



Jurídico

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO**
K. 7844 (1807) 2016

4817

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación sobre fuero maternal respecto a trabajadora que obtuvo el cuidado personal de una menor, en virtud de un proceso de mediación aprobada por un Juzgado de Familia.

ANT.: Presentación de Sra. Marcela Salazar Flores, de fecha cierta 26.07.2016.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

23 SEP 2016

**A : SRA. MARCELA SALAZAR FLORES
ABOGADO
APOQUINDO N° 3721, PISO 21
LAS CONDES
msalazar@munitaabogados.cl**

Mediante presentación singularizada en el Ant., se ha solicitado, un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, en orden a determinar el "alcance del artículo 201 del Código del Trabajo en lo relativo al fuero maternal respecto de una trabajadora que en virtud de un proceso de mediación ha obtenido una sentencia de un Juzgado de Familia de Santiago, el cuidado personal de su sobrina".

Agrega que, el cuidado personal de la menor, obtenido por la trabajadora, no fue otorgado como medida de protección, por lo que no correspondería al caso previsto en el Ordinario N° 1646/031 de 21.03.2016, de la Dirección del Trabajo.

Al respecto, cúmpleme en informar a Ud. lo siguiente:

De conformidad a lo dispuesto en los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 201 del Código del Trabajo "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, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el

cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N°19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial".

Al respecto se debe indicar que el inciso 1° del artículo 201 del Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 2003, fue sustituido por el artículo 1 N° 6 de la Ley N° 20.545, de 2011 que Modifica las Normas Sobre Protección a la Maternidad e Incorpora el Permiso Postnatal Parental.

En efecto, la norma contenida en el artículo 201 del Código del Trabajo originalmente señalaba *"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.*

Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiese dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal a que aluden los artículos 195 y 196, aquélla continuará percibiendo el subsidio del artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso. Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las trabajadoras de casa particular".

De esta forma y acorde a la doctrina, de la época, contenida en el Dictamen N° 2712/200 de 1998, este Servicio expresó *"del simple tenor literal del artículo 201, precitado, se desprende en forma inequívoca que el fuero maternal ha sido establecido por el legislador en razón de la "maternidad" en sí, independiente de toda otra consideración. Corrobora esta afirmación la referencia que el artículo citado hace al descanso de maternidad, al cual las trabajadoras tienen derecho antes y después del "parto", puesto que con ello se liga directamente el fuero maternal con dos hechos fisiológicos ciertos y concretos, como lo son el "embarazo" y el "parto", los cuales en modo alguno pueden relacionarse con la adopción plena, que si bien está destinada a producir de manera irrevocable entre adoptante y adoptado una filiación de origen que hace caducar la anterior para todos los efectos civiles, supone necesariamente la ausencia del embarazo y posterior parto".*

A su vez, los actuales incisos 2° y 3° del artículo 201 del Código del Trabajo fueron agregados por el artículo único literal b) N° 1 de la Ley N° 19.670, de 2000, que Extiende en Determinados Casos el Beneficio del Fuero Maternal a Mujeres que Adoptan un Hijo en Conformidad a la Ley de Adopción.

Asimismo, el literal b) N° 2 de dicho cuerpo legal expresó *"en el actual inciso segundo, que pasa a ser inciso cuarto, intercálase entre las expresiones "Si por ignorancia del estado de embarazo" y "se hubiere dispuesto el término del contrato", la frase "o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo precedente,"; e incorpórase entre las expresiones "certificado médico o de matrona," y "sin perjuicio", lo siguiente: "o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso,"."*

Por su parte, el inciso 1° del artículo 174 del Código del Ramo ha expresado *"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"*.

De lo expuesto, se desprende que el legislador, a partir del año 2000 incorporó expresamente el beneficio del fuero maternal a los hombres y mujeres que adoptaran un hijo, de conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción de Menores.

A su vez se colige que el fuero maternal, a partir de ese momento, deja de relacionarse excluyentemente con dos hechos fisiológicos ciertos y concretos, como son el "embarazo" y el "parto", toda vez que abre la posibilidad que este tipo de fuero se extienda a mujeres u hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.620, con las particularidades contenidas en la norma.

Además, a partir del año 2011, el fuero laboral se extiende al caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis del Código del Trabajo, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo, el que no podrá exceder de tres meses.

Por otra parte, según se desprende de los antecedentes adjuntos a la presentación, la trabajadora que motiva la consulta, en su calidad de tía materna y la madre de la menor de que se trata, celebraron una mediación extrajudicial, mediante la cual acordaron, libre y espontáneamente, otorgarle a la primera el cuidado personal de la niña de un mes y medio, por no tener la última *"las condiciones económicas ni de salud como para vivir haciéndose cargo sola de la hija"*, acuerdo que fue sometido por las partes a la aprobación del Primer Juzgado de Familia de San Miguel.

Sobre el particular, se debe indicar que el Dictamen N° 1646/031 de 2016, -citado por la ocurrente-, en primer término, se refiere a la extensión del beneficio de sala cuna y de traslado del menor al o a la dependiente que, en virtud de una resolución del tribunal de justicia competente, tiene el cuidado personal del niño o niña menor de dos años, concluyendo que *"la norma contenida en el artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo -modificado por la Ley 20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido el cuidado del menor en virtud de resolución del tribunal competente que otorga la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente"*.

Por otra parte, este mismo pronunciamiento jurídico señala, en lo importante, y enunciando una serie de derechos de la maternidad extendidos al trabajador o trabajadora a quien, por aplicación de una medida de protección, se le ha entregado el cuidado de un menor-, un cúmulo de derechos en el ámbito de la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, que, en el evento de darse las pertinentes condiciones, podrían regir en beneficio del referido trabajador o trabajadora.

En el mismo documento, refiriéndose al derecho a fuero maternal, se expresa *"cabe señalar que no procedería entenderlo dentro de los derechos que el legislador le ha extendido a los trabajadores a quienes, no siendo los padres del menor, se les ha confiado el cuidado personal de éste con motivo de una medida judicial de protección. Ello por cuanto el artículo 201 del Código del Trabajo ha limitado la institución del fuero maternal a la madre, al padre que hace uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, y a la persona soltera o viuda a quien se les confíe judicialmente el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N° 19.620 sobre adopciones, o se le otorgue la tuición según el artículo 24 de esa ley."*

Lo anterior corresponde ser entendido sin perjuicio de la norma contenida en el artículo 195 inc.3° del Código del Trabajo, que dispone que "Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso

o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198."

En ese sentido, y al tenor de la consulta formulada, la norma del artículo 201 del Código del Trabajo, tampoco considera entre los sujetos del beneficio de fuero maternal, a la trabajadora a quien se le haya otorgado el cuidado personal de un menor, a través de un proceso de mediación que ha sido aprobado por un Tribunal de Familia.

Lo anterior, teniendo presente que los casos en que la norma expresamente otorga el beneficio de fuero maternal, están taxativamente determinados por el legislador, limitando aquel a la 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; el padre que haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo y que no podrá exceder de tres meses; y el caso de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.620, de 1999, que Dicta Normas Sobre Adopción de Menores, desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

De esta manera, se entiende que este tipo de fuero laboral está establecido para la madre o padre trabajador y la persona soltera o viuda a quien se le confíe judicialmente el cuidado personal del menor, de conformidad a los artículos 19 y 24 de la Ley N° 19.620.

Así, cuando el legislador ha querido hacer extensivos los beneficios propios de la maternidad a la trabajadora a quien se ha otorgado judicialmente el cuidado personal de un menor, como medida de protección –artículos 199 inciso 2°, 200 inciso 1° y 206 inciso final del Código del Trabajo-, o sin esta finalidad –artículo 203 inciso 8°-, lo ha señalado expresamente, lo que evidencia su voluntad de establecer de manera diferenciada los derechos relacionados con la protección a la maternidad y paternidad.

Ello porque el carácter del precepto autoriza a sostener que no procede la extensión del mismo a otros casos no previstos en los supuestos de la norma, por lo que solo cabe su aplicación en forma restrictiva, vale decir, circunscrita específicamente a la situación regulada por el legislador.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud., que, en la especie, no resulta jurídicamente procedente extender el beneficio del fuero maternal establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, a la trabajadora quien, a través de un proceso de mediación, aprobado por un Tribunal de Familia, obtuvo el cuidado personal de una menor de edad.

Saluda atentamente a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



JCC/AB/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Jurídico
- Partes
- Control