



CORTE SUPREMA

DIRECCIÓN DE ESTUDIO, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN

INFORME 46-2010

***Aplicación de fuero maternal a funcionaria pública
calificada en causal de eliminación***

JULIO – 2010

I **Antecedentes**

1. Se ha solicitado a esta Dirección informar si corresponde solicitar autorización judicial para proceder a cesar en su cargo a funcionaria pública respecto de la cual procede causal legal de exoneración por calificación en lista 4.

2. Lo anterior se consulta teniendo en consideración que por expresa disposición del Estatuto Administrativo son aplicables a los funcionarios públicos las normas protectoras de la maternidad contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, que exigen autorización judicial para cesar en su cargo a una trabajadora que goza de fuero maternal.

3. En particular, se requiere considerar una eventual colisión entre las disposiciones legales que disponen la exoneración de la funcionaria y aquellas que protegen la maternidad y la vida del que está por nacer.

II **Disposiciones legales aplicables**

1. Estatuto Administrativo

1.1 El artículo 33 del D.F.L. N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, establece lo siguiente:

*"Artículo 33. Todos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente, en alguna de las siguientes listas: Lista N° 1, de Distinción; Lista N° 2, Buena; Lista N° 3, Condicional; **Lista N° 4, de Eliminación.***

El Jefe Superior de la institución será personalmente responsable del cumplimiento de este deber."

1.2 Por su parte, el artículo 50 del referido cuerpo legal es del siguiente tenor:

*"Artículo 50. El funcionario **calificado por resolución ejecutoriada en lista 4** o por dos años consecutivos en lista 3, deberá **retirarse del servicio** dentro de los 15 días hábiles siguientes al término de la calificación. **Si así no lo hiciere se le declarará vacante el empleo** a contar desde el día siguiente a esa fecha. Se entenderá que la resolución queda ejecutoriada desde que venza el plazo para reclamar o desde que sea notificada la resolución de la Contraloría General de la República que falla el reclamo.*

Si un funcionario conserva la calificación en lista 3, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40, no se aplicará lo establecido en el inciso precedente, a menos que la falta de calificación se produzca en dos periodos consecutivos."

Una disposición similar a la citada precedentemente se encuentra en el artículo 48 de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

1.3 El artículo 146 del Estatuto Administrativo, ubicado en el Título VI ("*De la cesación de funciones*"), dispone:

"Artículo 146. El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales:

- a) Aceptación de renuncia.*
- b) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público;*

- c) **Declaración de vacancia;**
- d) *Destitución;*
- e) *Supresión del empleo;*
- f) *Término del período legal por el cual se es designado, y*
- g) *Fallecimiento.*"

1.4 El inciso segundo del artículo 89 del Estatuto Administrativo, ubicado en el Título IV ("*De los derechos funcionarios*"), hace aplicables a los funcionarios las normas de protección de la maternidad contenidas en el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo:

"Artículo 89.- Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón, salvo los cargos de exclusiva confianza; participar en los concursos; hacer uso de feriados, permisos y licencias; recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones, y a participar en las acciones de capacitación, de conformidad con las normas del presente Estatuto.

*Asimismo, tendrá derecho a gozar de **todas las prestaciones y beneficios** que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley y **de protección a la maternidad**, de acuerdo a las disposiciones del **Título II, del Libro II, del Código del Trabajo**".*

Cabe hacer presente que una disposición similar está contenida en el artículo 87 de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

2. Código del Trabajo

Las normas protectoras de la maternidad del Código del Trabajo, a las que se remiten, tanto el Estatuto Administrativo general, como el de funcionarios municipales, son aquellas contenidas en el Título II del Libro

II de dicho Código, entre las que destacan los artículos 201 y 174. El artículo 201 establece lo siguiente:

*“Artículo 201. Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora **estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.**”*

De acuerdo a lo señalado en la norma citada precedentemente, la dependiente se encuentra sujeta a lo establecido en el artículo 174 del referido Código, norma que prescribe que el empleador no puede poner término a su contrato de trabajo sino con autorización previa del juez competente, quien la puede conceder si la causal invocada es el vencimiento del plazo convenido para la duración del contrato, o la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, o alguna de las causales previstas en el artículo 160 del Código del Ramo. En efecto, reza el inciso primero del artículo 174:

*“Artículo 174. En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los **números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160**”.*

Del tenor de esta disposición legal se desprende que el desafuero de la trabajadora tiene las siguientes características:

i) Sólo procede por determinadas causales, esto es, aquellas contempladas en los N°s 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160. El N° 4 del artículo 159 contempla la causal de *“vencimiento del plazo convenido en el contrato”* y el N° 5 la *“conclusión del trabajo o servicio*

que dio origen al contrato". Por su parte, el artículo 160 tipifica las causales de término de la relación laboral sin derecho a indemnización.

ii) Es facultativo para el juez conceder el desafuero ("*podrá*").

De esta manera, estando acogida la trabajadora al fuero maternal, sólo es procedente que el empleador le pueda poner término al contrato si cuenta con autorización expresa del Juez del Trabajo, debiendo para ello iniciar un juicio de desafuero en los Tribunales de Justicia.

3. Otras normas protectoras de la maternidad y el *nasciturus*

3.1. Constitución Política de la República

El artículo 1° de la Constitución Política de la República dispone:

*"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:
1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.
La ley protege la vida del que está por nacer.
La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado."*

3.2. Tratados Internacionales

El Convenio N° 103, de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952, y ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994, establece en su artículo 6 que cuando una mujer se ausente de su trabajo por descanso de maternidad será ilegal que se le comunique su despido:

“Artículo 6

*Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, **será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia**, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”*

El artículo 3, al que hace referencia esta disposición, establece lo siguiente:

“Artículo 3

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.

3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

4. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.

5. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

6. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre

de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 (publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989), en su artículo 10. 2 contiene una disposición protectora de la maternidad, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 10.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

*2. Se debe conceder **especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto**. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.”*

3.3 Código Civil

Por su parte, el Código Civil, en su artículo 75 establece:

*“Artículo 75. La **ley protege la vida del que está por nacer**. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.*

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”

III

Jurisprudencia

1. Jurisprudencia judicial

En sentencia dictada el 14 de marzo de 2006 (Rol N° 718-2006), la Corte Suprema rechazó un recurso de protección interpuesto por una funcionaria de Carabineros de Chile contra la Institución, por haber sido eliminada de sus filas, al haber obtenido calificación en Lista 4, no

obstante encontrarse embarazada al momento de ser notificada de la resolución respectiva.

El máximo tribunal, conociendo de la apelación, determinó que las reglas relativas al fuero maternal impiden que operen las causales de término de funciones de índole discrecional, no así aquellas de carácter objetivo que se llevan a cabo mediante procedimientos reglados, como el calificadorio.

En este caso la Corte asimiló la causal de eliminación por calificación en Lista 4 a las causales de término de la relación laboral por conducta reprochable del trabajador, contenidas en el artículo 160 del Código del ramo.

Señalan los considerandos más relevantes de la sentencia:

*Quinto: Que, en ese sentido, es dable reconocer que las **reglas referentes al fuero maternal y que confieren inamovilidad a las trabajadoras embarazadas impiden, mientras rige esta inamovilidad, que operen las causales de término de las funciones de índole discrecional de la autoridad institucional, pero no obstan a que se hagan efectivas las de carácter objetivo que se llevan a cabo mediante procedimientos reglados, como sucede respecto de la inclusión de un funcionario de Carabineros en Lista N° 4, de Eliminación, que contemplan la letra d) del artículo 43 de la Ley N° 18.961, la letra f) del artículo 115 del Estatuto del Personal de la Institución y el N° 3 del artículo 127 del Reglamento de Selección y Ascensos N° 8.***

*Séptimo: Que, por otra parte, en el sistema establecido en el Código del Trabajo, **el fuero maternal no es absoluto**, pues si concurren las causales de terminación del contrato de trabajo indicadas en los N°s. 4 y 5 del artículo 159 y de caducidad del nexo laboral enumeradas en el artículo 160 de este cuerpo legal, el tribunal competente puede autorizar el desafuero de la trabajadora afectada.*

*Octavo: Que si bien ese procedimiento no puede tener lugar respecto de funcionarias de Carabineros ni de organismos que no se rigen por el Código del Trabajo y cuyo cese de funciones, por ende, no se lleva a efecto por las causales previstas en los citados preceptos del Código Laboral, sino por las vías establecidas en los respectivos regímenes estatutarios, **es dable admitir que las situaciones que pueden asimilarse a dichas causales, especialmente las descritas en el artículo 160 de dicho Código determinan que ellas se apliquen, a pesar del fuero que favorece a la funcionaria que se encuentra en una de ellas.***

Cabe hacer presente que en primera instancia la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada el 27 de enero de 2006 (Rol N° 493-2005), había acogido el recurso, por considerar que se afectó el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el numeral 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental. El considerando quinto del fallo resolvió:

*QUINTO: Que las normas legales aplicables a la materia constituyen un sistema armónico, **sin que existan las excepciones al fuero maternal** a que se hace referencia por la Contraloría General de la República.*

En primer término, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 1° del Código del Trabajo en cuanto indica que las normas de ese Código no se aplican a los funcionarios de la Administración del Estado, pero que estos se sujetarán a las normas de Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a éstos últimos.

***Según el artículo 194 del Código del Trabajo, las normas relativas a la protección a la maternidad son aplicables a todos los servicios de la administración pública, sin excepción alguna.** El propio legislador se encargó de enumerar, en forma genérica, en el inciso primero del citado artículo, a todas las instituciones, servicios, organismos y personas para los cuales rigen las normas relativas a la protección a la maternidad.*

*El artículo 201 del citado Código, **sin hacer excepción**, dispone que,*

*durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad la trabajadora **estará sujeta al fuero laboral** a que se refiere el artículo 174”.*

2 Jurisprudencia administrativa

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sostenido un criterio similar al de la Corte Suprema, dando preeminencia a la causal de eliminación del servicio, por sobre el fuero maternal. Así, en Dictamen N° 938, de 8 de enero de 2009, referido a vacancia en el cargo de funcionaria municipal embarazada, por mala calificación, señaló:

*“Como cuestión previa, cabe señalar que el artículo 87, inciso segundo, de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, dispone que **los funcionarios municipales tendrán derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social, en conformidad a la ley de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.***

*Luego, es dable señalar que la jurisprudencia administrativa ha resuelto que **los ceses de servicios que dispone la ley, operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo contenidas en textos estatutarios y en otros preceptos legales, generales o especiales, como es el caso del fuero maternal contemplado en el artículo 201 del Código del Trabajo,** puesto que dichas disposiciones sólo dicen relación con la facultad de poner término a las funciones pero **no tienen cabida en los casos en que el alejamiento del servicio se origine en un imperativo legal** (aplica dictamen N° 36.908, de 2005).*

Así entonces, en la especie, consta de los antecedentes tenidos a la vista, que con fecha 26 de diciembre de 2006 se entendió notificado el último proceso calificador en quedar afinado de la señora Molina Castelli, en lista 3, correspondiente al período 2003-2004, debiendo haberse declarado la vacancia del respectivo cargo transcurridos 15 días hábiles desde que la calificación

quedó ejecutoriada, **sin que fuera óbice para ello la circunstancia de encontrarse la afectada gozando de fuero maternal**”.

En dictamen anterior, N° 023750 N° 86, de 7 de octubre de 1986, y a raíz de la calificación de una funcionaria con fuero maternal, del sector salud, la Contraloría señaló:

*“(...) Los ceses de servicios dispuestos por ley operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo contenidas en textos estatutarios o en otros preceptos legales, generales o especiales, ya que esas normas solo juegan en relación con la eventual facultad de poner término a funciones, sin tener cabida en casos en que la ley ordena el alejamiento del servicio, por lo anterior, y considerando que DFL 338/60 art/47 ordena imperativamente el alejamiento de la administración del empleado que ha obtenido calificación insuficiente y para decretar vacancia del cargo si no lo hiciera. En consecuencia **la funcionaria de consultorio que se encuentra en este caso no la beneficia el fuero maternal (...)**”*

Por su parte, la doctrina, comentando la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, ha señalado:

*“En todo caso, las normas sobre inamovilidad sólo operan en relación con aquella facultad de la autoridad de poner término discrecional a las funciones de un empleado, **pero no se aplican** respecto de supresiones de cargos, cuya extinción la dispone la ley (55.190/78), o **respecto de situaciones en que la ley ordena el alejamiento del funcionario, como ocurre con quien fuera calificado en lista cuatro de eliminación** (12.908/99, 19.755/99)*

*Cualquier tipo de inamovilidad, legal o reglamentaria, que pudiera tener vigencia y aplicación respecto de los servidores del Estado, **cesa cuando una norma legal dispone explícitamente la remoción** (35.715/77)”.*¹

¹ Pantoja Bauzá, Rolando. *Estatuto Administrativo Interpretado, Actualizado, Coordinado y Sistematizado*. Tomo II. Séptima Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 837.

IV **Conclusión**

1. Tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa dan **preeminencia a las disposiciones legales que establecen la eliminación de una funcionaria, por haber sido calificada en Lista 4**, por sobre las normas protectoras de la maternidad, contempladas en el Código del Trabajo, al que explícitamente se remiten los Estatutos Administrativos.

2. De esta forma, **no se protege la maternidad de la forma en que sí lo hacen ciertos tratados internacionales**, como el Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo.

3. El criterio de la jurisprudencia podría importar una **afectación del derecho constitucional a la igualdad ante la ley**, ya que las trabajadoras que se rigen por el Código del Trabajo gozan del fuero maternal en los términos a que se refiere el artículo 174 del Código del ramo. En cambio, **las funcionarias públicas no cuentan, íntegramente, con dicho fuero**, al poder en ciertos casos ser desvinculadas de sus funciones sin necesidad de requerir autorización judicial. No se divisa el motivo para hacer tal distinción, que afecta y no protege la maternidad, pudiendo ser considerada una postura discriminatoria.

Es todo cuanto puedo informar a V. S.,

José Ignacio Vásquez Márquez
Director de Estudio Análisis y Evaluación
Corte Suprema

Santiago, 8 de julio de 2010

AL SEÑOR
ROBERTO JACOB CHOCAIR
MINISTRO
CORTE SUPREMA
PRESENTE

JIVM/AJS/MRM