

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho



“PERMISO PARA PADRES DE HIJOS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS: CREACIÓN DEL SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS (SANNA)”

KARINA PASTRANA RAMÍREZ
PROFESOR GUÍA: PABLO ARELLANO ORTIZ

Valparaíso, Chile
2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
--------------------	---

CAPÍTULO 1

CONCILIACIÓN ENTRE LAS CARGAS LABORALES Y FAMILIARES

1.1 Construcción paulatina del Derecho Laboral	7
1.2 Protección de la familia en el Derecho Laboral chileno.....	8
1.3 Responsabilidades familiares compartidas	9

CAPÍTULO 2

PROTECCIÓN EN EL DERECHO LABORAL A TRABAJADORES DE HIJOS CON ENFERMEDADES

2.1 Panorama actual	14
2.2 Una efectiva protección, artículo 199 del Código del Trabajo	15
2.3 Una protección, artículo 199 bis del Código del Trabajo	19
2.4 Proyecto para la ampliación de la protección del artículo 199 bis	23

CAPÍTULO 3

LEY N° 21.010: CREACIÓN DE LOS FONDOS DEL SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS (SANNA)

3.1 Actual protección a padres de hijos con enfermedades catastróficas	26
3.2 Una promesa pendiente	27
3.3 La cotización extraordinaria antes y después de la ley N° 21.010	29
3.4 Ley N° 21.010, la antesala del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas	30
3.5 Coexistencia de ambos sistemas	34
3.5.1 Padres de hijos menores de un año con alguna enfermedad grave	34
3.5.2 Padres de hijos mayores de un año y menores de dieciocho años con alguna enfermedad grave	34
3.5.3 Padres de hijos mayores de dieciocho años con alguna enfermedad grave	35

CONCLUSIONES	37
BIBLIOGRAFÍA	40

INTRODUCCIÓN

En Chile, al igual que en el resto del mundo, se ha registrado un incremento considerable de personas afectadas por enfermedades de tipo catastróficas, las cuales se caracterizan por producir un gran daño en la salud de quienes las padecen y por requerir de tratamientos altamente costosos. Por lo mismo, durante su tratamiento, se hace indispensable el apoyo psicológico y emocional que puedan brindar las persona a los pacientes, ya que éstos se ven expuestos, por regla general, a tratamientos de larga duración que les producen finalmente un desgaste tanto físico como psicológico.

Sin bien hace unos años este tipo de enfermedades afectaban en mayor medida a personas de avanzada edad, hoy por hoy, no es extraño ver un incremento de las mismas en jóvenes adultos e inclusive niños, siendo aún más preocupante cuando este tipo de enfermedades afectan a éstos últimos, no solo por el desgaste físico y emocional mencionado anteriormente, sino por el hecho de que los niños se encuentran en una etapa de formación como persona, no siendo los hospitales un adecuado ambiente para su íntegro desarrollo. A modo ilustrativo, el Ministerio de Salud en el año 2012, a propósito de un estudio del cáncer en los niños, indicó que la cifra de menores que debieron ser hospitalizados por más de diez días asciende al número de 12.262, de los cuales 517 debieron recibir quimioterapia y otros 225 fueron desahuciados.

Debido al alza de menores afectados por enfermedades de tipo catastróficas y a la necesidad del cuidado de los mismos en su etapa recuperativa, tema importante a tratar es aquello que dice relación con la difícil situación en la que quedan los padres de estos menores, cuando no solo tienen la necesidad de cuidar de sus hijos, sino que tienen la obligación de cumplir con sus actividades de carácter laboral, para solventar así los gastos que implica tanto el tratamiento como el diario vivir de la familia.

Ante las dificultades de aquellos padres por conciliar sus obligaciones labores junto con las familiares, nuestro Código del Trabajo presenta en sus artículos 199 y 199 bis la posibilidad de que, cumpliéndose con los requisitos establecidos para cada caso, dichos trabajadores puedan ausentarse de sus jornadas laborales para brindar los cuidados y atenciones que requieran sus hijos. Sin embargo y tal como quedará de manifiesto del análisis en particular de cada disposición, existen argumentos plausibles para concluir que dichos permisos, en la práctica, no constituyen una efectiva protección para aquellos casos en que el hijo del trabajador padezca de algún tipo de enfermedad grave o aguda.

En virtud de lo anterior, en el siguiente texto se realizará un examen de las actuales herramientas con las que cuentan aquellos trabajadores de hijos con enfermedades de tipo catastróficas, para luego realizar un análisis de la reciente Ley N° 21.010 del 18 de abril del presente año, que crean los fondos para el financiamiento del futuro Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (SANNA). Puesto que éste último se presenta como el mecanismo que brindará la real y efectiva protección que necesitan y han demandado dichos padres, ya que a grandes rasgos, será aquel que permitirá a aquellos trabajadores ausentarse de sus jornadas laborales, para así dar atención y cuidados a sus hijos que padecen algún tipo de enfermedad grave o aguda, tiempo durante el cual se entenderá suspendida la relación laboral y se les otorgará un subsidio que reemplazará total o parcialmente su remuneración.

A objeto de realizar dicho examen, en el primer capítulo se abordará el tópico de la conciliación de las cargas laborales con las familiares a la luz de nuestra normativa laboral, dejando en evidencia cómo nuestro Código del Trabajo -que en un inicio surgió de la necesidad por otorgar protección a la parte más débil de una relación laboral- funciona actualmente como instrumento para la protección y el fortalecimiento de la familia, por medio de una serie de disposiciones que permiten al mismo trabajador compatibilizar el ejercicio de sus actividades laborales junto con sus responsabilidades familiares.

Seguidamente en el mismo capítulo, se hará referencia a uno de los cambios más importantes que ha presentado la sociedad chilena en el último tiempo, el cual ha sido la inserción de la mujer al mundo laboral, puesto que ello significó el abandono progresivo de los antiguos y anacrónicos roles o estereotipos sobre los cuales se estructuró inicialmente el Código Laboral, consistentes en la identificación del género femenino con las labores del cuidado del hogar, de los hijos y del marido. Siendo consecuencia necesaria de lo anterior, la reestructuración de los roles tanto para la mujer como para el hombre, permitiendo la mayor realización profesional de la primera y la mayor participación en la crianza de los hijos del segundo. Sin embargo, tal como se verá, si bien existen normativas internacionales que reconocen actualmente que las “responsabilidades familiares” constituyen cargas compartidas de ambas figuras parentales, pareciera ser, a partir de lo dispuesto por nuestra normativa laboral, que aún en el fondo se siguen manteniendo los antiguos y anacrónicos paradigmas de la mujer cuidadora y el hombre proveedor, o al menos de manera principal.

Posteriormente en el capítulo segundo se abordará la actual protección con la que cuentan aquellos trabajadores- independiente del género- que tengan a su cargo hijos con algún tipo de enfermedad, que se reduce a la protección contenida tanto en el artículo 199 como en el artículo 199 bis del Código del Trabajo. Realizando respecto de cada disposición un análisis en particular, en cuanto a su ámbito de procedencia y los beneficios u opciones que otorgan a dichos trabajadores, para concluir finalmente que, respecto al artículo 199 del Código Laboral se profesa una efectiva protección al trabajador a diferencia del artículo 199 bis del mismo cuerpo legal, en donde la protección es solo de carácter aparente.

Finalmente en el capítulo tercero, que constituye objeto medular del presente texto, se analizará en detalle la reciente ley N° 21.010 que extiende y modifica la cotización extraordinaria y crea los fondos para el Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (SANNA). Desarrollándose tanto los fundamentos de la extensión y modificación de la cotización extraordinaria, como los fundamentos para la creación de un mecanismo que brinde efectivamente protección a aquellos padres trabajadores de hijos afectados por una enfermedad de tipo catastrófica.

Adicionalmente, se analizará bajo qué supuestos procederá la protección contenida en la Ley N°21.010 y los beneficios que reportará dicha disposición a los trabajadores con hijos enfermos. Y bajo el entendido que dicha disposición solo crea el mecanismo de financiamiento del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (SANA), y no la estructura misma del seguro, se analizará de manera especulativa y particular la situación en que quedarán –una vez entrado en vigencia el SANNA- aquellos trabajadores que cuenten con la responsabilidad de un hijo con alguna enfermedad de tipo catastrófica menor de un año, mayor de un año y menor de dieciocho o bien mayor de dieciocho años.

Todo ello para demostrar que, si bien nuestra legislación laboral contiene una serie de normas para la conciliación de las cargas laborales con las familiares, como lo son –y en lo que interesa al presente texto- aquellas que conceden permisos para ausentarse del trabajo para brindar cuidados y atenciones a los hijos en caso de enfermedad, en la práctica, dicha protección no resulta suficiente para el caso de aquellos trabajadores padres de hijos afectados por algún tipo de enfermedad catastrófica, ya sea por el tiempo que requieren para su recuperación, como también por el gran costo económico que significa el tratamiento de las mismas para una familia. De manera que, con la promulgación de la Ley N° 21.010 que crea el sistema de financiamiento del futuro Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas, por medio de una cotización de cargo del empleador, se sienta las bases para la configuración de un futuro mecanismo (SANNA) que brindará una real y efectiva protección a dichos trabajadores y a sus familias.

CAPÍTULO 1

CONCILIACIÓN ENTRE LAS CARGAS LABORALES Y FAMILIARES.

1.1 CONSTRUCCIÓN PAULATINA DEL DERECHO LABORAL

En Chile, al igual que en el resto del mundo, las relaciones laborales han mutado en el tiempo debido a una serie de fenómenos sociales, como lo son por ejemplo la Revolución Francesa, la Revolución Industrial, entre otros. En nuestro país, estas relaciones antes del año 1924, encontraron regulación por medio de normas laborales aisladas contempladas en los códigos tradicionales del Código Civil, del Código Comercial y del Código Minero. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de dichos cuerpos legales a relaciones laborales resultó poco equitativa, ya que se tradujo en la aplicación de normas de carácter privado - basados en el principio de autonomía de la voluntad- a hipótesis en donde realmente primaba la desigualdad, por radicar el poder en el empleador que le permitía fijar condiciones laborales injustas y la necesidad en el trabajador que lo impulsaba finalmente a acceder a dichas condiciones con tal de obtener una remuneración. Existiendo en definitiva una autonomía para contratar ilusoria, que exigía de la creación de una regulación legislativa que tuviese como presupuesto la desigualdad de las partes y la protección de la más débil.

Un hito importante a mencionar en el avance constructivo de nuestra normativa laboral fue la incorporación de Chile, por medio de la Ley 3.577 de 1919, a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), toda vez que el Presidente Arturo Alessandri Palma encargaría la preparación del primer proyecto del Código de Trabajo en conformidad a los principios establecidos en dicha organización. Pese a terminarse el proyecto y enviarse al Congreso en el año 1921, se mantuvo envuelto en una serie de discusiones que no permitieron su final aprobación. No obstante, no fue hasta 1924 que, producto de la presión castrense existente en ese momento, se promulgaría una serie de leyes parte del Proyecto del Código que había sido enviado, entre las que se puede nombrar las leyes sobre el contrato de trabajo obrero, leyes sobre los accidentes del trabajo, leyes sobre las organizaciones sindicales, entre otras¹. De esta forma fue que a partir del año 1924 existieron algunas normas de carácter laboral que regularon aquellos vínculos en que existía una desigualdad de poderes entre las partes, quedando pendiente la idea de legislar un cuerpo normativo completo.

Posteriormente sería dictado en 1931 el primer Código del Trabajo, bajo el mando del Presidente Carlos Ibáñez del Campo con ocasión de las amplias facultades legislativas delegadas por el Congreso. Dicho Código Laboral tendría plena vigencia hasta el año 1973 en que, con la venida del golpe militar, se dictaron una serie de decretos leyes denominados “Plan Laboral”, los cuales mermaron considerablemente el texto original. Estos decretos leyes fueron sistematizados en el año 1987 y constituyeron el nuevo Código del Trabajo que en definitiva, “*busco hacer posible el funcionamiento de un sistema laboral individual*”

¹ BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “Orígenes de la legislación laboral en Chile. De las leyes laborales al Código del trabajo”. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3633.html#presentacion> [consulta: 21 marzo 2017].

y colectivo compatible con un economía social de mercado donde no hubiera distingo entre empleados y obreros, y el Estado se enmarcara en su papel subsidiario y no compitiera con la empresa privada, que debía operar como gran motor del crecimiento económico”²

Es menester realizar esta breve referencia al nacimiento de la disciplina laboral en Chile, sin perjuicio de la serie de modificaciones posteriores, puesto que da cuenta de cómo *“la legislación social chilena ha debido recoger los enormes cambios políticos, económicos, sociales y culturales que registra la historia del país”³*, debiendo en el tiempo, modificarse, ampliarse o derogarse a objeto de reflejar de mejor manera los diversos contextos sociales que constantemente van configurando a nuestra población. De esta forma, se exige actualmente del Estado una constante preocupación por actualizar sus normativas laborales, lo que se traduce en: el acondicionamiento a nuevos escenarios, la nivelación en la participación laboral tanto para hombres como para mujeres, y en general, en la ampliación de sus protecciones al trabajador como persona, es decir, contemplando no solo una protección del mismo dentro de la empresa sino también una que se extienda a los distintos ámbitos de su vida, que de manera inevitable ha de conciliar en conjunto con su vida laboral, como lo es por ejemplo -y en lo que importa a objeto de este artículo- su “vida familiar”.

1.2 PROTECCIÓN DE LA “FAMILIA” EN EL DERECHO LABORAL CHILENO.

La familia, conceptualmente hablado, es un término carente de una definición o concepción unitaria, así para algunos autores ésta puede ser concebida de dos formas; como un grupo social compuesto por un *“complejo sistema de relaciones personales, constituido por las relaciones de filiación, las relaciones conyugales y las relaciones de fraternidad”⁴*, o bien, como una institución social que *“incluye el conjunto de valores y normas compartidas, que orientan el modo de pensar, sentir y actuar de las personas que constituyen las familias, influyendo en la forma de integración y en el reconocimiento de derechos y deberes al interior del colectivo familiar. Esta perspectiva comprende las normas jurídicas y las normas de trato social que la rigen, regulando los actos vinculados a los momentos determinantes de la vida familiar [...] En esta perspectiva, cada sociedad desarrolla su propia noción de la institución familiar, protegiéndola o promoviéndola mediante su tutela jurídica privilegiada”⁵*

En lo que respecta a nuestra normativa, es la misma Constitución, como Carta Fundamental, la que en su artículo 1 inciso primero se refiere a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad” y seguidamente en su inciso quinto, consagra el deber del Estado de otorgar protección a la misma y propender a su fortalecimiento. De la ubicación de la norma, se desprende no solo su importancia sino la eficacia de la misma, toda vez que implica un mandato a todo órgano del Estado. En lo que nos interesa, esto se traduce en el deber del legislador, al momento de regular los distintos aspectos de la vida de

² THAYER ARTEAGA, William (1994). “Orígenes, evolución y perspectiva del derecho laboral chileno”. *Estudios Públicos* 54, p. 228.

³ *Ibíd.*, p. 223.

⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011). “Evolución y actualidad de la concepción de la familia: Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1, p. 34.

⁵ *Ídem.*

una persona en el derecho, de tener en consideración la protección y el fortalecimiento de la familia.

Y no siendo ajena a dicha disposición, nuestra legislación laboral contiene una serie de normas que dan cuenta de una protección a la faceta del trabajador entendiéndolo como persona constituida en su núcleo familiar, contempladas principalmente en el Libro II del Código del Trabajo Título II “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” que se traducen en la concesión, cumpliéndose con los requisitos que la misma ley establece, de los derechos a descansos maternales y parentales, derecho a salas cunas, derechos a dar alimentos y en particular, permisos especiales para padres de hijos con enfermedades graves o discapacidades. Importancia especial reviste este último permiso, el cual será desarrollado más adelante en detalle por constituir éste objeto medular del presente texto.

1.3 RESPONSABILIDADES FAMILIARES COMPARTIDAS.

Si bien las normas contenidas en el apartado sobre la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar son concebidas con la finalidad de conciliar las responsabilidades familiares con las laborales, tema importante a tratar dice relación con la determinación sobre en qué tipo de trabajadores recaen las ya mencionadas responsabilidades familiares, que fundamentan finalmente la concesión de derechos y permisos en el ejercicio de sus actividades económicas.

Históricamente, la estructuración de nuestra legislación laboral *“fue unida a la protección de la familia, con lo cual se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones”*⁶, de manera tal que, bajo esta concepción de la mujer cuidadora y el hombre proveedor, las responsabilidades familiares fueron asociadas de manera casi innata al género femenino, relegándolas socialmente por mucho tiempo al rol del cuidado del hogar y de los hijos. No obstante, una serie de factores como lo son por ejemplo la educación, la edad, el acervo cultural de una región, entre otros, han contribuido en el tiempo a la creciente inserción de la mujer en área laboral, proyectándose una imagen de las mismas ya no solo como cuidadoras sino como ciudadanas, trabajadoras y líderes⁷ capaces de contribuir en una sociedad. Lo anterior queda de manifiesto a partir de datos reunidos en un estudio realizado por la Fundación Sol que indican que la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha visto incrementada

⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010). “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°34, p. 185.

⁷ COMUNIDAD MUJER (2013). “Mujer y trabajo: factores culturales, roles de género y compartimiento laboral de las chilenas”, p. 1. Disponible en: <http://dev.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2013/03/BOLETIN-MARZO-2013-VF.pdf> [consulta: 7 abril 2017].

desde los años 90, desde un 30% hasta un 48,3% hasta el año 2015⁸. Estos datos dan cuenta finalmente que *“los cambios sociales y económicos que han tenido lugar en el último tiempo en nuestro país, han favorecido una progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral, lo que ha ido acompañado de una serie de transformaciones en otras áreas de la vida social, como es el caso de la organización familiar tradicional, el cuidado de los hijos o la ejecución de las tareas domésticas cotidianas. Esta nueva realidad coloca a hombres y mujeres en una situación más confusa y compleja desde el punto de vista de la asunción de sus responsabilidades familiares, pues deben responder simultáneamente a demandas de tiempo y tareas como padres, cónyuges y trabajadores”*⁹

En lo relativo a nuestra legislación interna, el Código del Trabajo no hacía referencia alguna al concepto de “responsabilidades familiares” sino hasta principios de este año en que, por medio de la ley N° 20.940 que “moderniza el sistema de relaciones laborales”, se modifica sustancialmente el apartado sobre la negociación colectiva, incorporando el concepto de responsabilidades familiares tanto en el artículo 306 como en el artículo 376 del mismo cuerpo legal.

De esta forma, con la entrada en vigencia de la ley 20.940 se modifica, entre otras cosas, las materias que serán objeto de negociación colectiva, extendiendo considerablemente el ámbito de procedencia del antiguo artículo 306 del Código Laboral el cual disponía que:

“Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo.

No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”.

En cambio, el actual artículo 306 dispone que: *“Son materia de la negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo.*

Las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para

⁸ BREGA, Carla; DURÁN, Gonzalo; SÁEZ, Benjamín (2015). “Mujeres trabajando. Una exploración al valor del trabajo y la calidad del empleo en Chile”, p. 3. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/03/Estudio-Mujeres-Trabajando-2015.pdf> [consulta: 15 abril 2017].

⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007). “Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°29, p. 172.

corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversia, entre otros.

Adicionalmente, se podrán negociar los acuerdos de extensión previstos en el artículo 322 y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo de que trata el Título VI de este Libro.

No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga.”.

Por su parte, el artículo 376 dispone en su inciso primero que: *“las organizaciones sindicales podrán celebrar con el empleador, pactos con el objeto que trabajadores con responsabilidades familiares puedan acceder a sistemas de jornadas que combinen tiempos de trabajo presencia en la empresa y fuera de ella”*

Como puede apreciarse, pese a la incorporación del término “responsabilidades familiares” a nuestra legislación interna, el Código del Trabajo no define qué ha de entenderse por ellas, ni menos sobre qué tipos de trabajadores recaerían. Siendo la misma Dirección del Trabajo la que, por medio de su Ordinario N° 6084/97 del año 2016, destacaría el hecho de que tanto el artículo 306 como el artículo 376 son expresión del espíritu que ha tenido en el último tiempo el legislador, por propender a la conciliación entre el trabajo y la familia y a la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos, haciendo hincapié además en el hecho de que, si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla una determinación de los trabajadores sobre quienes recaen las responsabilidades familiares, si lo harían instrumentos internacionales como el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile en 1994.¹⁰

En virtud de lo anterior, cobra importancia el Convenio N° 156 de la OIT de 1981, por dotarnos en su artículo primero de un concepto de trabajadores con responsabilidades familiares, señalando que se entenderá por ello a aquellos *“trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella”* como también aquellos *“con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera*

¹⁰ Ordinario N° 6084/97 del 26 de diciembre de 2016 de la Dirección del Trabajo que Informa sobre el sentido y alcance de la Ley N° 20.940 publicada en el Diario Oficial del 8 de septiembre de 2016, en particular, en lo referido a los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

*evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella*¹¹. El concepto que instaura esta convención es de carácter objetivo y prescinde del género del individuo, materializando así el cambio del antiguo y anacrónico paradigma de la mujer cuidadora y el hombre proveedor a uno en donde las responsabilidades familiares recaen por igual en ambas figuras parentales. De esta forma, la normativa internacional ha establecido *“un marco amplio y flexible para que los Estados miembros de la OIT comiencen a diseñar políticas sociales en las que se incluya el tema y la problemática asociada a la situación económica, social y laboral de los trabajadores con responsabilidades familiares”*¹²

Sin perjuicio de lo anterior, necesaria se hace la apreciación de algunas de las disposiciones contenidas en el Libro II Título II del Código del Trabajo sobre “la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” por seguir concibiendo, aparentemente, el antiguo paradigma de la mujer cuidadora y el hombre proveedor.

Así por un lado, encontramos normas como el Arts. 199, que contempla la concesión de un permiso y subsidio para atender en el hogar al hijo menor de un año por causa de enfermedad grave del mismo ,y por otro, el artículo 199 bis del mismo cuerpo legal, que permite al trabajador ausentarse por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, cuando el hijo menor de dieciocho años requiera de la atención personal de sus padres por motivo de accidente grave, enfermedad terminal en fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte del menor. Ambas disposiciones tiene en común el siguiente enunciado “en el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre” podrá hacer uso del beneficio consagrado en la respectiva norma, de forma tal que, pareciera subentender nuevamente que la responsabilidad familiar recae solo en la mujer o al menos de manera principal, pudiendo ésta a su elección delegarla o no en el padre trabajador.¹³

Por otro lado, en la misma línea argumentativa, encontramos tanto el artículo 203 del Código Laboral que disponen en su inciso primero que: *“las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo”*, como también el artículo 206 del mismo cuerpo legal que dispone 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”*, ambas disposiciones que reconocen directamente que el deber de alimento de los hijos recae de manera exclusiva en la mujer.

¹¹ Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, “Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares” de 1981.

¹² CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007). “Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°29, p. 180.

¹³ TAPIA BALLESTEROS, Patricia; SARASCOSTTI SCHWARTZMAN, Mahia; CASTILLA CÁRDENAS, Leonardo (2016). “Balance entre familia y trabajo: Un análisis comparativo de Chile y España desde una Normativa Internacional hacia Regulaciones Laborales”. Revista *Ius et Praxis*, Año 22, N°1, p. 510.

De manera que es dable presumir, de la redacción de dichas normas, que actualmente nuestra legislación laboral aún contiene disposiciones que siguen arrastrando el antiguo estereotipo de la mujer cuidadora y el hombre proveedor, constituyendo un escenario desfavorable tanto para las trabajadoras como para aquellos trabajadores varones que quieran ser más partícipe de la etapa de formación y cuidado de sus hijos. Por ello, el ideal es que *“las medidas, los planes y los instrumentos que permitan la integración de la vida familiar y laboral deben tener como destinatarios a todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las madres trabajadoras concilien -insistiendo en la discriminación de las mujeres y de los hombres que han asumido sus responsabilidades familiares- sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad”*¹⁴.

¹⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010). “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°34, p. 201.

CAPÍTULO 2

PROTECCIÓN EN EL DERECHO LABORAL A TRABAJADORES DE HIJOS CON ENFERMEDADES

2.1 PANORAMA ACTUAL

Si bien el avance en las tecnologías y en la ciencia misma ha permitido el tratamiento de una serie de enfermedades, aumentando consecuentemente la expectativa de vida tanto de hombres como de mujeres, paralelamente, la serie de cambios del entorno socio-ambiental y de los estilos de vida de las mismas personas, se ha traducido en el tiempo en el aumento de enfermedades, afectando a personas de las más diversas edades. Así, de los datos arrojados por el Ministerio de Salud en el año 2014, las causas de las defunciones en Chile corresponden a las siguientes; enfermedades infecciosas y parasitarias 2,19%, tumores 25,75%, enfermedades endocrinas 4,99%, trastorno mentales y del comportamiento 2,60%, enfermedades del sistema nervioso 3,48%, enfermedades del sistema circulatorio 27,53%, enfermedades del sistema respiratorio 10,25%, enfermedades del sistema digestivo 7,23%, enfermedades del sistema genitourinario 2,64%, ciertas afectaciones originadas en el periodo perinatal 0,82%, malformaciones congénitas y deformidades 0,95%, síntomas y signos anormales que no clasifican en otra parte 2,63%, causas externas de mortalidad 7,66% y resto de causas 1,28%.¹⁵

De forma tal que, enfermedades que antes eran asociadas a personas de mayor edad, hoy por hoy afectarían de igual manera a menores de edad, quienes requieren para su etapa recuperativa, de manera esencial, el cuidado de sus pares ya sean directos, como sus padres, o bien indirectos, aludiendo a todo otro tipo de persona que tenga el cuidado personal de ellos. La participación en esta etapa recuperativa engloba aspectos como la presencia física con el menor, la colaboración de manera activa en su recuperación, la mantención de un diálogo con los profesionales de la salud, entre otros.¹⁶

Tal como se ha ido anticipando, actualmente nuestro Código del Trabajo contiene una serie de normas laborales por medio de las cuales intenta conciliar el aspecto laboral junto con el familiar, dichas normas se encuentran contenidas en su mayoría en el Libro II (sobre la “protección a los trabajadores”) Título II “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”.

En el caso en particular, corresponderá desarrollar en este artículo la distintas protecciones que nuestra legislación laboral brinda a aquellos trabajadores, tanto hombres como mujeres, que deben cuidar de sus hijos que padecen de algún tipo de enfermedad de carácter grave, las cuales se encuentran actualmente en el artículos 199 y 199 bis del Código del Trabajo.

¹⁵ MINISTERIO DE SALUD (2014), “Indicadores básicos de salud Chile 2014”, p. 4. Disponible en: <http://www.deis.cl/wp-content/uploads/2015/04/IBS-2014.pdf> [consulta: 20 abril 2017].

¹⁶ OLIVEIRA PINHEIRO, Elsa María; LÓPEZ FERRERA, Pedro; GARCIA DE LIMA, Regina; FALLEIROS DE MELLO, Débora (2014). “Participación de los padres en los cuidados de la salud de los niños hospitalizados”. *Revista Latino Americana de Enfermagem*, p. 435.

2.2 UNA EFECTIVA PROTECCIÓN, ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

En un principio nuestra normativa laboral solo contenía, en lo relativo a la protección de trabajadores con hijos enfermos, el artículo 199, el cual en su versión original señalaba que:

*“Cuando la salud de un niño **menor de un año** requiera de atención en el hogar con motivo de **enfermedad grave**, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior por el período que el respectivo servicio determine. En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.*

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 el inciso anterior.

Si los beneficios precedentes fueren obtenidos en forma indebida, los trabajadores involucrados serán solidariamente responsables de la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas, sin perjuicio de las sanciones penales que por este hecho les pudiere corresponder.”¹⁷,

Posteriormente, en el año 2015 por medio de la ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, se incorpora al inciso segundo del artículo 199 a continuación de la palabra “cónyuge” la expresión “o conviviente civil”, ampliándose de esta manera legítimamente el derecho al permiso y subsidio contemplado en dicha normativa a la figura del conviviente civil del trabajador toda vez que, según la historia fidedigna de la ley, “*Carece de fundamento racional mantener una discriminación basada en valoraciones morales que al legislador no cabe sancionar*”¹⁸. Esta extensión al derecho, contemplado en el inciso segundo del artículo 199, es un claro ejemplo de cómo nuestra normativa nacional se reforma constantemente a objeto de reflejar de mejor manera las necesidades y realidades de nuestra actual sociedad.

En su versión actual el artículo 199 del Código del Trabajo, de la manera en cómo se encuentra estructurado, constituye una efectiva protección al trabajador con un hijo enfermo menor de un año, toda vez que faculta al mismo –sea este su madre, padre o quien tenga la tuición judicial o el cuidado personal como medida de protección- para ausentarse de sus actividades laborales, suspendiéndose la relación laboral por el tiempo fijado por el

¹⁷ Lo destacado y subrayado es nuestro.

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015). “Historia de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, p. 51. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HL20830%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HL20830%20(1).pdf) [consulta: 4 mayo 2017].

correspondiente servicio de salud para la recuperación del menor. La concesión de este permiso se funda en el reconocimiento de una nueva concepción de familia, en que se revaloriza los roles tanto del hombre como de la mujer en lo relativo a sus responsabilidades y participación en el cuidado de los hijos¹⁹, teniendo cada quien, una esfera familiar que ineludiblemente ha de conciliar con sus responsabilidades de carácter laboral.

En la práctica, esta protección se manifiesta en:

- 1) La concesión de un permiso. Este permiso faculta al trabajador para ausentarse de sus jornadas laborales, con el objeto de brindar atención en el hogar al menor de un año que padece una enfermedad grave, circunstancia que deberá acreditarse por medio de certificados médicos otorgados o ratificados por los servicios que tengan a su cargo la atención del menor.

La concesión de este permiso es una manifestación de la intención del legislador por conciliar el aspecto laboral conjunto el familiar²⁰, puesto que permite al trabajador ausentarse de sus jornadas laborales, durante un tiempo determinado, para acompañar al menor en su etapa recuperativa y mantener de todas formas durante ese intertanto su fuente laboral, puesto que la relación laboral se encuentra suspendida. De esta forma, no se configura la hipótesis del artículo 160 N°3 del Código del Trabajo, que dispone: “*El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: [...] 3.- No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su carga una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra*”, toda vez que, la causa de su inasistencia laboral se encontrará justificada por la enfermedad del menor, que “*constituye para el trabajador un motivo atendible, racionalmente hablando, para no concurrir a sus labores, teniendo siempre presente que, de suyo, no existe la intención de romper el contrato.*”²¹

¹⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007). “Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°29, p. 194.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Permisos laborales para trámites y gestiones particulares, en el Derecho Comparado”, p. 2. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14226/1/94351_AAL_27042012_PAAH_permisos-laborales_94351_.doc. [consulta: 4 mayo 2017].

²¹ CHACANA MATKOVIC, Mario (2010). “Revisión jurisprudencial y doctrinal del efecto de nulidad del despido contemplada en la ley 19.631 aplicada a las relaciones laboradas declaradas por sentencia judicial”, p.67. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107096> [consulta: 4 mayo 2017].

- 2) La concesión de un subsidio. Nuestro sistema de seguridad social contempla un subsidio por incapacidad laboral, el cual procede ante una serie de situaciones como lo son; la ausencia al trabajo con motivo de enfermedad grave del niño menor de un año, la enfermedad del trabajador, los accidentes del trabajo, las enfermedades profesionales y el reposo por maternidad. De manera que, la ausencia del trabajador con motivo de la enfermedad del menor, contemplada en el artículo 199 del Código laboral funciona, en la práctica, como una especie de licencia médica, toda vez que concede al trabajador el derecho de ausentarse de sus jornadas laborales por un tiempo determinado, tiempo durante el cual percibirá un ingreso económico, por medio del subsidio por incapacidad laboral que se financia con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía.²²

Por tanto, el artículo en comento, no solo ampara al trabajador en cuanto a la posibilidad que se le otorga para ausentarse de sus jornadas laborales sin implicar ello una pérdida de su trabajo, sino que también, dicha protección se extiende al ámbito patrimonial del mismo, al concederle el subsidio contemplado en el artículo 198 del Código Laboral, de forma que el cuidado del menor no equivalga a un mayor perjuicio económico para la familia del que ya significa el desembolsado para la recuperación del menor. Menester es tener en consideración que, para que opere el subsidio antes mencionado, en conformidad al artículo 4 del D.F.L N°44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se requiere de un mínimo de seis meses de afiliación a un régimen de seguridad social y de tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia²³

Destacable es el hecho de que la misma norma contemple un extenso ámbito de procedencia, reconociendo el ejercicio del derecho contemplado en ella (permiso más subsidio) no tan sólo a la madre, sino también al padre -en el caso en que la madre y el padre trabajen y por decisión de la madre este último haga uso del mismo, por la muerte de la madre o bien por tener el cuidado personal del menor por resolución judicial. Así también consciente nuestro legislador de todos los problemas que pueden aquejar a una familia, incluye dentro de los legitimados para hacer uso de este derecho, en su inciso segundo, a todo aquel que tenga judicialmente la tuición del menor o su cuidado personal como medida de protección, extendiendo la procedencia del derecho inclusive a aquellos trabajadores que no tengan una relación de paternidad directa con el menor. De lo anterior, se desprende claramente la intención del legislador de velar por la protección del menor enfermo, garantizando su cuidado, ya sea que este venga de sus padres o de quien tenga su cuidado personal legalmente.

En un sentido contrario, tras una simple lectura, lo reprochable a la norma es la alusión que hace en su inciso primero a que “*requiera de atención en el hogar*”, toda vez que limitaría la procedencia de supuestos tales como: el menor de un año que se encuentre

²² DEPARTAMENTO COORDINACIÓN NACIONAL DE LAS COMPIN SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA “Aspectos legales de las licencias médicas. Definición, normativa y procedimientos”, p. 2. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA+Repository/Merged/2015/Archivos/0108> [consulta: 10 mayo 2017].

²³ Artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1979, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

hospitalizado por motivo de enfermedad grave. Situación no menos importante considerando que *“La participación de los padres en los cuidados de la salud de niños hospitalizados es un tema que viene siendo investigado, destacándose el hospital como un ambiente no familiar y que ocasiona cambios en los papeles parentales”*²⁴, siendo necesaria de todas formas el cuidado por parte de aquellos que detentan sus cuidados, destacando los efectos positivos que esta participación tiene no solo en la recuperación del menor, sino en su formación como persona. En virtud de lo anterior, ha sido la misma Dirección del Trabajo, por medio de su Ordinario N°965/26 del año 2003 quien se ha encargado de dilucidar las dudas al respecto, señalando que:

“Es indudable que para lograr el restablecimiento de un menor de un año aquejado de una enfermedad grave, es de suma importancia contar con la presencia de la madre, o del padre, en su caso, quienes a través de los lazos afectivos que los unen con aquél podrán contribuir a crear un ambiente que ayude a su recuperación y desarrollo.

Precisado lo anterior y atendido que la norma en comento al establecer el derecho al permiso de que se trata utiliza la expresión “hogar”, se hace necesario determinar si dicho concepto podría extenderse al centro hospitalario o de salud en que se encuentra internado un menor que se encuentra en tal situación.

Al respecto, es necesario señalar que a juicio de esta Dirección, en ese caso procedería tal extensión, teniendo presente tanto el bien jurídico protegido, esto es, como ya se señalará, la vida y salud del menor, como la circunstancia de que una enfermedad grave de éste siempre hará necesaria la presencia y atención de la madre o del padre, en su caso, para su mejor recuperación y desarrollo.

Sobre dicha base esta Repartición estima que para los efectos previstos en el artículo 199 del Código del Trabajo, la expresión “hogar” allí utilizada comprende no solo la respectiva casa habitación o domicilio, sino también el centro hospitalario o de salud en que se encuentre internado el menor, durante el período que comprenda tal permanencia.

La conclusión anterior es plenamente compartida por la Superintendencia de Seguridad Social, según da cuenta el Ordinario N° 6785, de 12.09.03, emitido a petición de esta Dirección, cuya copia se adjunta, el que, en lo pertinente, expresa:

‘Ahora bien, desde el punto de vista médico, la presencia de los padres o al menos de uno de ellos, es un factor que puede contribuir a la recuperación de un menor y también a su normal desarrollo durante el tiempo en que permanezca internado.

Por ende, esta Superintendencia, cumple en señalar que la interpretación que esa Dirección le otorga al concepto de hogar contenido en el artículo 199 del Código del Trabajo, extendiéndolo a los centros hospitalarios o de salud, es compatible con la opinión

²⁴ OLIVEIRA PINHEIRO, Elsa María; LÓPEZ FERRERA, Pedro; GARCIA DE LIMA, Regina; FALLEIROS DE MELLO, Débora (2014). “Participación de los padres en los cuidados de la salud de los niños hospitalizados”. *Revista Latino Americana de Enfermagem*, p. 433.

médica ya señalada, cuando por la gravedad del cuadro que padece el menor no basten los cuidados que se le puedan otorgar en el hogar normar de su padre, y / o madre, teniendo que ser internado, en cuyo caso se debe entender que transitoriamente y en tanto la gravedad del caso amerite esa internación, el centro hospitalario o de salud, más la presencia del padre o madre, constituye el hogar del menor’”²⁵

Por otro lado, dudosa era la situación en que quedaban aquellos padres con hijos mayores de un año afectados a algún tipo de enfermedad grave, por no encontrarse dentro de la hipótesis del artículo 199 del Código del Trabajo, debido a la importancia que reviste el acompañamiento en la recuperación de los menores y la necesidad de recursos económicos en atención a las dolencias.

Esta última interrogante encontró respuesta en el año 1997, con la ley N° 19.505, por medio de la cual se incorpora al Código del Trabajo el artículo 199 bis, que concede un permiso especial a trabajadores en caso de enfermedad grave de sus hijos mayores de un año y menores de dieciocho años.

2.3 UNA APARENTE PROTECCIÓN, ARTÍCULO 199 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

La ley N° 19.505 incorporó al Código del Trabajo el artículo 199 bis, el cual en su texto original establecía;

"Cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Dichas circunstancias del accidente o enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor.

Si ambos padres son trabajadores dependiente, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado.

El tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. Sin embargo, tratándose de trabajadores regidos por estatutos que contemplen la concesión de días administrativos, primeramente el trabajador deberá hacer uso de ellos, luego podrá imputar el tiempo que

²⁵ Ordinario N ° 965/26 del 13 de marzo del 2003 de la Dirección del Trabajo, sobre el “derecho a la alimentación. Procedencia. Permiso. Enfermedad grave del hijo. Alcance”.

debe reponer a su próximo feriado anual o a días administrativos del año siguiente al uso del permiso a que se refiere este artículo, o a horas extraordinarias.

En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos, se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa."

Posteriormente en el año 2011, por medio de la ley 20.535 se extiende la concesión de dicho permiso a padres de hijos con discapacidades, incorporando al artículo 199 bis los siguientes incisos;

"Iguales derechos y mecanismos de restitución serán aplicables a los padres, a la persona que tenga su cuidado personal o sea cuidador en los términos establecidos en la letra d) del artículo 6º, de la ley N° 20.422, de un menor con discapacidad, debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante.

Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará, en iguales términos, tratándose de personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien presenten dependencia severa.

En todo caso, de la ausencia al trabajo se deberá dar aviso al empleador dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho."

Con ello la legislación laboral extiende su ámbito de protección a aquellos trabajadores que tengan a su cuidado menores de dieciocho años con enfermedades graves y aquellos que tengan el cuidado de un menor con discapacidad, inclusive, en el caso de los discapacitados, tratándose de una de carácter mental, psíquica o intelectual, multidéficit o cualquier otra clase de dependencia severa dicha protección se extiende aún cuando tenga más de dieciocho años el afectado, siempre que estén bajo el cuidado del trabajador.

En lo relativo al permiso concedido por la normativa en comento, permite al trabajador ausentarse de sus actividades laborales por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, para dedicarlas al cuidado del menor enfermo o con discapacidad, sin implicar ello la pérdida de su trabajo. En este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 199 del Código del Trabajo, la relación laboral no se encuentra suspendida, sino que las horas no realizadas por el subordinado se entenderán como legalmente trabajadas y se restituirán por algunos de los mecanismos que la misma ley señala. De esta forma, mal podría despedirse a una persona invocando la causal N°3 del artículo 160 del mismo cuerpo legal, que dispone como causal de despido la "no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra", puesto que dichas jornadas a las que no concurrió el trabajador se entienden como trabajadas legalmente, sin perjuicio de que en la práctica se

realicen en un momento posterior y de una maneja distinta a la que debieron practicarse originalmente.

En esta misma línea ha fallado la Corte Suprema, quien conociendo de la causa Rol N° 83.171 del 24 de enero de 2006 del Segundo Juzgado del Trabajo de El Loa y Calama por vía de recurso de casación en el fondo, revoca la sentencia y declara injustificado el despido de doña Rosa Ester Delzo Gálvez, quien habría sido despedida por Servicio Ideal Limitada fundándose en la causal del N° 3 del artículo 160 del Código del Trabajo, pese a que la misma habría dado aviso de su inasistencia a sus jornadas laborales intentado resguardarse en la protección del artículo 199 bis, en razón de que su hijo de un año y cinco meses estuvo hospitalizado por bronconeumonía. La controversia en el caso en comento, radicaba en si la patología era de aquellas amparadas por el artículo 199 bis, a lo que la Corte se pronuncia;

“Sexto: Que, según los hechos asentados, la demandante esgrime como motivo justificante de sus ausencias al trabajo, que su hijo de un año y cinco meses se encontraba hospitalizado como consecuencia de una bronconeumonía, enfermedad que si bien no era de una gravedad tal que hiciere peligrar su vida, si requería de los cuidados necesarios para su recuperación”

“Octavo: Que, en la especie, habiéndose establecido como hecho de la causa que las inasistencias de la demandante a sus labores se produjeron porque su hijo, de un año y cinco meses se encontraba hospitalizado por estar aquejado de una bronconeumonía y que, aún cuando solicitó anticipadamente a su empleador el permiso correspondiente para estar al lado de su hijo, éste le fue denegado, constituye, a juicio de esta Corte, razón o motivo suficiente para que la demandante se haya encontrado impedida de cumplir con la obligación de asistencia que le imponía el contrato de trabajo”²⁶

De manera tal que la Corte estima que concurren los requisitos del artículo 199 bis y por tanto, la trabajadora se encontraba amparada por la normativa para ausentarse de sus actividades laborales para el cuidado de su hijo sin implicar ello una causal de despido válida.

Finalmente, en lo que dice relación con el momento y la forma de dar aviso al empleador de la utilización del permiso laboral en comento, el artículo 199 bis del Código del Trabajo nada ha señalado concretamente, por lo que ha sido la Dirección del Trabajo, por medio de su Ordinario N° 4243/088 del año 2011, quien ha dilucidado las dudas al respecto, señalando que si bien en un principio tal aviso habría de realizarse con posterioridad al inicio de la utilización del permiso, guardando así similitud con la oportunidad de entrega de la licencia médica al empleador, nada obstaría a que el trabajador pueda avisar antes o coetáneamente a su uso, si la situación que lo justifica lo permitiera.

²⁶ JURISCHILE (2010). “Despido injustificado. Inasistencia al trabajo por enfermedad de un hijo”. Disponible en: <http://www.jurischile.com/2010/06/despido-injustificado-inasistencia-al.html> [consulta: 2 de mayo 2017].

Mientras que, en lo relativo a la forma de dar tal aviso, se ha señalado que éste habría de realizarse de manera escrita.²⁷

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, ha de estimarse que la protección que brinda el artículo 199 bis del Código del Trabajo a aquellos trabajadores es de carácter ilusorio o aparente, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 199 del Código Laboral, el tiempo durante el cual el trabajador se ausenta a sus labores no conlleva a una suspensión de la relación laboral y por lo mismo el tiempo ha de ser restituido al empleador, por medio de una serie de modalidades que la misma disposición posibilita, a saber;

- 1) Tratándose de trabajadores regidos por estatutos legales que contemplen la concesión de días administrativos, el permiso se debe hacer efectivo en primer lugar ocupando dichos días.
- 2) En caso de no encontrarse en el supuesto anterior, el trabajador deberá realizar la restitución del tiempo del permiso imputándolo al próximo feriado anual, laborando horas extraordinarias o bien a través de cualquier otra forma que convenga libremente con el empleador.
- 3) Ante la imposibilidad de hacer uso de los ya mencionados mecanismos, la restitución del tiempo se podrá realizar por medio del descuento de las remuneraciones mensuales del trabajador, con el tope de un día por mes, o fraccionado según el sistema de pago, o íntegramente, si termina el contrato de trabajo por cualquier causa.²⁸

Lo anterior se traduce en que, el artículo 199 bis del Código Laboral no contenga una protección propiamente tal, sino que solo contiene la posibilidad del trabajador de dar cumplimiento de un máximo de horas equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año de una manera distinta a la pactada originalmente, para que el trabajador logre cumplir así con sus responsabilidades familiares, sin descuidar de sus responsabilidades laborales. Con ello, el trabajador como persona, se ve obligado a sacrificar tiempos que le son propios para dar cumplimiento a cabalidad con ambas obligaciones que le empecen, produciendo un desgaste emocional en el mismo, situación que se acrecienta aún más respecto de aquellos trabajadores que cuentan con hijos con enfermedades terminales, en donde el padecimiento es prolongado en el tiempo y en ocasiones con un irremediable final como la muerte. La misma Senadora Jacqueline Van Rysselberghe señaló que, *“muchas madres se ven obligadas pedir licencias siquiátricas debido a que experimentan un trastorno de*

²⁷ Ordinario N° 4243/088 del 28 de octubre de 2011 de la Dirección del Trabajo que, “fija sentido y alcance del artículo 199 bis del Código del Trabajo, en su texto fijado por la Ley N° 20.535, publicada en el Diario Oficial del 3 de octubre del 2011, en cuanto concede permiso a los trabajadores que tengan bajo su cuidado a personas discapacitadas, establece un plazo para el aviso de los permisos del referido artículo 199 bis”.

²⁸ Ordinario N° 4243/088 del 28 de octubre de 2011 de la Dirección del Trabajo que, “fija sentido y alcance del artículo 199 bis del Código del Trabajo, en su texto fijado por la Ley N° 20.535, publicada en el Diario Oficial del 3 de octubre del 2011, en cuanto concede permiso a los trabajadores que tengan bajo su cuidado a personas discapacitadas, establece un plazo para el aviso de los permisos del referido artículo 199 bis”.

*ansiedad fruto de la tensión que les produce la enfermedad; y otras veces es la única manera que tienen para ausentarse en el trabajo”.*²⁹

Para finalizar el tema de los permisos contemplados a nivel nacional en materia de trabajadores con hijos enfermos, menester es tener en consideración un informe realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional en lo relativo a los permisos en nuestra legislación y en el derecho comparado. A partir de dicho informe, se señala que los permisos son “*la cesación temporal de la prestación de servicios por causa determinada, la que puede ser remunerada o no por el empleador*”³⁰ y que su aumento, en nuestra legislación laboral, en alusión al Libro II, Título II del Código del Trabajo, se debe al intento del legislador por conciliar la vida familiar del trabajador con el ejercicio de sus actividades laborales, que ha llevado al replanteamiento paulatino de instituciones laborales tradicionales.

Por otro lado, se señala en el mismo informe, en lo que dice relación con esta materia a nivel de derecho comparado, teniendo como referencia legislaciones de países como España, Francia, Noruega, Suiza, Alemania, Argentina, Uruguay y Brasil, se puede abordar a la conclusión de que en la mayoría de los países los permisos se encuentran contemplados en sus legislaciones laborales, variando solo en los supuestos de procedencia, excepción a lo anterior son los países de Suecia y Noruega, en donde los permisos se encuentran contemplados en convenios colectivos. Por otro lado, la mayoría de los permisos contemplado en las legislaciones son de carácter remunerado, como lo es el contemplado en nuestro artículo 199 del Código del Trabajo³¹

2.4 PROYECTO PARA LA AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 199 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

Las disposiciones abordadas hasta el momento –artículo 199 y 199 bis del Código del Trabajo- no han estado exentas de críticas, sobre todo por aquel sector de trabajadores que debe lidiar con las enfermedades de sus hijos de tipo catastróficas, como lo es por ejemplo el cáncer. En respuesta a lo anterior, en el año 2010 por medio de la moción del Senador Carlos Bianchi Chelech, se materializó y colocó sobre la mesa la discusión acerca de este tema en particular, mediante la presentación de un proyecto de ley por el cual se pretendía ampliar la protección contenida en el actual artículo 199 bis a aquellas madres trabajadoras de hijos menores de dieciocho años con cáncer. De esta forma, la propuesta inicial fue incorporar al artículo 199 bis un último inciso que versaba lo siguiente:

²⁹ DEPARTAMENTO DE PRENSA DEL SENADO (2015), “Seguro para padres que cuidan hijos con enfermedades graves es respaldado por Comisión de Salud”. Disponible en: http://www.senado.cl/seguro-para-padres-que-cuidan-hijos-con-enfermedades-graves-es-respaldado-por-comision-de-salud/prontus_senado/2015-12-24/110439.html [consulta 4 abril 2017]

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Permisos laborales para trámites y gestiones particulares, en el Derecho Comparado”, p. 2. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14226/1/94351_AAL_27042012_PAAH_permisos-laborales_94351_.doc. [consulta: 4 mayo 2017]

³¹ Ídem.

“En caso de que la enfermedad que sufra el hijo de la madre trabajadora sea cáncer- en cualquiera de sus formas- el derecho a ausentarse para la madre trabajadora podrá extenderse a todo el tiempo que dure el tratamiento de recuperación del menor.”

En cuanto a los fundamentos de su propuesta, el Senador Bianchi se basó principalmente en cuatro aspectos:

- a) Índice de enfermedades en Chile. Ya que estadísticamente, cada año, alrededor de 500 niños se enfermarían de cáncer, de los cuales, cerca del 70% podría optar a mejorarse por medio de tratamientos tales como cirugías, radioterapia y quimioterapias, tratamientos que tendrían una duración promedio de entre seis meses a dos años.
- b) Impacto emocional en la familia del menor, como cuadros de depresión y ansiedad.
- c) Papel fundamental del acompañamiento de la madre en la etapa recuperativa del menor.
- d) Índice de madres trabajadoras con hijos afectados por el cáncer. Puesto que son trabajadoras aproximadamente el 50% de las madres de hijos con cáncer, de ellas, un número considerable renuncia a sus empleos para dar atención a sus hijos enfermos, lo que consecencialmente conlleva problemas económicos y dificultades para el vivir de la familia.³²

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo Senador advirtió la necesidad de modificar su propuesta para la viabilidad y consecución de los fines de la misma. De esta forma, propuso reducir el plazo indefinido del permiso a uno equivalente a 30 días, los cuales no deban ser restituidos o compensados al empleador. Por medio de ello, se estaría concediendo un permiso más extendido que el contemplado en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, para la situación en particular de la madre del hijo con cáncer, constituyendo así una efectiva protección para la trabajadora, ya que le permitiría ausentarse por un mayor tiempo de sus actividades laborales, sin tener la necesidad de compensar las horas no trabajadas a su empleador.

Si bien la intención que subyace a la propuesta es loable y de general aprobación, menester es tener en consideración las críticas u observaciones que se realizaron a la misma en su momento, puesto que da cuenta de la complejidad en la labor del legislador a la hora de conciliar el aspecto laboral junto con el familiar, quien deberá hacerlo bajo el presupuesto de la existencia de una serie de realidades en nuestro país y tratando de guardar

³² SILVA GARCÍA DE CORTÁZAR, Pilar (2012). “Boletín N° 5.857-13. Informe de la Comisión del Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Bianchi, en primer trámite constitucional, que amplía el plazo del derecho a ausentarse del trabajo, para la madre, en caso de que la enfermedad sufrida por el hijo sea cáncer”, p.6. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=6038&prmTIPO=INICIATIVA>. [consulta: 1 de mayo de 2017]

armonía con el resto de disposiciones laborales. De esta forma, las críticas se pueden reducir principalmente a lo siguiente;

- a) La propuesta solo concedería el derecho a un permiso a la madre trabajadora, cuando el artículo 199 bis contempla también la posibilidad de hacer uso de tal permiso –cumpliéndose los requisitos legales- al padre o quien tenga el cuidado personal del menor. De tal forma, y bajo los argumentos esgrimidos a lo largo de este artículo, mal podría concederse de manera exclusiva este tipo de permiso especial solo a la madre trabajadora.
- b) Por otro lado, la extensión del permiso merece dos tipos de observaciones; por un lado, al hacer mención al “tiempo que dure el tratamiento de recuperación del menor” se excluye –a contrario sensu- la posibilidad de hacer uso de tal permiso a aquellos padres de hijos enfermos de cáncer en su fase terminal por no existir la posibilidad de recuperación del mismo, y por otro lado, la extensión, en los términos planteados, no solo es indeterminada, sino que en cierto casos puede ser desmesurada, debido a lo extenso que puede llegar a ser un tratamiento en este tipo de enfermedades, lo que se traduce innegablemente en un impacto negativo en el mundo laboral.
- c) Se agrega que, en caso de proponerse el plazo de 30 días, dicho plazo no parece guardar armonía con el resto de plazos contenidos en el Código Laboral, ni parece contar con una fundamentación de peso para su determinación final en dicha cantidad de días.
- d) Finalmente, y a partir de informes proporcionados por profesionales en oncología, se hace necesario acotar la extensión de procedencia del permiso, toda vez que el cáncer se manifiesta en una serie de modalidades e intensidades, que implican tratamientos que van desde una intervención ambulatoria hasta tratamientos altamente intensivos, por ello, parece razonable limitar la procedencia del mismo a casos en donde realmente se justifique su procedencia.³³

El proyecto ley en comento, pese a no haber sido aprobado, sirvió como instancia para plantearse una loable demanda social, tomando en consideración tanto opiniones legislativas como de profesionales en la salud y de representantes de movimientos sociales.

³³ *Ibíd*, p. 6.

CAPÍTULO 3

LEY N° 21.010: CREACIÓN DE LOS FONDOS DEL SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS (SANNA)

3.1 ACTUAL PROTECCIÓN A PADRES DE HIJOS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.

Debido al incremento de enfermedades en el tiempo, que afectan indiscriminadamente a personas de distintas edades y géneros, y a la necesidad e importancia del cuidado de los padres en la fase recuperativa de sus hijos enfermos³⁴, importante tema a tratar ahora es aquello que dice relación con la protección con la que cuentan un segmento de trabajadores en particular, que son aquellos trabajadores de hijos con enfermedades catastróficas. No solo por lo invasivas y costosas que son, sino porque constituyen la principal causa de muerte en Chile³⁵ y en el mundo.³⁶

Aún cuando no exista un concepto único y universal que defina a las enfermedades de tipo catastróficas, existe consenso en cuanto a dos grandes características de las mismas, que son; el severo daño en la salud que producen en quienes las padecen y el gran impacto económico que significa el tratamiento para su recuperación.³⁷ Este tipo de enfermedades se clasifican en agudas y crónicas, siendo las primeras aquellas que requieren de tratamientos de terapia intensiva, mientras que las segundas son aquellas en que los tratamientos deben ser de carácter continuo para mantener con vida al paciente³⁸. El mismo Centro de Estudios Avanzados de Enfermedades Crónicas, señala que este tipo de enfermedades son aquellas de *“larga duración, lenta progresión y que, en general, se pueden compensar pero no curar, no se transmiten por vectores infecciosos, [...] se transmiten de generación en generación al interior de una población, a través de mecanismos socioculturales y conductuales. Además en su desarrollo participan componentes genéticos y del medio ambiente.”*³⁹.

A modo de concebir, más allá de lo conceptual, qué tipo de enfermedades son consideradas de tipo catastróficas, ha de tenerse en consideración un listado elaborado por

³⁴ OLIVEIRA PINHEIRO, Elsa María; LÓPEZ FERRERA, Pedro; GARCIA DE LIMA, Regina; FALLEIROS DE MELLO, Débora (2014). “Participación de los padres en los cuidados de la salud de los niños hospitalizados”. *Revista Latino Americana de Enfermagem*, p. 433.

³⁵ PALMA, Francisca (2015). “Enfermedades crónicas son la causa de más de la mitad de las muertes que se producen anualmente en Chile”. Disponible en: <http://www.uchile.cl/noticias/115176/mas-de-la-mitad-de-las-muertes-en-chile-es-por-enfermedades-cronicas> [consulta: 7 mayo 2017].

³⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Disponible en: http://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/ [consulta: 7 mayo 2017]

³⁷ LIFSTCHITZ, Esteban (2011). “¿Qué son las enfermedades catastróficas?”. Disponible en: http://www.consultordesalud.com.ar/admin/ediciones/pdfs/PDF_201188135248602.pdf [consulta: 10 mayo 2017]

³⁸ MOSQUERA DE CALDERÓN, Sheyla (2012). “Enfermedades catastróficas”. Disponible en: <http://www.larevista.ec/orientacion/salud/enfermedades-catastroficas> [consulta: 10 mayo 2017]

³⁹ PALMA, Francisca (2015). “Enfermedades crónicas son la causa de más de la mitad de las muertes que se producen anualmente en Chile”. Disponible en: <http://www.uchile.cl/noticias/115176/mas-de-la-mitad-de-las-muertes-en-chile-es-por-enfermedades-cronicas> [consulta: 7 mayo 2017].

el Instituto Alemán de Osorno, en donde se contempla como enfermedades catastróficas a las enfermedades sistémicas, neurológicas, osteoarticulares, SIDA, cáncer, entre otras⁴⁰.

Respecto a esta última enfermedad, es decir el cáncer, se ha desarrollado un movimiento social autodenominado como “Sin Licencia para Cuidar”, compuesto por padres-trabajadores de hijos enfermos de cáncer en sus diversos grados de desarrollo. Por medio de este movimiento, no solo se pretende encauzar las series de demandas de dichos padres, sino que se busca brindar apoyo tanto psicológico como emocional a los mismos, para que puedan afrontar de mejor manera la etapa recuperativa de sus hijos. Álvaro Acuña, vocero de “Sin Licencia para Cuidar”, ha manifestado la necesidad de una pronta legislación sobre el tema, por medio de la cual se otorgue una real y efectiva protección a aquellos padres trabajadores que día a día han de lidiar con el desgaste emocional de luchar por la vida de sus hijos y cumplir a la vez como proveedores en su familia.⁴¹

De lo expuesto a lo largo de este texto, queda de manifiesto que hoy en día no existe una efectiva protección para aquellos trabajadores con hijos con enfermedades catastróficas, ya sea por la limitante de edad contenida en el permiso del artículo 199 del Código Laboral, o bien, por el deber de restituir las jornadas no trabajadas en el caso del artículo 199 bis del mismo cuerpo legal. Sin embargo, las constantes modificaciones de dichas disposiciones y proyectos ley (como el mencionado anteriormente), dan cuenta de una voluntad por parte del gobierno en aras a dar cada vez más una mayor protección a dichos trabajadores, lo que actualmente se materializa con la creación de los fondos para cubrir el futuro y cercano “Seguro para el Acompañamiento de Niñas y Niños (SANNA)”.

3.2 UNA PROMESA PENDIENTE

Tal fue la presión en esta materia, que la misma Presidenta Michelle Bachelet Jeria, en su cuenta pública del 21 de Mayo del año 2016, se manifestó y comprometió a la creación de un mecanismo solidario, de financiamiento mixto, por medio del cual se permitiría a aquellos padres trabajadores acompañar a sus hijos con enfermedades graves. Señalando en su discurso que:

“Hay pocas cosas tan dolorosas como ver sufrir a un hijo o hija. Hoy les anuncio que crearemos un mecanismo solidario para las madres y padres trabajadores en caso que sus hijos e hijas menores de 15 años sufran un accidente o enfermedad grave y de alto riesgo vital. El envío de este proyecto de ley busca que puedan prestarles atención, acompañamiento o cuidado personal durante su enfermedad, tratamiento o rehabilitación.

El financiamiento de este mecanismo se hará con cargo a un fondo integrado con una pequeña cotización sobre la remuneración mensual del trabajador y una cotización equivalente de cargo del empleador y además un pequeño aporte inicial del Fisco.

⁴⁰ INSTITUTO ALEMÁN DE OSORNO. “Listado de enfermedades catastróficas CIE-MINSAL” Disponible en: <http://www.dso.cl/wp-content/uploads/2015/10/A9ENFERMEDADES.pdf> [consulta: 7 mayo 2017].

⁴¹ ACUÑA, Álvaro (2012). *Por todos los niños con cáncer. De emociones y política*. Santiago: RIL editores, 1ª Edición, p. 72.

Esta medida constituye un importante fortalecimiento del Sistema de Protección Social y avanzan en la conciliación de la vida laboral y familiar y de la corresponsabilidad parental. Así se va construyendo un sistema de salud de calidad. Y eso debe incluir también una cultura de cuidado y prevención”⁴²

Sin perjuicio de lo anterior, debido a las constantes evaluaciones sobre los posibles mecanismos de financiamiento para la creación del “Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas”, dicho proyecto de ley no pudo ser presentado por el Ejecutivo sino hasta el día 21 de marzo del presente año. Siendo aprobado el proyecto, en su primer trámite constitucional, y respecto a la totalidad de normas contenidas en él, con los votos favorables de 95 de 118 diputados en ejercicio⁴³. Señalando el Diputado David Sandoval a propósito de ello que:

“Este proyecto tiene plena lógica y va en la dirección absolutamente adecuada de darle a los padres el resguardo en materia de lo que significa el acompañamiento en una condición de salud grave de un hijo.

Nos hacemos cargo y parte de una realidad que afecta a los largo del país a muchas familias” [...] hay casos donde muchos papas frente a una situación así han optado por la extrema decisión de dejar sus trabajos, porque qué padre o madre va priorizar frente a una situación extrema estar acompañando a su hijo enfermo.

Muchas veces este mismo acompañamiento se puede transformar en un elemento fundamental, incluso en la recuperación de estos casos de hijos con enfermedades graves”⁴⁴

Por su parte, la Ministra del Trabajo y Previsión Social Alejandra Krauss, manifestó su satisfacción por la aprobación en la cámara de Diputados y explicó que el proyecto *“sienta las bases para sustentar económicamente un sistema de acompañamiento, cuyo objetivo es que los padres puedan cuidar a sus hijos - suspendiendo su trabajo - pero que al mismo tiempo perciban remuneraciones durante el período que dure la contingencia de salud”⁴⁵*

⁴² COOPERATIVA (2016). “Cuenta Pública 2016: Discurso completo de la Presidenta Michelle Bachelet”. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/discurso-21-de-mayo/cuenta-publica-2016-el-discurso-completo-de-la-presidenta-michelle/2016-05-21/185429.html> [consulta: 15 mayo 2017]

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2017). “Historia de la ley 21.010 Extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas”, p. 4. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6230/> [consulta: 17 mayo 2017]

⁴⁴ GARCÍA PUEBLA, Sebastián (2017). “Diputado Sandoval aplaude medida que permite a padres trabajadores cuidar a hijos enfermos”. Disponible en: <http://www.radio45.cl/single-post/2017/03/24/Diputado-Sandoval-aplaude-medida-que-permite-a-padres-trabajadores-cuidar-a-hijos-enfermos> [consulta: 17 mayo 2017].

⁴⁵ EMOL (2017). “Despachan proyecto que financia licencia médica para padres con hijos con enfermedades graves”. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/04/04/852733/Despachan--proyecto-que-financia-licencia-medica-para-padres-con-hijos-enfermedades-graves.html> [consulta: 20 mayo 2017]

Tras pasar, el 4 de abril del presente año, su segundo trámite constitucional en la Cámara de Senadores, el día 18 del mismo mes, se promulga la ley N° 21.010, que “extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas”, publicándose y concretándose finalmente de esta manera, el día 28 de abril del presente año, la promesa del ejecutivo en respuesta a las demandas sociales de aquellos padres de hijos con enfermedades catastróficas.⁴⁶

3.3 LA COTIZACIÓN EXTRAORDINARIA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY N° 21.010.

Para entender en qué consiste la cotización extraordinaria, el fundamento de su creación y posterior extensión, menester es hacer una breve referencia al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N°16.744. Puesto que dicho seguro, que originalmente se financiaba por medio de una cotización básica equivalente al 0,90% de las remuneraciones imponibles de cada trabajador, más una cotización adicional –que se determina en base a la siniestralidad de cada entidad, pudiendo ser de un rasgo que va desde 0 al 6,80%- ambas de cargo del empleador, a partir del año 1998 por medio de la ley N° 19.578, se agregó una cotización extraordinaria equivalente al 0,5% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores (de cargo del empleador) con el objeto de financiar mejoramientos extraordinarios de pensiones y otros beneficios pecuniarios excepcionales. Ahora bien, sin perjuicio del carácter extraordinario de esta cotización –que en principio fue contemplada desde el año 1998 hasta el año 2004 -, ésta ha sido extendida de manera sucesiva hasta marzo del presente año.⁴⁷

Esta cotización extraordinaria, junto con la diferencia positiva entre el Gasto de Pensiones Equivalentes y el Gasto Ajustado de Pensiones (GPE-GAP) y con el 0,25% del Ingreso por Cotización establecido en la ley N° 19.578 han ser destinadas, por las Mutualidades de Empleadores de la ley N° 16.744, a la creación y mantención de un Fondo de Contingencia. Mientras que en caso del Instituto de Seguridad Laboral, al no tener la obligación de constituir fondos de reserva, los recursos provenientes de la cotización extraordinaria financiarán directamente las prestaciones y su operación.

En cuanto a estos Fondos, al 31 de diciembre de 2016, “*el total de los Fondos de Contingencia presentaba un saldo de M\$73.161.255. La Asociación Chilena de Seguridad, la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción y el Instituto de Seguridad del Trabajo presentan saldos de los Fondos de Contingencia que ascienden a M\$28.522.743, M\$31.460.660 y M\$13.177.852, respectivamente. Por otra parte, se estima que, a la misma fecha, las obligaciones a financiar con cargo a estos fondos alcanzan*

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2017). “Historia de la ley 21.010 Extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas”, p. 3. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6230/HLD_6230_5fc736c5417e125533e0bf8b6fab02db.pdf [consulta: 17 mayo 2017].

⁴⁷ Ídem.

M\$33.091.555, M\$36.983.134 y M\$16.158.654, en cada caso. Por lo tanto, en las tres Mutualidades existirían brechas ascendentes a: M\$ 4.568.812 en la Asociación Chilena de Seguridad, M\$ 5.522.474 en la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción y M\$ 2.980.802 en el Instituto de Seguridad del Trabajo, presentando en conjunto una diferencia en el Fondo de Contingencia al 31 de diciembre de 2016 de M\$13.072.088”⁴⁸. En virtud de lo anterior, se hizo necesaria una nueva y última extensión de esta cotización extraordinaria, por medio de la cual se cubrirá las diferencias registradas en dichas tres Mutualidades.

Esta extensión se efectuó por medio de la Ley 21.010, que extendió por un lado, el pago de la cotización extraordinaria del Seguro Social de la ley N° 16.744 hasta el pago de las cotizaciones correspondientes a las remuneraciones de diciembre del año 2019, y por otro, modificó el quantum por concepto de dicha cotización, reduciendo gradual y progresivamente la tasa de la misma desde el 1 de abril de 2017 hasta la fecha contemplada para su extinción. De esta forma según el artículo 1 N° 2 ii de la ley 21.010, el pago por concepto de cotización extraordinaria, con la reforma, procederá a efectuarse de la siguiente forma:

- a) Un 0.04% desde el 1 de abril y hasta el 31 de diciembre de 2017
- b) Un 0,015% desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2018
- c) Un 0,01% desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2019⁴⁹

Menester es tener en consideración tanto el fundamento de la creación de este tipo de cotización y de la extensión de la misma a la fecha, como la gradualidad con que se irá extinguiendo, puesto que dará cuenta más adelante de que, pese la extinción de la misma, el empleador seguirá realizando un aporte al sistema de previsión social en beneficio del trabajador.

3.4 LEY N° 21.010, LA ANTESALA DEL SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS (SANNA)

Conteste con las demandas sociales por una mayor protección para aquellos padres trabajadores de hijos con enfermedades graves, la Presidenta de la República, por medio de la Ley 21.010 del año 2017 persigue dos objetivos principalmente;

- Hacerse cargo del financiamiento de mediano y largo plazo del Fondo de Contingencia de las Mutualidades, por medio de la nueva y última extensión a la cotización extraordinaria de la ley N° 19.568. Asegurando la sostenibilidad financiera de estas entidades y el respaldo de los compromisos futuros de pago de

⁴⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2017). “Historia de la ley 21.010 Extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas”, p. 4. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6230/HLD_6230_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [consulta: 17 mayo 2017].

⁴⁹ *Ibíd*, p. 7

las prestaciones económicas por concepto de pensiones y sus incrementos extraordinarios⁵⁰.

Sin embargo, la ley N°21.010 no solo extiende la cotización extraordinaria, sino que establece un sistema de reducción gradual de la misma hasta la fecha estipulada para su término. De manera que, corresponderá a los empleadores del presente año pagar a las Mutualidades un 0.04% sobre las remuneraciones imponibles del trabajador por concepto de cotizaciones extraordinaria, mientras que en el año 2018 corresponderá a un 0,15% y finalmente en el año 2019 será solo de un 0.01%. Por otra parte, el artículo 1 de la misma ley, establece un límite máximo de recursos que las Mutualidades han de aportar al Fondo de Contingencias por la diferencia positiva del GPE y el GAP anuales, que será de un 4% de los ingresos por cotizaciones básicas y se disminuye el requerimiento de respaldo con activos financieros líquidos del 100% del Fondo de Reserva de Pensiones a un 65%.

- Creación de los fondos para el Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (SANNA). La ley N° 21.010 en su artículo 3 implementa una cotización indefinida equivalente a un 0.03% de las remuneraciones imponibles del trabajador, de cargo del empleador, destinadas a construcción del fondo para el Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas. Este 0,03% que conformará el fondo para el SANNA se irá implementando de manera progresiva, a la inversa de la cotización extraordinaria, tal como señala el Art 2° de la disposición transitoria de la ley 21.010; “La cotización establecida en el artículo 3 de esta ley será implementada gradualmente, de acuerdo a los porcentajes y para los períodos que se indican a continuación:
 - a. Un 0,01% desde el 1 de abril y hasta el 31 de diciembre de 2017;
 - b. Un 0,015% desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2018;
 - c. Un 0,02% desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2019, y
 - d. Un 0,03% a partir del 1 de enero de 2020”.

Con ello, se soluciona el problema del financiamiento que por mucho tiempo estanco la creación de este loable proyecto de ley, y se sienta las bases para la regulación del fondo del mismo, es decir, para la determinación de la entidad administradora, los requisitos de acceso, los beneficiarios, la extensión del permiso, las prestaciones que se otorgarán con cargo al fondo y los demás elementos necesarios para su funcionamiento.

Por ello, es importante tener en consideración la función de la creación de la cotización extraordinaria, el fundamento de su extensión en el tiempo y la gradualidad con que se implementará en los siguientes años, puesto que queda de manifiesto que el aporte

⁵⁰ KRAUSS VALLE, Alejandra (2017). “Proyecto de ley que extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de niños y niñas”, p. 4. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=98623&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [captura 20 mayo 2017]

realizado por los empleadores en favor del Sistema de Previsión Social se mantendrá de todas formas en el tiempo, por medio de la cotización del 0.03% establecida por la ley N°21.010 para la conformación del fondo del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (SANNA). De esta manera, mientras que por un lado se irá reduciendo paulatinamente el aporte por concepto de cotización extraordinaria, por otro, se irá implementará progresivamente la cotización del 0,03% para la creación del SANNA, siendo desapercibido el traslado del aporte para el empleador, quien inclusive se verá beneficiado económicamente hablando, ya que esta nueva cotización (0,03%) no significará un costo adicional para el mismo, sino por el contrario, se traducirá en un ahorro de M\$8.481.513 para los empleadores afiliados y de un monto de M\$ 866.740 para el caso de los empleadores afiliados al Instituto de Seguridad Laboral.⁵¹

De la misma manera, ha sido el Instituto de Seguridad del Trabajo (IST)⁵² quien ha sintetizado y señalado la manera en que sus adherentes deberán seguir pagando durante los siguientes años la cotización, distinguiendo dos fases:

- 1) Desde 1 de Abril de 2017: pagarán el 0.90% + cotización adicional + 0.05%. De esta última tasa será en un 0.04% al Seguro de la Ley N°16744 y el restante 0,01% al Fondo del SANNA.
- 2) Desde 1 de Enero de 2018: pagarán un 0.90% + cotización adicional + 0.03%. De esta última tasa se deberá subdistinguir;
 - a) Año 2018: el 0,015% de ella se destinará al Seguro de la Ley N°16744 por concepto de cotización extraordinaria y el 0,015 restante al Fondo del SANNA
 - b) Año 2019: el 0,01% de ella se destinará al Seguro de la Ley N° 16.744 por concepto de cotización extraordinaria y el 0,02% restante al Fondo del SANNA.
 - c) Desde el año 2020 en adelante: la totalidad del 0,03% será destinada al Fondo del SANNA. Extinguiéndose consecuentemente el aporte realizado por el empleador por concepto de cotización extraordinaria.

Dichas cotizaciones destinadas a la conformación del fondo para el Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas serán recaudadas, mientras no se cree una institución para ello, por las Mutualidades de empleadores y el Instituto de Seguridad Laboral.

Ahora bien, en cuanto a la estructura del SANNA, el artículo 3 de la Ley N°21.010 sienta las bases generales del ámbito de procedencia del mismo, que puede resumirse en lo siguiente;

- 1) En cuanto a los beneficiarios: Serán aquellas madres y padres trabajadores dependientes del sector público o privado y los trabajadores independientes, ambos, cumpliéndose los requisitos que la ley indica.

⁵¹ *Ibíd*, p. 12.

⁵² INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO (2017). “Se crea el fondo que financiará el seguro para acompañamiento de niños. Disponible en: <http://www.ist.cl/10911-2/> [captura 20 mayo 2017]

- 2) En cuanto al sujeto protegido: Serán los hijos o hijas de trabajadores que se encuentren padeciendo algún tipo de enfermedad grave y que sean mayores de 1 año y menores de 15 o 18 años según sea el caso.
- 3) Finalmente, en cuanto a los beneficios que concede la norma: Se concederá a los trabajadores una licencia médica para ausentarse de sus jornadas laborales, con la finalidad de prestar atención, acompañamiento o cuidado personal a sus hijos e hijas. Es decir, se les permitirá ausentarse de sus jornadas laborales, durante un tiempo determinado, y conjuntamente se les concederá el derecho a un subsidio equivalente al pago total o parcial de su remuneración, lo que se financiará con cargo al fondo creado por medio de la presente ley.

Si bien de la sola lectura del artículo 3, en cuanto a las hipótesis de procedencia del SANNA, se desprende que esta institución será una efectiva protección para aquellos trabajadores que cuenten con el cuidado de sus hijos afectados por algún tipo de enfermedad grave o aguda, con riesgo vital o terminal en su fase final, dando así respuesta a una serie de circunstancias, que en palabras de la Presidenta “*producen un impacto severo en las familias, afectando sus ingresos laborales, su calidad de vida y su trayectoria de desarrollo*”⁵³, no puede pasar inadvertida una crítica al mismo, en lo que dice relación con los beneficiarios. Puesto que solo se hace referencia a la madre y padre trabajador, no contemplado la hipótesis del trabajador que sin ser padre, cuente con la tuición o el cuidado personal del menor gravemente enfermo. Traduciéndose en definitiva en una reducción del ámbito de procedencia del seguro y con ello, en el desconocimiento de la ratio legis del SANNA, que es la conciliación de las cargas familiares junto con las laborales para la protección del menor enfermo.

Ahora bien, la Ley N° 21.010 constituye solo la antesala de lo que será el SANNA, puesto que solo crea la forma de financiamiento del mismo, quedando pendiente la regulación del fondo de este seguro, como lo es la entidad administradora, los requisitos de acceso, los beneficiarios, la extensión del permiso, las prestaciones que se otorgarán con cargo al fondo y los demás elementos necesarios para su funcionamiento.

⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2017). “Historia de la ley 21.010 Extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas”, p. 5. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6230/HLD_6230_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [consulta: 17 mayo 2017].

3.5 COEXISTENCIA DE AMBOS SISTEMAS

Pese a que aún estamos a la espera de la ley que regule el Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas, la Presidenta en su última cuenta pública reafirmó su compromiso con esta demanda social, señalando que el proyecto se encuentra ad portas de entrar al Congreso Nacional.

De manera que -especulando positivamente sobre la consistencia de la estructura que tendrá el SANNA, en aras a que efectivamente constituirá una real protección, sin constituir esta regulación de fondo barreras para el acceso a los beneficios- corresponde ahora analizar la situación y las posibilidades con que contarían aquellos trabajadores padres de menores con algún tipo de enfermedad grave una vez entrada en vigencia el SANNA.

A) Padres de hijos menores de un año con alguna enfermedad grave.

Debido a que este supuesto no se encuentra contemplado dentro de la hipótesis de procedencia del SANNA, estos trabajadores solo podrían optar a una sola protección - igual de efectiva- que es aquella contemplada en el artículo 199 del Código del Trabajo.

Puesto que en razón de la enfermedad grave se estará ante una hipótesis que requiera de atención en el hogar u hospital, recordando que este último supuesto (hospital) si bien no se encuentra contemplado de manera expresa en la norma, si ha de entenderse como parte de ella, tal como lo ha señalado la Dirección del Trabajo por medio de su Ordinario N°965/26 del año 2003. Ahora bien, esta enfermedad deberá ser acreditada por el servicio de salud correspondiente, quien determinará el tiempo por el cual el trabajador podrá ausentarse de su trabajo y así dar atención, cuidado y acompañamiento al menor. Durante el trascurso de este tiempo la relación laboral se encontrará suspendida, y se concederá al trabajador un subsidio que será de cargo del Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía.

Bajo este amparo podrán resguardarse tanto aquellos trabajadores que sean madre o padre del menor enfermo (cumpliéndose los requisitos establecidos por la propia ley), como también todo aquel trabajador que tenga la tuición legal o el cuidado personal del mismo como medida de protección. De esta manera, la norma no tan solo es amplia en cuanto al sujeto objeto del beneficio, sino que también es completa, ya que permite al trabajador ausentarse de sus jornadas laborales y recibir al mismo tiempo un subsidio, con lo cual se mantiene de cierta forma la sustentabilidad económica de la familia.

B) Padres de hijos mayores de un año y menores de dieciocho años con alguna enfermedad grave

En este caso, el trabajador podría hacer uso tanto del derecho contemplado en el Art 199 bis del Código del Trabajo, como de la protección contemplada por el SANNA. Si bien ambos dan protección al trabajador de un hijo mayor de un año y menor de 18 años

que se encuentre gravemente enfermo, la forma en cómo se materializa esta protección es distinta en uno y en otro caso.

Así por un lado, el trabajador podría ampararse en el artículo 199 bis del Código Laboral en caso de que la enfermedad del hijo sea grave, terminal en su fase final o grave, aguda y con probable riesgo de muerte. Pudiendo en tal caso ausentarse por un número de hora equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, a elección del trabajador en jornadas completas, parciales o mixtas. Las horas que se permiten al trabajador ausentarse se entenderán como trabajadas para todos los efectos legales, de manera que la relación laboral se entenderá continuada, percibiendo la remuneración que le corresponde, y por lo mismo, dichas horas deberán ser restituidas posteriormente al empleador por alguno de los mecanismos que la misma disposición contempla.

Sin perjuicio que, desde el punto de vista analizado en este texto, la protección que brinda el artículo 199 bis del Código del Trabajo es solo de carácter aparente, no obsta a que sea una opción viable a utilizar para un trabajador en su caso en particular. Por lo demás, rescatable es el hecho que la protección del artículo en comento alcanza no solo a quienes tienen una relación directa con los menores, que son sus padres, sino también -a falta de ellos- podrían ampararse en la protección aquellos que tengan la tuición o el cuidado personal del menor legalmente.

Por otro lado, el trabajador podría sujetarse a la protección que le brindará el SANNA, que ampara a los trabajadores (madre o padre) con hijos mayores de un año y menores de quince o dieciocho años que sufran de alguna enfermedad grave. Permitiéndoles, al igual que en el artículo 199 del Código del Trabajo, ausentarse de sus jornadas laborales para dar atención, cuidado y acompañamiento a los menores y recibir durante ese intertanto un subsidio, que en este caso será con cargo al fondo creado por la Ley N° 21.010 por medio de las cotizaciones del 0,03% de los empleadores- en caso de trabajadores dependientes- o de los propios trabajadores – en el caso de los independientes-.

No obstante lo anterior y debido a las distintas formas en cómo se materializan las protecciones con las cuales contaría el trabajador con un hijo enfermo gravemente, pareciera ser que nada obsta a que el mismo haga uso de uno u otro beneficio a su arbitrio o inclusive aún, de ambos. De esta forma, atendida las necesidades y características del caso en particular, sería el mismo trabajador el llamado a determinar la modalidad que más acomode a él y su familia.

C) Padres de hijos mayores de 18 años con alguna enfermedad grave.

Finalmente, en lo que respecta a aquellos trabajadores con hijos enfermos gravemente que sean mayores de 18 años, pareciera ser que con la entrada en vigencia del SANNA quedan en la misma situación que antes, puesto que el Seguro para Acompañamiento de Niños y Niñas está contemplado para el cuidado de menores de 15 o 18 años, pero nunca para persona que sobrepasen dicho rango. Mientras que nuestra legislación interna solo otorga protección a la etapa recuperativa de una persona cuando ésta es menor de dieciocho años, ya sea en el artículo 199 como en el 199 bis del Código del Trabajo.

De lo anterior se desprende que, tanto nuestra normativa actual como la que se creará por medio del SANNA, busca amparar al menor enfermo, ya sea por el cuidado y acompañamiento que necesita el mismo como consecuencia de no poder valerse por sí mismo, como también por la necesidad de la presencia de su cuidador en su etapa de formación como persona. Por tanto, mal podría extenderse esta protección respecto personas que el legislador entiende que ya cuentan con total discernimiento y que pueden autoabastecerse.

Corroborra lo anterior la modificación al Código del Trabajo que introdujo la Ley N° 20.535, por medio de la cual se extendió el ámbito de procedencia del artículo 199 bis del mismo cuerpo legal, incorporando el supuesto del trabajador que tenga a su cargo mayores de dieciocho años con discapacidades mentales, ya sea por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien presenten dependencia severa. Con ello, queda de manifiesto que el legislador ha entendido que respecto de estas personas (discapacitados), pese a ser mayores de edad, no se encontrarían aptos para hacerse cargo de sí mismos, por lo que sería necesario extender la protección del artículo 199 bis respecto a aquellos trabajadores que cuentan con la responsabilidad de su cuidado. En la misma línea la Dirección del Trabajo, por medio de su Ordinario N° 4243/088 del año 2011, ha indicado que la intención del legislador con la modificación del artículo 199 bis del Código Laboral ha sido la de *“mejorar la calidad de vida del discapacitado que no sea auto valente, ante situaciones especiales o cotidianas que puedan afectarle, entre otras, la práctica de exámenes médicos, de tratamientos, o de rehabilitación, o la ausencia ocasional de la persona a cargo de su cuidado.”*⁵⁴

⁵⁴ Ordinario N° 4243/088 del 28 de octubre de 2011 de la Dirección del Trabajo que, “fija sentido y alcance del artículo 199 bis del Código del Trabajo, en su texto fijado por la Ley N° 20.535, publicada en el Diario Oficial del 3 de octubre del 2011, en cuanto concede permiso a los trabajadores que tengan bajo su cuidado a personas discapacitadas, establece un plazo para el aviso de los permisos del referido artículo 199 bis”.

CONCLUSIONES

En razón de lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que el Código del Trabajo funciona como una herramienta para la protección y la promoción de la familia, por medio de disposiciones que buscan facilitar la conciliación entre las cargas laborales y las cargas familiares del trabajador. De la lectura de estas disposiciones, que se encuentran contenidas principalmente en el Libro II Título II “sobre la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, puede desprenderse que las responsabilidades familiares son el fundamento que subyace a la concesión de los permisos y beneficios contenidas en ellas, y que estas responsabilidades, pese a ser reconocidas como cargas tanto del hombre como de la mujer -según tratados internacionales ratificados por Chile-, pareciera ser que aún se asocian de manera casi innata al género femenino, o al menos de manera principal.

En particular, al analizar la protección con la que cuentan actualmente aquellos padres trabajadores de hijos enfermos con algún tipo de enfermedad catastrófica, se hizo referencia a los artículos 199 y 199 bis del Código Laboral, puesto que ambos contemplan la posibilidad del trabajador de ausentarse de sus jornadas laborales en razón de la enfermedad de un hijo. Sin embargo, y en atención a las características propias de las enfermedades catastróficas, es decir, al severo daño en salud que producen en quienes las padecen y al alto costo económico que conlleva sus tratamientos, es posible concluir que tanto el artículo 199 como el 199 bis del Código del Trabajo, no constituyen, por regla general, una efectiva y real protección para aquellos padres trabajadores.

Puesto que, si bien el Art. 199 del Código del Trabajo se presenta en primera instancia como una efectiva protección para aquellos padres, al permitirles ausentarse del ejercicio de sus obligaciones laborales para así brindar los cuidados y atenciones que requieren sus hijos enfermos -tiempo durante el cual se entenderá suspendida la relación laboral y se percibirá un subsidio que será de cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía-, por regla general, los tratamientos de las enfermedades catastróficas son de larga duración, quedando por tanto, y en la generalidad de los casos, desprotegidos los trabajadores cuando su hijo supera el límite de edad del año. De manera que, pasado el año de vida del menor, el trabajador no cuenta con la posibilidad de ausentarse de su trabajo para acompañarlo en su etapa recuperativa, y seguir percibiendo durante ese tiempo un ingreso económico (por medio del subsidio).

Por su parte, el artículo 199 bis del Código Laboral solo constituiría una protección de carácter aparente, ya que si bien permite a los trabajadores ausentarse de sus jornadas laborales cuando tengan un hijo menor de dieciocho años enfermo gravemente (siendo más amplio el límite de edad del hijo), también obliga al mismo a restituir al empleador dichas jornadas posteriormente por alguno de los mecanismos que la misma ley señala. Traduciéndose en definitiva en un desgaste para el trabajador, quien deberá cumplir cabal y consecuentemente ambas obligaciones.

Otro factor importante que permite aseverar que esta protección es solo aparente, dice relación con la extensión del permiso concedido, consistente en un número máximo de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo, puesto que por regla general, las enfermedades catastróficas tienen un periodo de recuperación extenso, superior en la práctica a diez jornadas ordinarias de trabajo.

En cuanto al análisis de las cotizaciones extraordinarias, a partir de la Ley N° 21.010 del presente año, se puede llegar a la conclusión de que el aporte que un principio efectuaba el empleador en favor del sistema de previsión social (a través de la cotización extraordinaria del 0,05% de las remuneraciones de sus trabajadores), se mantendrá en el tiempo por medio de la creación de una cotización de carácter permanente, equivalente al 0,03% de las remuneraciones de sus trabajadores, que serán destinados al financiamiento del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas –en adelante SANNA-. No siendo percibido por los empleadores el traslado de sus aportes de un sistema a otro y significando inclusive para ellos un gasto menor al que desembolsaban por concepto de cotización extraordinaria.

El SANNA, en los términos planteados por la ley N° 21.010, se presentará como aquel mecanismo real y efectivo de protección para aquellos trabajadores que tengan un hijo que padezca alguna enfermedad de tipo catastróficas. Toda vez que permitirá a dichos padres ausentarse de sus jornadas laborales por un tiempo determinado, para que atiendan, cuiden y acompañen a sus hijos durante su etapa recuperativa, cuando el menor tenga menos de quince o dieciocho años, tiempo durante el cual se entenderá la relación laboral como suspendida y se otorgará un subsidio económico equivalente al pago total o parcial de las remuneraciones de los mismos.

Con ello, se permitirá al trabajador -que requería de una efectiva protección para conciliar este aspecto familiar con sus obligaciones laborales- acompañar a su hijo en su etapa recuperativa, sin significar ello un mayor detrimento económico del que ya significa lo desembolsado para la recuperación del menor. Todo esto con cargo al fondo constituido por los aportes del empleador, quien de esta manera, continuará aportando con el sistema de previsión social.

Si bien actualmente se encuentra pendiente el proyecto ley que regule la estructura del SANNA, es decir, que determine la entidad administradora, los requisitos de acceso, los beneficiarios, la extensión del permiso, las prestaciones que se otorgarán con cargo al fondo y los demás elementos necesarios para su funcionamiento, de un análisis especulativo del mismo, se pudo llegar a la conclusión que, una vez entrado en vigencia el SANNA, existirá un abanico de herramientas más amplio del cual podrá hacer uso el trabajador.

Así, la coexistencia del SANNA con el Art 199 del Código del Trabajo será armónica, puesto que ambas disposiciones conceden al trabajador tanto la posibilidad de ausentarse de su trabajo como la concesión de un subsidio durante ese intertanto (aunque con cargo a distintos fondos), sin embargo, el artículo 199 del Código Laboral solo concederá dicha protección en el caso en que el menor sea menor de un año, mientras que el SANNA, amparará a dichos menores cuando superen dicho límite de edad (1 año) y hasta los quince o dieciocho años, según sea el caso. Por su parte, de la coexistencia del SANNA junto al artículo 199 bis del Código del Trabajo, nada obstaría a que el trabajador dirima, en base a las circunstancias y necesidades de su caso, la opción u opciones que adoptará a su arbitrio.

Debido a que la Ley N° 21.010 constituye solo la antesala para la regulación del SANNA, quedan ciertas dudas legítimas en cuanto a la forma en que funcionará este nuevo mecanismo, ya sea por la situación en que quedarán aquellos trabajadores que, sin ser los padres del menor, cuentan con su tuición o cuidado personal, ya que de la lectura del artículo 3 de dicha ley quedarían excluidos del ámbito de procedencia del seguro. Por otro lado, se plantea la duda en cuanto a la circunstancia en que quedarán aquellos menores que en principio quedan resguardados por la protección del seguro, sin embargo, -y en atención a lo prolongado que pueden llegar a ser los tratamientos- posteriormente cumplen la mayoría de edad, entre otras cosas.

Sin perjuicio de lo anterior, innegable es el hecho de que la Ley N° 21.010 constituye el primer paso para otorgar una real y efectiva protección a aquellos trabajadores que día a día lidian con el dolor de enfrentar este tipo de enfermedades en sus hijos, que no solo afectan a los menores tanto física como psicológicamente, sino que a la familia completa.

Finalmente, se espera que el proyecto de ley firmado por la Presidenta Michelle Bachelet este 19 de junio, para la regulación de la estructura del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas, solo configure el funcionamiento del mismo y no constituya barreras formales que impidan o entorpezcan el acceso a sus beneficios.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA, Álvaro (2012). *Por todos los niños con cáncer. De emociones y política*. Santiago: RIL editores, 1ª Edición, p. 72.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015). “Historia de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, p. 51. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HL20830%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HL20830%20(1).pdf)

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2017). “Historia de la ley N° 21.010 Extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas”, p. 5. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/6230/HLD_6230_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Permisos laborales para trámites y gestiones particulares, en el Derecho Comparado”, p. 2. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14226/1/94351_AAL_27042012_PAAH_permisos-laborales_94351_.doc.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “*Orígenes de la legislación laboral en Chile. De las leyes laborales al Código del trabajo*”. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3633.html#presentacion>

BREGA, Carla; DURÁN, Gonzalo; SÁEZ, Benjamín (2015). “Mujeres trabajando. Una exploración al valor del trabajo y la calidad del empleo en Chile”, p. 3. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/03/Estudio-Mujeres-Trabajando-2015.pdf>

CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010). “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°34, p. 185 y 201.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007). “Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°29, p. 172, 180 y 194.

CHACANA MATKOVIC, Mario (2010). “Revisión jurisprudencial y doctrinal del efecto de nulidad del despido contemplada en la ley 19.631 aplicada a las relaciones laboradas declaradas por sentencia judicial”, p.67. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107096>

COMUNIDAD MUJER (2013). “Mujer y trabajo: factores culturales, roles de género y compartimiento laboral de las chilenas”, p. 1. Disponible en: <http://dev.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2013/03/BOLETIN-MARZO-2013-VF.pdf>

COOPERATIVA (2016). “Cuenta Pública 2016: Discurso completo de la Presidenta Michelle Bachelet”. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/discurso-21-de-mayo/cuenta-publica-2016-el-discurso-completo-de-la-presidenta-michelle/2016-05-21/185429.html>

DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011). “Evolución y actualidad de la concepción de la familia: Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1, p. 34.

DEPARTAMENTO COORDINACIÓN NACIONAL DE LAS COMPIN SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA (2015). “Aspectos legales de las licencias médicas. Definición, normativa y procedimientos”, p. 2. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA+Repository/Merged/2015/Archivos/0108>

DEPARTAMENTO DE PRENSA DEL SENADO (2015), “Seguro para padres que cuidan hijos con enfermedades graves es respaldado por Comisión de Salud”. Disponible en: http://www.senado.cl/seguro-para-padres-que-cuidan-hijos-con-enfermedades-graves-es-respaldado-por-comision-de-salud/prontus_senado/2015-12-24/110439.html

EMOL (2017). “Despachan proyecto que financia licencia médica para padres con hijos con enfermedades graves”. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/04/04/852733/Despachan--proyecto-que-financia-licencia-medica-para-padres-con-hijos-enfermedades-graves.html>

GARCÍA PUEBLA, Sebastián (2017). “Diputado Sandoval aplaude medida que permite a padres trabajadores cuidar a hijos enfermos”. Disponible en: <http://www.radio45.cl/single-post/2017/03/24/Diputado-Sandoval-aplaude-medida-que-permite-a-padres-trabajadores-cuidar-a-hijos-enfermos>

INSTITUTO ALEMÁN DE OSORNO. “Listado de enfermedades catastróficas CIE-MINSAL” Disponible en: <http://www.dso.cl/wp-content/uploads/2015/10/A9ENFERMEDADES.pdf>

INSTITUTO DE SEGURIDAD DEL TRABAJO (2017). “Se crea el fondo que financiará el seguro para acompañamiento de niños. Disponible en: <http://www.ist.cl/10911-2/>

JURISCHILE (2010). “Despido injustificado. Inasistencia al trabajo por enfermedad de un hijo”. Disponible en: <http://www.jurischile.com/2010/06/despido-injustificado-inasistencia-al.html>

KRAUSS VALLE, Alejandra (2017). “Proyecto de ley que extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades

profesionales y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de niños y niñas”, p. 4. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=98623&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

LIFSTCHITZ, Esteban (2011). “¿Qué son las enfermedades catastróficas?”. Disponible en: http://www.consultordesalud.com.ar/admin/ediciones/pdfs/PDF_201188135248602.pdf

MINISTERIO DE SALUD (2014), “Indicadores básicos de salud Chile 2014”, p. 4. Disponible en: <http://www.deis.cl/wp-content/uploads/2015/04/IBS-2014.pdf>

MOSQUERA DE CALDERÓN, Sheyla (2012). “Enfermedades catastróficas”. Disponible en: <http://www.larevista.ec/orientacion/salud/enfermedades-catastroficas>

OLIVEIRA PINHEIRO, Elsa María; LÓPEZ FERRERA, Pedro; GARCIA DE LIMA, Regina; FALLEIROS DE MELLO, Débora (2014). “Participación de los padres en los cuidados de la salud de los niños hospitalizados”. *Revista Latino Americana de Enfermagem*, p. 433 y 435.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Disponible en: http://www.who.int/topics/chronic_diseases/es/

PALMA, Francisca (2015). “Enfermedades crónicas son la causa de más de la mitad de las muertes que se producen anualmente en Chile”. Disponible en: <http://www.uchile.cl/noticias/115176/mas-de-la-mitad-de-las-muertes-en-chile-es-por-enfermedades-cronicas>

SILVA GARCÍA DE CORTÁZAR, Pilar (2012). “Boletín N° 5.857-13. Informe de la Comisión del Trabajo y Previsión Social, recaído en el proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Bianchi, en primer trámite constitucional, que amplía el plazo del derecho a ausentarse del trabajo, para la madre, en caso de que la enfermedad sufrida por el hijo sea cáncer”, p.6. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=6038&prmTIPO=INICIATIVA>.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia; SARASCOSTTI SCHWARTZMAN, Mahia; CASTILLA CÁRDENAS, Leonardo (2016). “Balance entre familia y trabajo: Un análisis comparativo de Chile y España desde una Normativa Internacional hacia Regulaciones Laborales”. *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N°1, p. 510.

THAYER ARTEAGA, William (1994). “Orígenes, evolución y perspectiva del derecho laboral chileno”. *Estudios Públicos* 54, p. 228.

NORMAS CITADAS:

Artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1979, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, “Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares” de 1981.

Ordinario N ° 965/26 del 13 de marzo del 2003 de la Dirección del Trabajo.

Ordinario N° 4243/088 del 28 de octubre de 2011 de la Dirección del Trabajo.

Ordinario N° 6084/97 del 26 de diciembre de 2016 de la Dirección del Trabajo.