

Base de Dictámenes

PDI, fuero maternal, cese por calificaciones, sanción expulsiva, autorización juez competente

E127226N21

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

06-08-2021

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 20921/2018, 1751/2019; Reconsidera dictámenes 34120/2001, 41023/2001, 13820/2012, 18835/2012

Acción	Dictamen	Año
Aplica	020921	2018
Aplica	001751	2019
Reconsidera	034120	2001
Reconsidera	041023	2001
Reconsidera	013820	2012
Reconsidera	018835	2012

FUENTES LEGALES

CTR art/201 CTR art/174 CTR art/159 num/4 CTR art/159 num/5 CTR art/160

MATERIA

Funcionarias que deban cesar por una sanción expulsiva o por calificación deficiente que importe su separación, están amparadas por el fuero maternal. Sin perjuicio de ello, se puede solicitar la autorización del juez competente para que este disponga el desafuero o

aplicar la medida una vez transcurrido el plazo de protección. Reconsidera jurisprudencia en contrario.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E127266 Fecha: 06-VIII-2021

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora Paula Peña Muñoz, abogada, en representación de doña Karin Morales Mellado, exfuncionaria de la Policía de Investigaciones de Chile, para impugnar su calificación correspondiente al periodo 2018-2019, en la cual fue ubicada en Lista N° 4, e incluida en la lista anual de retiros de esa institución.

Funda su petición en una serie de irregularidades que se habrían producido durante dicho proceso evaluatorio, y en la circunstancia de que el referido término de labores se verificó pese a que la afectada se encontraba embarazada, hecho que vulneraría el fuero maternal establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo.

En su informe, el señalado organismo policial expresó, en síntesis, que el indicado proceso y la decisión que se objeta se ajustaron a derecho.

Como cuestión previa, es necesario referirse, en primer término, sobre la protección que otorga el fuero maternal en situaciones en que el cese deba producirse como consecuencia de la aplicación de una sanción expulsiva o por una calificación deficiente que importe el alejamiento, caso este último que afectó a la individualizada exfuncionaria.

Al respecto, es pertinente recordar que el fuero maternal constituye uno de los derechos de protección a la maternidad que regula el Código del Trabajo en su artículo 201, del que goza toda madre trabajadora durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis.

Como consecuencia de dicho fuero, el empleador no puede poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien, acorde al artículo 174 del referido código, podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los Nos 4 y 5 de su artículo 159, y en las de su artículo 160, procedimiento judicial que se conoce como desafuero.

Luego, cabe agregar que en los últimos años esta Contraloría General ha efectuado una revisión de su jurisprudencia, a fin de dar relevancia a los principios protectores involucrados y los tratados internacionales ratificados por Chile en esta materia. Ello, por cuanto si bien existen diferencias entre la regulación del Código del Trabajo y la preceptiva estatutaria que rige a la Administración del Estado, tal situación no puede ser obstáculo para dar aplicación a las garantías y principios protectores reconocidos en aquellos instrumentos internacionales y en dicho código laboral a todas las trabajadoras del país, como lo es el fuero maternal, beneficio que se extiende a las funcionarias públicas por expresa disposición del artículo 194 de ese ordenamiento laboral.

Lo anterior ha derivado en la reconsideración de distintos dictámenes, especialmente en materia de fuero maternal, relacionados con las causales de término relativas a la llegada del plazo de la contratación o de aquel fijado por la ley para el término de la designación en

un cargo, las que se han asimilado a las contempladas en los Nos 4 y 5 del artículo 159 del Código del Trabajo.

Así aconteció con la emisión del dictamen N° 20.921, de 2018, que reconoció el fuero maternal para las contratadas de reemplazo y suplentes, y en el dictamen N° 1.751, de 2019, el que expresó que las soldadas de tropa profesional están igualmente amparadas por esa prerrogativa, incluso cuando el término de su vínculo sea dispuesto por la ley.

En virtud del reseñado contexto, esta Entidad de Control estima necesario revisar ahora su criterio en cuanto a la procedencia del fuero maternal en aquellos casos en que, como consecuencia de un procedimiento disciplinario o uno evaluatorio, se le aplica a una servidora que goza de aquella prerrogativa alguna medida expulsiva, o se la califica en alguna lista que importe su alejamiento del servicio, consecuencias ambas dispuestas por la ley que regula dichas materias.

Al respecto, cabe precisar que para poner término al vínculo de un funcionario de la Administración del Estado, por aplicación de una medida disciplinaria o por una mala evaluación de su desempeño, la normativa de derecho público contenida en los pertinentes estatutos de personal, establece y regula los procesos destinados a indagar las eventuales responsabilidades administrativas por infracciones cometidas por el personal, así como para evaluar su desempeño, lo que no acontece en la preceptiva que rige en el sector privado, esto es, el mencionado Código del Trabajo.

Tales procedimientos reglados -manifestación del debido proceso dentro de la Administración del Estado en dichas materias-, contienen una serie de actos trámites que consideran, entre otros, el conocimiento por parte del funcionario de los cargos que se le formulan o los reparos a su desempeño, así como instancias de defensa previas a la decisión final que adopte el servicio, la que debe ser formalizada con la emisión de un acto administrativo que puede ser impugnado conforme con a las reglas generales o especiales que contenga la normativa aplicable en la especie.

Dicho lo anterior, en armonía con los nuevos criterios jurisprudenciales emitidos por esta Contraloría General y que relevan la necesidad de dar una mayor aplicación a las garantías y principios protectores de la maternidad, se debe colegir que la existencia de procedimientos reglados en materia disciplinaria o de evaluación del desempeño, no autoriza a desconocer las prerrogativas que el fuero maternal proporciona a las funcionarias.

En tal sentido, se puede considerar que las causales que permiten aplicar una sanción expulsiva y disponer una deficiente calificación que importe la desvinculación del servicio, atendida su naturaleza y efectos, deben asimilarse a aquellas contenidas en el artículo 160 del Código del Trabajo -como lo son la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; conductas de acoso laboral o sexual; abandono del trabajo; ausencias injustificadas; incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, entre otras-, ya que constituyen conductas indebidas de carácter grave del trabajador que, fehacientemente comprobadas, traen como consecuencia el término de su relación laboral, y que son aquellas que permiten desaforar según lo previsto en el artículo 174 del señalado código. Por ello, en el evento que la funcionaria se encuentre cubierta por fuero maternal, el acto administrativo respectivo deberá indicar que se ejecutará a contar de la fecha en que termine esa protección, o bien, una vez que se acoja el desafuero, lo que ocurre primero

ocurra primero.

De esta forma, una vez afinado el respectivo acto administrativo -incluyendo la toma de razón, cuando proceda-, corresponde al jefe de servicio decidir si optará por esperar el transcurso del plazo o concurrir al juez, considerando las necesidades del servicio y las circunstancias del caso. En el evento de que el juez no otorgue el desafuero solicitado, el servicio deberá esperar a que transcurra el plazo de la protección, para proceder luego a ejecutar el respectivo acto administrativo.

Para arribar a las conclusiones expuestas se tuvo en consideración, además, que el fuero maternal tiene la naturaleza de un privilegio de carácter procesal y no sustantivo, lo que implica que opera como una carga que debe cumplir el empleador para cesar a una funcionaria que goza de tal prerrogativa, consistente en acudir al respectivo órgano jurisdiccional para solicitar su desafuero.

Por ello, tal garantía no libera a la servidora de los efectos propios que genera una sanción expulsiva o una calificación deficiente, en cuanto mecanismos para velar por la observancia del principio constitucional de probidad administrativa y por el correcto desempeño de los funcionarios que integran la Administración, y cuyas consecuencias les serán aplicables una vez otorgado el desafuero o finalizado el lapso de protección en comento, lo que dependerá de la decisión que adopte la autoridad.

Por consiguiente, cabe concluir que las funcionarias que cesan en virtud de las razones mencionadas, están protegidas por el fuero maternal por todo el lapso que dispone el artículo 201 del Código del Trabajo, sin perjuicio de que el empleador pida la autorización del juez competente para que este disponga el desafuero de la trabajadora, pudiendo, conforme a igual disposición, solicitarle como medida prejudicial decretar la separación provisional de la misma de sus labores, con o sin derecho a remuneración.

Lo dicho aplica también a los padres que puedan gozar del señalado fuero en los términos que se previenen en el citado artículo 201.

Debido a lo expresado, corresponde reconsiderar los dictámenes Nos 34.120 y 41.023, ambos de 2001, y 13.820 y 18.835, ambos de 2012, así como toda la jurisprudencia en contrario referida a fuero maternal que se vincule con las causales de cese antes mencionadas. Por tratarse de un cambio de jurisprudencia, el nuevo criterio regirá en lo sucesivo, así como en el caso que motiva el presente pronunciamiento y en los demás que se encuentran en trámite ante esta Contraloría General.

En cuanto al procedimiento calificadorio que se impugna, cabe anotar que de las alegaciones formuladas por la recurrente -vinculadas con la errónea valoración de los rubros que menciona, la discriminación de que habría sido objeto la señora Morales Mellado y la falta de fundamentación del acuerdo de la Junta de Apelaciones-, no consta la existencia de vicios que permitan dejar sin efecto la referida evaluación, razón por la cual se rechaza el reclamo formulado en ese sentido.

En consecuencia, y atendido que a la fecha en que se desvinculó a la individualizada exservidora esta se encontraba amparada por el fuero maternal, corresponde que la Policía de Investigaciones de Chile la reincorpore por al menos el período que le resta del anotado beneficio maternal, para luego proceder a la separación conforme a lo antes anotado, lo que no obsta a que, en base a las consideraciones expresadas, se requiera y obtenga el respectivo desafuero.

obtenga el respectivo desahucio.

Saluda atentamente a Ud.

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS