



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

REF. N° 211.018/18
KPD

RECONOCE DERECHOS DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD A SERVIDORAS A HONORARIOS QUE SE ENCUENTRAN EN LA HIPOTÉSIS QUE INDICA. RECONSIDERA JURISPRUDENCIA EN CONTRARIO.

SANTIAGO,



El Departamento de Previsión Social y Personal de esta Contraloría General, con ocasión de la emisión del dictamen N° 20.921, de 2018, de este origen, que modificó la jurisprudencia en materia de fuero maternal, consulta sobre la aplicabilidad de ese beneficio a las servidoras contratadas sobre la base de honorarios. Ello, atendido a que se trata de un beneficio que dice relación con la observancia de principios protectores reconocidos a todas las trabajadoras y también sobre la base del reconocimiento de diversos beneficios estatutarios a esa clase de servidoras.

Requeridos de informe, la Dirección de Presupuestos ha cumplido con evacuarlo, en tanto que el Servicio Civil no lo ha emitido por lo que se prescindirá de ese antecedente.

Al respecto, cabe señalar que el citado dictamen N° 20.921, de 2018, reconoció al fuero maternal como una norma de protección a la maternidad inserta dentro de las garantías y principios protectores reconocidos universalmente en el Código del Trabajo a todas las trabajadoras del país, y que por las razones que en ese pronunciamiento se indican, resulta extensivo al personal que desempeña un cargo bajo una contrata de reemplazo o una suplencia.

Es del caso precisar que, en términos generales, esta Entidad de Control ha expresado que las normas sobre protección a la maternidad, entre ellas el fuero maternal, son de aplicación general, por lo que benefician a las servidoras de la Administración del Estado, cualquiera que sea el régimen estatutario al que se encuentren afectas y con independencia de la calidad jurídica en que desempeñen sus labores (aplica dictamen N° 9.771, de 2014).

AL SEÑOR
MINISTRO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA
PRESENTE

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

2

No obstante, respecto de las personas contratadas a honorarios se ha señalado que éstas se rigen por las reglas del contrato respectivo y no les son aplicables las disposiciones del Estatuto Administrativo, contenido en la ley N° 18.834, por expresa disposición de ese ordenamiento legal, puesto que esas servidoras no tienen la calidad de funcionarias públicas, careciendo de estabilidad en el empleo y de fuero maternal. Asimismo, tampoco se ven beneficiadas por las normas de protección a la maternidad consagradas en el Código del Trabajo, pues estas sólo son aplicables a los empleados de planta o a contrata de la Administración y, excepcionalmente, a los contratados a honorarios, cuando ello se ha estipulado expresamente en el respectivo convenio (criterio contenido entre otros, en los dictámenes N°s.11.781, de 1962; 13.495, de 1987, y 27.005, de 2013).

Ahora bien, como puede apreciarse dicha jurisprudencia se ha mantenido por más de 50 años, por lo que resulta procedente efectuar un nuevo estudio de ella, considerando el actual panorama normativo y jurisprudencial, producto de las variaciones legales experimentadas en el último tiempo, la evolución de los principios involucrados, así como también la interpretación que han efectuado los Tribunales de Justicia en materia de protección a la maternidad.

Precisado lo anterior, corresponde hacer presente que la Administración del Estado satisface las necesidades públicas de forma continua y permanente a través de la ejecución directa de acciones por parte de su personal, el que está constituido por una dotación permanente conformada por los funcionarios de planta, cuyos cargos son creados por ley. Luego están aquellos servidores que integran su dotación transitoria, compuesta por los empleados a contrata y, finalmente, están los que cumplen labores en calidad de contratados a honorarios, quienes están excluidos de las normas de dicho Estatuto.

En efecto, el inciso primero del artículo 11 de la ley N° 18.834 dispone que podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, como también a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Añade su inciso segundo, que se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Por último, su inciso final prescribe que las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de ese Estatuto.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

3

En virtud de lo dispuesto en el anotado inciso segundo, se ha entendido que procede contratar a honorarios a determinadas personas para atender "labores habituales" del servicio, siempre que se trate de "cometidos específicos", esto es, de tareas puntuales, claramente individualizadas y determinadas en el tiempo, tal como se ha precisado en el dictamen N° 20.045, de 2003, de esta Entidad Fiscalizadora.

No obstante, en la práctica se ha recurrido igualmente a la contratación de personal a honorarios, bajo el supuesto regulado en el citado inciso segundo del artículo 11, para suplir las labores que no alcanza a desarrollar la dotación permanente y transitoria, ello atendida la rigidez que presenta la normativa de la Administración del Estado, para efectuar nuevos nombramientos o efectuar designaciones a contrata.

Frente a ello, el legislador ha adoptado ciertas medidas plasmadas en las últimas leyes de presupuestos. En efecto, desde el año 2016 se ha previsto el traspaso de servidores a honorarios a contrata bajo determinadas condiciones, tales como: que los beneficiarios tengan una antigüedad continua en el organismo de a lo menos un año previo a dicho cambio de condición jurídica; que mantengan un contrato a honorarios vigente al momento del traspaso a la contrata; y que el servicio prestado sea un cometido específico de naturaleza habitual en la institución, es decir, que se trate de honorarios a que alude el inciso segundo del artículo 11 del Estatuto Administrativo.

De lo anterior se colige que ha sido el propio legislador quien, por medio de la autorización del traspaso a la contrata originada en las citadas leyes de presupuestos, ha efectuado un reconocimiento de la continuidad y habitualidad de las funciones de tales servidores para los aludidos efectos (aplica dictamen N° 16.512, de 2018).

En segundo término, se debe hacer presente que el legislador ha efectuado modificaciones legales destinadas a que los trabajadores independientes tengan cobertura integral en materia de seguridad social, dentro de los cuales se encuentran los servidores a honorarios que se desempeñan para la Administración, las que se contienen en las leyes N°s. 20.255, 20.984 y, recientemente en la ley N° 21.133, publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero del presente año, las que establecieron la obligación de los trabajadores independientes, con rentas provenientes del artículo 42, N° 2, del decreto ley N° 824, de 1974, Ley sobre Impuesto a la Renta, de cotizar para los distintos regímenes de protección social.

En este sentido, es conveniente hacer presente que la historia fidedigna del establecimiento de esas leyes da cuenta que éstas se enmarcan en reiterados esfuerzos legislativos por promover la incorporación de estos trabajadores a la seguridad social, consignando que un 75% de ellos no tienen cobertura del sistema previsional y de seguridad social.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

4

Dichas cotizaciones otorgan, entre otros beneficios, acceso al sistema de prestaciones de salud, pudiendo hacer uso de licencias médicas por incapacidad laboral por enfermedad común, y gozar de los subsidios pertinentes, entre los que se encuentran los otorgados con ocasión de los descansos por maternidad.

En este contexto, es del caso hacer presente que la protección a la maternidad, como un conjunto de derechos integrantes de la seguridad social -además de su reconocimiento expreso en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo-, ha sido recogida en tratados internacionales ratificados por Chile, como acontece con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por Chile y promulgado a través del decreto N° 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores-, el que en su artículo 9 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, precisando en su artículo 10, N° 2, el reconocimiento especial de protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, debiendo concederles a las que trabajen, licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En ese mismo sentido se adoptó el Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad que fue promulgado por medio del decreto N° 1.907, de 1999, de igual cartera ministerial.

De lo indicado se desprende que en la actualidad, las mujeres que prestan servicios a honorarios para la Administración en las condiciones señaladas, y que coticen para los distintos regímenes de protección social, tienen derecho a acceder a las coberturas que ellos otorgan y, por tanto, a invocar los beneficios que correspondan a la maternidad derivados de aquella cobertura, en razón de lo cual, tales derechos no pueden ser restringidos en los respectivos contratos de honorarios.

En ese orden de ideas, el fuero constituye un resguardo del que goza la madre trabajadora desde el embarazo hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental, para mantener su fuente laboral y asegurarle un medio de subsistencia económica para el debido cuidado tanto de ella como de su hijo y, asimismo, permanecer adscrita al sistema de seguridad social antes aludido.

Dicho fuero maternal se ha hecho extensivo a las funcionarias públicas, ya sea de planta como a contrata, así como también al personal que desempeña un cargo bajo una contrata de reemplazo o una suplencia, según se consigna en el dictamen N° 20.921, de 2018.

Ahora bien, en lo que dice relación con la situación de las servidoras contratadas a honorarios en virtud de lo previsto en el artículo 11, inciso segundo, de la ley N° 18.834, que prestan servicios

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

5

habituales, cabe señalar que éstas en la práctica cumplen funciones asimilables a las de una funcionaria pública, pero que por un hecho no imputable a ellas, como lo es la rigidez de la normativa de la Administración, que restringe la cantidad de cargos con el que cuenta el servicio contratante para desarrollar sus funciones usuales, han sido contratadas bajo una figura excepcional y transitoria, como lo es la prestación de servicios sobre la base de honorarios.

Tal presupuesto no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad, dentro de los cuales se contempla el derecho al fuero maternal.

Bajo ese entendido, corresponde concluir que resultan extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las servidoras que prestan servicios a honorarios en virtud de un contrato de esa naturaleza, celebrado conforme al inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 18.834, que desarrollan funciones habituales, por lo que esos derechos se entenderán implícitamente incorporados a sus contratos, lo cual no obsta a que se añadan expresamente a éstos últimos.

Por su parte, en cuanto a la pertinencia de recurrir al desafuero, por incurrir en alguna causal que lo haga procedente, deberá estarse a lo dispuesto en el dictamen N° 20.921, de 2018, de este origen, en el entendido que, para estos efectos, dichos contratos se asimilan a uno de plazo fijo.

Consecuentemente con lo expuesto, se reconsideran los dictámenes N°s. 11.781, de 1962; 13.495, de 1987; 27.005, de 2013 y toda jurisprudencia en contrario.

Saluda atentamente a Ud.

JORGE BERMUDEZ SOTO
Contralor General de la República



DISTRIBUCIÓN:

- Contralorías Regionales.
- Departamento de Previsión Social y Personal de esta Contraloría General.
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia General de la República.
- Dirección de Presupuestos.
- Secretaría General de esta Entidad Fiscalizadora.