inciso 9° del artículo 197 bis ya citado,

El artículo 197 bis del Código del Trabajo establece que el empleador estará obligado a reincorporar a los beneficiarios si estos optan por esta alternativa, debiendo dar aviso a la entidad pagadora del subsidio, antes del inicio del período postnatal parental, conforme lo dispone el inciso 6° del mismo precepto legal.

Por excepción, el empleador puede negarse a la reincorporación si por la naturaleza de las labores y las condiciones en que se desempeñan, estas sólo pueden desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes del descanso pre natal.

Igual negativa puede darse respecto del padre a quien se le hubiere traspasado el permiso postnatal parental de acuerdo al inciso 8° del mismo precepto, o le correspondiera hacer uso de éste en calidad de titular del mismo, como también respecto del trabajador o trabajadora que se encuentre en la situación del artículo 200 del Código del Trabajo, con la salvedad que estos últimos casos, la negativa debe fundarse en que las respectivas funciones solo pueden ejecutarse cumpliendo la jornada desarrollada antes del inicio del permiso.

La negativa del empleador a la reincorporación de los beneficiarios deberá ser fundamentada e informada a éstos dentro de los tres días de recibida la respectiva comunicación mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo, en el mismo acto. Los afectados podrán reclamar de dicha negativa a la autoridad del trabajo dentro de los tres días hábiles desde que hayan tomado conocimiento de la comunicación de su empleador.

En opinión de esta Dirección, será competente para estos efectos, la Inspección del Trabajo respectiva, la que conforme a la doctrina institucional corresponde a aquella que ejerce jurisdicción en el lugar en que se prestan los servicios.

En caso de que la trabajadora, el padre o demás beneficiarios, no efectuaran la comunicación necesaria para hacer uso de la alternativa de reincorporación o habiéndose efectuada ésta, se hiciera sin la anticipación que corresponda, estos no tendrán tal opción, debiendo ejercer su permiso postnatal parental en conformidad a lo establecido en los incisos 1º y 8º del artículo 197 bis del C.T., período durante el cual recibirán un subsidio calculado en la misma forma que el correspondiente al descanso de maternidad a que se refiere el inciso 1º del artículo 195 del Código del Trabajo.

El legislador establece que el empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible su uso será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 UTM, cuyos rangos podrán duplicarse y triplicarse en conformidad a lo prevenido en el inciso 5º del artículo 506 del Código del Trabajo. Cualquier infracción relativa a esta materia podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, pudiendo éste organismo actuar de oficio.

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 N° 19.620 tienen derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis bajo las modalidades y las prerrogativas que establece dicha disposición legal.

Además, si el menor tiene menos de 6 meses de edad, tendrán en forma previa un permiso y subsidio por 12 semanas, caso en el cual aquel se cuenta a partir del término de dicho permiso.

En el caso que dichos dependientes opten por reincorporarse a sus labores por media jornada, la respectiva comunicación al empleador deberá darse en el plazo de treinta días contados desde que la sentencia que otorga la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección o en virtud de las normas legales precitadas, se encuentre ejecutoriada o con treinta días de anticipación al término de las doce semanas de permiso establecidas en el artículo 200 si el menor tuviere menos de 6 meses.

b) Permiso por enfermedad grave del hijo menor de 1 año

La madre tendrá derecho a permiso para ausentarse del trabajo, cuando la salud del hijo menor de un año requiera de su atención en el hogar, con motivo de enfermedad grave, certificada a través de la licencia médica correspondiente. (Art. 199, inciso 1º del Código del Trabajo)

Se requiere licencia médica de la trabajadora o del trabajador, según el caso y debidamente autorizada da derecho a subsidio.

Si ambos padres son trabajadores cualesquiera de ellos, y a elección de la madre, podrá hacer uso de este permiso y del subsidio correspondiente. En todo caso corresponderá al padre, si la madre ha fallecido, o aquél tuviere la tuición del menor por sentencia judicial. (Art.199, inciso 2º del Código del Trabajo)

Tendrá derecho también a este permiso y subsidio la trabajadora o el trabajador que sin ser padres del menor de un año, tenga judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en el caso de los padres. (Art. 199, inciso 2º del Código del Trabajo)

c) Permiso por enfermedad grave hijo menor de 18 años

La madre trabajadora tendrá derecho a permiso para ausentarse del trabajo hasta por diez jornadas de trabajo al año, distribuidas a su elección en jornadas completas o parciales, cuando la salud del hijo menor de 18 años requiera atención personal de sus padres con motivo de accidente grave, o enfermedad terminal en su fase final, o enfermedad grave o aguda con riesgo de muerte certificadas médicamente. Estos permisos se consideran tiempo trabajado para todos los efectos legales, por lo que no corresponde pago de subsidio.

El tiempo de estos permisos debe ser restituido por el trabajador imputándose a feriado anual, o laborando horas extraordinarias, o por otras formas convenidas entre las partes, y de no ser posible lo anterior, se descontará los permisos de la remuneración mensual, de un día por mes, o fraccionarse según el sistema de pago, o de una vez, si el trabajador cesare por cualquier causa en sus servicios.

Si ambos padres son trabajadores dependientes el permiso corresponderá a quién elija la madre, pero se otorgará al padre si tuviere la tuición del menor por sentencia judicial, o la madre ha fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite la tuición o el cuidado. (Art. 199 bis, incisos 1º a 4º)

d) Permiso para dar alimento al hijo menor de dos años

El artículo 206 del Código del Trabajo regula el permiso de la madre trabajadora para dar alimento a sus hijos menores de dos años.

La madre trabajadora tiene derecho a disponer de una hora al día, a lo menos, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, tiempo que se considera trabajado para todos los efectos legales.

Se establece que el beneficio de que trata puede ser ejercido a través de una de las diversas modalidades que el precepto contempla, la que en todo caso, debe ser acordado con el empleador. Ellas son:

- En cualquier momento dentro de la jornada.
- Puede dividírsele, a solicitud de la interesada, en dos porciones de tiempo, o bien,
- Puede postergarse o adelantarse, en una o en media hora, el inicio o término de la jornada de trabajo.

La norma agrega que el referido derecho puede ser ejercido en forma preferente en la sala cuna o en el lugar en que se encuentre el menor y que no puede ser renunciado en forma alguna.

Del mismo precepto se infiere, finalmente, que tratándose de las empresas que están obligadas a mantener salas cunas, el período de tiempo a que tienen derecho las trabajadoras para dar alimento a sus hijos se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre, estando el empleador obligado a pagar el valor de los pasajes por el transporte que ésta deba emplear para el viaje de ida y vuelta. (Art. 203, inciso 8º del Código del Trabajo)

6. SALA CUNA

a) Procedencia

Toda empresa que ocupe 20 o más trabajadoras mujeres de cualquiera edad y estado civil, deberá tener salas anexas e independientes del local de trabajo, para que las madres puedan concurrir a dar alimentos a los hijos menores de hasta dos años y dejarlos mientras están en el trabajo. (Art. 203 del Código del Trabajo)

Los centros o complejos comerciales, industriales, y de servicios, administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen en total veinte o más trabajadoras, tendrán la obligación de sala cuna. En este caso el gasto de la sala cuna se considera dentro de los gastos comunes del complejo, y están obligados a él todos los establecimientos del complejo en la proporción correspondiente. (Art. 203 del Código del Trabajo)

Los centros o complejos industriales y de servicios, fueron incorporados a la obligación de sala cuna, en la forma antes descrita por ley 19.824, publicada en el Diario Oficial del 30.09.02, que modificó el Art. 203 del Código del Trabajo.

La obligación del empleador de proporcionar sala cuna y el derecho de la madre de llevar al menor a ella rige en la medida que la trabajadora se encuentre en el trabajo, por cuanto si se encuentra con feriado, con licencia médica, o con permiso de cualquier naturaleza, el empleador no tiene la obligación de proporcionar o

pagar la sala cuna, y la trabajadora el derecho a ocuparla (Dictamen Ord. 4502/197, de 14.08.92)

b) El mantenimiento de sala cuna o su pago es de cargo exclusivamente del empleador.

El mantenimiento o el pago de la sala cuna será de cargo exclusivo del empleador, quien tendrá a una persona competente para la atención de la misma y cuidado de los menores, que deberá tener preferentemente la calidad de auxiliar de enfermería. (Art. 205 del Código del Trabajo)

c) La obligación del empleador de costear la sala cuna comprende también los gastos de alimentación de los menores.

La obligación del empleador de mantener de su costo sala cuna alcanza a los alimentos que deba proporcionarse a los menores mientras se encuentren en ella. (Dictamen Ord. 1825/110, de 20.04.93.)

d) Modos alternativos de cumplir con la obligación de tener sala cuna

Los establecimientos de las empresas que se encuentren en una misma unidad geográfica podrán construir o habilitar o mantener servicios comunes de sala cuna para los niños de las trabajadoras de todos ellos, siempre que cuenten con informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI.

Así, por ejemplo, los empleadores de predios o parking que se encuentren ubicados en una misma área geográfica, comuna o localidad pueden construir, habilitar o mantener servicios comunes de sala cuna para las trabajadoras de todos ellos, previo informe favorable de la JUNJI. (Dictamen Ord. 2564/115, de 06.07.2001)

El empleador podrá también pagar los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer lleve sus hijos menores de 2 años, y que ha sido elegido por dicho empleador, de los autorizados por la Junta Nacional de Jardines Infantiles.. Corresponde al empleador la elección de la sala cuna, y en ningún caso podrá pagar directamente a la madre el costo de sala cuna. (Art. 203, incisos 1º, 3º, 5º y 6º del Código del Trabajo).

El derecho a sala cuna también corresponde al padre del menor cuando la madre ha fallecido en el parto, a fin de dejar en ella al menor mientras está en el trabajo, y pueda velar por su cuidado.(Dictamen Ord. Nº 3280/183, de 30.06.99)

e) Externalización del servicio de sala cuna.

La empresa puede externalizar el servicio de sala cuna mediante suscripción de contrato de mandato u otro con empresa intermediaria que se encargue de la administración de esta obligación del empleador, a la cual le pague el valor

acordado con el establecimiento al cual la trabajadora lleve al menor que cumpla con los requisitos legales.

(Dictámenes Ord. 733/44, de 12.02.2004, 2233/129, de 15.07.2002, 3278/91, 12.08.2003 y 1215/39, 23.05.2007.)

7. TRABAJOS PERJUDICIALES PARA LA SALUD DE LA MUJER EMBARAZADA

Durante el período de embarazo, la mujer ocupada habitualmente en trabajos que la autoridad estime perjudiciales para su estado, deberá ser trasladada de funciones, sin reducción de las remuneraciones, a otra que no conlleve dicho riesgo.

A vía ejemplar, se consideran perjudiciales para su salud, los siguientes:

- Los que obliguen a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos
- Exijan un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;
- Se ejecuten en horario nocturno; se entiende por trabajo nocturno para estos efectos, el que se realiza entre las 22 y las 7 horas, como se ha precisado, por aplicación analógica del artículo 18 del Código, que prohíbe el trabajo entre estas horas a los menores de 18 años (Dictamen Ord. 1739/68, de 20.03.96). Cabe hacer notar que la Ley N° 20.539, de 06.10.2011, modificó el artículo 18 del Código del Trabajo y que mediante dictamen N° 4194/086, de 25.10.2011, este Servicio fijando sentido y alcance de dicha norma legal precisó que la modificación legal referida extiende el período de prohibición de trabajo nocturno fijándose en 11 horas consecutivas el cual comprenderá a lo menos el lapso que media entre las 22 y las 07 horas.
- Se realicen en horas extraordinarias de trabajo, y
- Que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez. (Art. 202, incisos 1° y 2° del Código del Trabajo.)

a) Cambio de turnos

Si con motivo del estado de embarazo, la trabajadora debió ser cambiada a turnos diurnos, por el impedimento de desempeñar turnos nocturnos, el empleador debe mantenerle el pago de un bono nocturno, si dicho cambio no puede significarle disminución de la remuneración.(Dictamen Ord. 2447/114, de 25.04.94.)

b) Determinación del trabajo y el lugar donde debe ser cambiada la trabajadora embarazada

No corresponde al Inspector del Trabajo determinar el trabajo y el lugar donde debe ser cambiada la trabajadora embarazada, de ser perjudicial el trabajo realizado.

Es el empleador quien debe precisar el trabajo y el lugar donde debe ser cambiada la trabajadora embarazada si las condiciones anteriores son perjudiciales para su estado. El Inspector del Trabajo sólo puede verificar que las nuevas labores y lugar no sean riesgosos para el estado de embarazo. (Dictamen 2133/143, de 14.05.98.)

8. FUERO MATERNAL

El fuero maternal es una protección especial que la ley concede a la mujer trabajadora en razón de su maternidad, y en resguardo del sustento del menor, durante su primera etapa de vida, por el cual se prohíbe el despido o término de contrato, a menos que el juez lo autorice, a través de un procedimiento judicial de desafuero, que debe iniciar el empleador. (Art. 201, inciso 1º, del Código del Trabajo)

a) Duración del fuero maternal

El fuero maternal comienza con el inicio del embarazo o concepción y termina un año después de concluido el reposo maternal postnatal, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

b) Extensión del fuero maternal

Si el reposo post natal, de doce semanas contadas desde el parto, debe ser prolongado en razón de enfermedad contraída por la mujer producto del alumbramiento, que requiera un reposo que exceda las doce semanas, el término del fuero se extenderá hasta completar un año contado desde la cesación del post natal prolongado, cualquiera sea su duración.

c) Fuero del padre en caso de muerte de la madre durante el parto o período post natal.

El padre, junto con gozar de todo o parte del período de reposo post natal de la madre fallecida, tendrá fuero desde que asuma el cuidado personal del menor y hasta un año concluido el período del reposo post natal. Se perderá este fuero si es privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor. (Art. 195, incisos 2º y 3º, del Código del Trabajo.)

d) Fuero del adoptante, o de quien tiene el cuidado personal o tuición del menor en adopción.

La mujer u hombre trabajador, soltero o viudo, que manifiesten al tribunal voluntad de adoptar un hijo de acuerdo a Ley de Adopción, gozarán de fuero por un año desde que el juez, mediante resolución confíe a estos trabajadores el cuidado

personal del menor, o bien les otorgue la tuición según la misma Ley. Cesará este fuero desde que cause ejecutoria la resolución del juez que rechace la adopción, o la que deja sin efecto la adopción otorgada, o la que termina con el cuidado personal del menor. (Art. 201, inciso 2º y 3º del Código del Trabajo)

e) Fuero maternal de las trabajadoras de casa particular

Las trabajadoras de casa particular gozan del fuero maternal al igual que las demás trabajadoras dependientes, al derogar el N° 2 del artículo único de la ley 19.591, el inciso final del artículo 201 del Código del Trabajo, que excluía a tales trabajadoras del fuero. (Dictamen Ord. N° 306/15, de 14.01.99)

a) Fuero maternal en caso de contrato a plazo fijo, o por obra o servicio determinado, o de personal de exclusiva confianza

El vencimiento del plazo del contrato no pone término al contrato si la trabajadora se encuentra amparada con fuero maternal en dicha oportunidad, por consiguiente obliga a solicitar el desafuero judicial. El mismo se puede decir del contrato por obra, faena o servicio determinado. (Dictamen Ord. N° 3545/210, de 16.07.93.) El personal de exclusiva confianza también está amparado por el fuero maternal. (Dictamen Ord. N° 3149/126, de 31.05.96).

b) Fuero del padre que haga uso del permiso postnatal parental

El padre que haga uso del permiso postnatal parental, también goza de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores a su inicio. Dicho fuero no podrá exceder de tres meses.

c) Reintegro obligado al trabajo por despido con infracción al fuero maternal

Si por ignorancia del estado de embarazo, o del cuidado personal o de tuición de un menor, se hubiere puesto término al contrato de la trabajadora o trabajador, según el caso, el empleador está obligado a su reintegro, para lo cual bastará la presentación del certificado médico o de matrona, o de copia autorizada de la resolución del tribunal en que conste el otorgamiento de la tuición o cuidado personal del menor, debiendo además pagársele la remuneración por el tiempo en que haya estado indebidamente fuera del trabajo, si durante este período no gozó de subsidio. (Art. 201, inciso 4º, del Código del Trabajo.)

No procede que el Inspector del Trabajo ordene el reintegro de la trabajadora embarazada que ha renunciado voluntariamente a su trabajo, aún cuando hubiere ignorado su estado de embarazo. La reincorporación procede cuando es el empleador el que ha puesto término al contrato. (Artículo 201, inciso 4º, del Código del Trabajo). (Dictamen Ord. N° 2027/132, de 07.05.98)

d) Plazo para hacer valer el reintegro en caso de despido habiendo fuero maternal.

La persona afectada por el despido indebido tiene un plazo de 60 días hábiles contado desde su separación para exigir su reintegro. Este plazo es de caducidad, por lo que si el derecho no se ejerce dentro de él caduca por el solo ministerio de la ley. (Art. 201, inciso 4º parte final).

e) Pérdida del fuero maternal:

El fuero maternal puede terminar anticipadamente, configurados los siguientes hechos:

- Interrupción del embarazo por aborto espontáneo o provocado. (Dictamen Ord. 3143, de 27.05.85.)
- Muerte del hijo antes del nacimiento. (Dictamen Ord. 3.143, de 27.05.85.)
- Muerte del hijo recién nacido. (Dictamen Ord. 3143, de 27.05.85) .
- Renuncia voluntaria al contrato de trabajo, sin embargo, si la trabajadora contrata nuevamente sus servicios readquiere el fuero, por el período que le reste. (Dictamen Ord. Nº 4535/209, de 05.08.94).
- Por término del contrato por mutuo acuerdo de las partes, con la misma salvedad del número anterior. (Dictamen Ord. Nº 4535/209, de 05.08.94) .
- Por sentencia del juez del trabajo que autorice el desafuero y despido de la trabajadora

El juicio de desafuero, que se tramita según el procedimiento ordinario laboral, **puede basarse** solamente en las siguientes causales de término de contrato:

- vencimiento del plazo del contrato en los contratos de plazo fijo, Art. 159, Nº 4 del Código del Trabajo;
- conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, Art. 159, Nº 5 del Código del Trabajo, y
- en cualquiera de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo.

No se podrá solicitar el desafuero basado en las causales:

- Caso fortuito o fuerza mayor, del Art. 159 Nº 6; ni
- En las del artículo 161 del Código del Trabajo, de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, y desahucio del contrato.
- Si se hubiere dado el aviso anticipado de desahucio de término de contrato de 30 días del Art. 161, y la trabajadora acredita en el intertanto estado de embarazo, el contrato no podrá terminar cumplidos los 30 días del desahucio por haber adquirido fuero maternal. (Dictamen Ord. Nº 3.160, de 22.06.84). Tampoco se podrá solicitar el desafuero por la misma causal.

El pronunciamiento sobre el desafuero es en todo caso facultativo para el juez, quién puede o no autorizarlo, acreditados los hechos en que se funda la demanda.

f) Suspensión de la prestación de servicios durante el juicio de desafuero.

El juez tiene la facultad de suspender los servicios de la trabajadora demandada de desafuero, si ello se le ha solicitado como medida prejudicial, o en cualquier estado del juicio, lo que podrá rechazar o acceder fundadamente, con o sin goce de remuneración, mientras se tramita el desafuero. (Art. 174, inciso 2º, del Código del Trabajo).

g) Extinción de las acciones y derechos provenientes de la protección a la maternidad del Código del Trabajo.

Las acciones y derechos provenientes de la protección a la maternidad del Código del Trabajo, expirarán en el plazo de 60 días contados desde el término del período del fuero maternal. (Código del Trabajo, art. 207, inciso 3º).

