Modifica el Código del Trabajo, regulando la solicitud de desafuero de las trabajadoras en estado de embarazo
Boletín N° 8621-13

1. Antecedentes

El 18 de Abril pasado, con el título "Salmonera del holding Aqua Chile demandó a trabajadoras embarazadas"-, el sitio web de la ONG Ecoceanos daba cuenta de la situación que afectaba a tres operarias de la empresa Salmones Cailín S.A., de Quellón, pero que no es nueva y que se viene produciendo hace años: el despido de trabajadoras embarazadas.

En la citada nota se mencionaban los casos de Paola Díaz Cárdenas, de 27 años, quien a esa fecha tenía seis meses de embarazo y esperaba su segundo hijo. Su gran preocupación era quedar cesante producto de una demanda de desafuero maternal presentada en su contra por la empresa. Ella trabajaba como operaria de planta, pero luego pasó a realizar labores de aseo, junto á las otras dos empleadas embarazadas que enfrentaban el mismo juicio en el Tribunal Laboral de Castro.

"¿Es delito quedar embarazada?, ¿por qué nos despiden?", preguntó Paola Díaz Cárdenas, en la audiencia preparatoria de la demanda por desafuero maternal en el Tribunal Laboral de Castro, realizada el 29 de marzo, que terminó sin acuerdo.

Juana Henríquez Varas, de 39 años, es otra de las trabajadoras embarazadas en proceso de desafuero. Con cinco meses de embarazo y dos hijos, ha debido enfrentar esta demanda que la tiene al borde de la cesantía. "Tenemos miedo de perder el juicio. También si lo ganamos será difícil trabajar en la empresa, por las represalias", dice la operaria de la industria del salmón, quien aseguró que "la empresa justifica los despidos por término de contrato laboral y porque no hay producción. Salmones Cailín depende de Aqua Chile, entonces deberían trasladarnos a una de sus empresas", alega.

El otro caso corresponde a Jéssica Chiguay Neguel, de 21 años, quien enfrenta esta demanda en su primera experiencia laboral. Espera su primer hijo con la angustia de no poder tener los recursos para criarlo bien. Ella fue la primera demandada por Salmones Cailín este año. "Me mandaron a buscar con el guardia y me llevaron a una oficina y me dejaron sola con una señora que no conocía, y me contó que me habían demandado", relató. Al principio "tenía miedo decir que estaba embarazada, pero luego me trataron bien, por lo que nunca pensé lile esto terminaría en una demanda". Agrega que "no conozco de leyes, ha sido difícil enfrentar esta situación. Creo que no he cometido ningún error, no he hecho nada malo, para andar en juicios". Jéssica cuenta que llegó a un acuerdo con la empresa, la que se comprometió a darle trabajo por tres meses después de terminado el post natal, y no un año como lo estipula la legislación laboral, quedando *sin* posibilidad de acceder al derecho a sala cuna para el recién nacido.

Según la nota de prensa, las trabajadoras no confían en la empresa salmonera, porque en marzo despidió a una trabajadora sin respetar un acuerdo de similares características.

Ante estos casos, la Jefa de Inspección Laboral comunal de Quellón, Alejandra Riffo Navarrete, explicó que la Dirección del Trabajo no tiene facultades para intervenir en acciones judiciales por desafuero, ya sea maternal o sindical. "La única facultad que tiene la Dirección del Trabajo es exigir el reintegro ante separación ilegal. Ante el despido de una trabajadora embarazada -que cuente con certificado médico que a redite el estado de

---

http://www.ecoceanos.cl/index.php?option=com

gravidez-· exigimos su reintegro a la empresa. Si ésta se niega es sancionada con una multa que fluctúa entre las 14 y 70 UTM", decir entre unos 550 mil pesos y $2,7 millones.

Paola Díaz Cárdenas, Juana Henríquez Varas y Jéssica Chiguay Neguel ahora realizan labores de aseo en la empresa Salmones Cailín, mientras esperan la resolución judicial. La empresa no puede despedirlas sin antes tener la autorización de los tribunales.

Las mujeres trabajadoras de esta industria son las más vulnerables. La empresa legalmente puede despedir a las mujeres embarazadas con autorización de un juez, ante vencimiento del contrato convenido, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, o hechos imputables a la conducta de la trabajadora.

Como antecedente de lo anterior está el caso en que la Inspección del Trabajo multó con cerca de 10 millones de pesos a la multinacional noruega Mainstream/Cermaq, en Junio de 2009, por expulsar de las faenas a una trabajadora que se encontraba embarazada. Dicha compañía perdió varios juicios en el Tribunal de Calbuco y en la Corte de Apelaciones de Puerto Montt por causas similares.

Los hechos involucraron a 15 trabajadoras que estando embarazadas fueron llevadas a la justicia para poder desaforarlas legalmente. La empresa exigió que mientras durase el juicio se les separe provisionalmente y no se le cancelara el sueldo, lo que fue rechazado por el Tribunal de Calbuco. Más tarde, la empresa apeló ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que revisó dos casos y falló nuevamente a favor de las operarias. Luego de estas derrotas jurídicas, la empresa retiró los casos de la Corte y anunció que estaba dispuesta a negociar.

Lamentablemente, en los casos en que las partes terminan "negociando", lo que se produce mayoritariamente es la pérdida de derechos a la protección a la maternidad.

2. La Dirección del Trabajo

El 6 de junio de 2009 la entonces Directora del Trabajo, la abogada Patricia Silva Meléndez remitió a los directores regionales el ORD.: N°2210/035, que contenía un dictamen sobre los derechos fundamentales de los trabajadores. Entre sus antecedentes estaba el seminario "El Derecho a no discriminación por razón de género durante la vigencia de la relación laboral", realizado el 10 de diciembre de 2008. Dicho documento tiene como objetivo ser "un dictamen marco en materia de derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, que, recogiendo la nutrida jurisprudencia administrativa, la doctrina y la más reciente normativa legal sobre la materia, sirva de apoyo a los funcionarios de este Servicio que, en cumplimiento de sus funciones, hayan de conocer denuncias administrativas por vulneración de derechos fundamentales, investigarlas, mediar y, eventualmente, denunciarlas judicialmente, en el entendido que ello habrá de uniformar la actuación del Servicio en tales materias, contribuyendo con esto, a la necesaria certeza que sobre las mismas se debe otorgar a la comunidad".[2]

En el citado dictamen, dentro del subtítulo "La discriminación por razón de sexo", entre otras materias abordadas se señala, textualmente, lo siguiente:

(...) "Puestos a buscar dentro de las manifestaciones legislativas que se asientan en evitar la discriminación por razón de sexo, la encontramos en la prohibición de condicionar la

[2] http://www.sofofa.cl/Laboral/DocurnentosInteresiDictarrienesDireccionTrabajo/035-DerechosFundamentalesTrabajadoresORDN2210-035,pdf

contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez[3], así como en el reconocimiento del derecho a los permisos de pre y post natal[4], al permiso pre natal suplementario,[5] pre natal prorrogado,[6] post natal prolongado,[7] el derecho al pago de subsidios por reposos, descansos o incapacidad laboral materna1,[8] el derecho al pago de los pasajes de ida y regreso a la sala cuna para alimentar al menor,[9] el derecho al fuero materna1,[10] el derecho, durante el período de embarazo, cuando habitualmente la trabajadora esté ocupada en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, a ser cambiada a otro trabajo no perjudicial para su estado,[11] el derecho a sala cuna respecto de las trabajadoras madres de hijos menores de dos años[12] y el derecho a permiso para alimentar a hijos menores de dos años» Se trata, a no dudar, normas que establecen un tratamiento desigual (entre hombres y mujeres) asumiendo como criterio distintivo la maternidad y la alimentación del menor de corta edad.

"Es precisamente la maternidad y las circunstancias que de ella derivan (embarazo, lactancia), el único hecho diferenciador entre la mujer y el hombre. Esta afirmación que se hace con ocasión de la protección de la maternidad, tiene una gran trascendencia en cuanto a la imposibilidad por parte de los Estados, de mantener ningún otro hecho diferenciador entre mujeres y hombres que no sea el derivado de circunstancias biológicas."[14]

Aplicando el derecho a la no discriminación por razón de sexo, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que si con motivo del estado de embarazo, la trabajadora debió ser cambiada a turnos diurnos por el impedimento de desempeñar turnos nocturnos, el empleador debe mantenerle el pago de un bono nocturno, pues dicho cambio no puede significarle una merma en su remuneración.[15]

Así las cosas, se afirma por la doctrina, que deben eliminarse las barreras y condiciones especiales del trabajo femenino, concibiéndose toda norma de protección laboral de la mujer, salvo las impuestas por la maternidad, como discriminatorias e injustas[16], ejemplo de reglas de derecho que, en otro tiempo justas, no lo son ya[17] al considerarse privilegios que repugnan al principio de igualdad.[18]

---

[3] Artículo 194 inciso final del Código del Trabajo.
[4] Articulo 195 inciso 1° del Código del Trabajo.
[5] Artículo 196 inciso 1° del Código del Trabajo.
[6] Articulo 196 inciso 2° del Código del Trabajo.
[7] Artículo 196 inciso 3° del Código del Trabajo.
D.F.L. N°44 de 1979.
[9] Articulo 203 inciso 8° del Código del Trabajo.
[10] Artículo 201 con relación al artículo 174, ambos del Código del Trabajo.
[11] Artículo 202 del Código del Trabajo.
[12] Artículo 203 del Código del Trabajo.
[13] Articulo 206 del Código del Trabajo.
[14] BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, "La Constitución Europea y la igualdad de género', en htto://www.ucrest—redce/ReDCE3/15marialuisabalaguer.htm
[15] Dictamen N°2.447/114, de 25 de abril de 1994.
[16] ALONSO OLEA, MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA ob. cit, pág.125.
[17] LARENZ, citado por ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, ob, cit, pág.125.
[18] ALONSO OLEA MANUEL Y CASAS BAAMONDE, M. EMILIA, ob. cit., pág.126.

En otro ámbito, pero también resguardando el derecho a no ser discriminada por razón de sexo la mujer embarazada, se ha establecido que: "La prohibición establecida por el artículo 211-1 del Código del Trabajo, respecto de la mujer embarazada, debe entenderse referida no sólo a la ejecución de operaciones de carga y descarga manual, entendiéndose por tales las tareas regulares o habituales que implique colocar o sacar carga sobre o desde un nivel, superficie, persona u otro, sino además, a todas aquellas labores que la obliguen a efectuar un esfuerzo físico, entendiéndose por tal las exigencias biomecánica o bioenergética que impone el manejo o manipulación manual de carga, esto es, de cualquier objeto cuyo peso supere los 3 kilogramos."[19].

Asumiéndose la relevancia que, para la igualdad de oportunidades entre trabajador y trabajadora, representa el fuero maternal, resulta pertinente señalar que la jurisprudencia administrativa, sostiene que la trabajadora, que gozando de fuero maternal se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al artículo 174 del Código del Trabajo.[20]

Por último, se ha reparado en que si se hubiere dado el aviso anticipado de desahucio de término de contrato y la trabajadora acredita en el intertanto su estado de embarazo, se le ha de reconocer el fuero materna1.[21]"

3. El Derecho

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 201 del Código del Trabajo, las trabajadoras gozan de fuero maternal desde el inicio del embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal, excluido el permiso postnatal parental establecido en el Artículo 197 bis. Durante dicho período 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 Trabajo.

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. Es del caso señalar que en la circunstancia de que la dependiente esté sujeta a un contrato de plazo fijo en nada altera el derecho al fuero maternal, toda vez que el legislador ha señalado expresamente que el juez puede conceder el desafuero por la causal del Artículo 159 N°4 del Código Laboral, esto es, por vencimiento del plazo convenido [22]

---

[19] Dictamen N°520/6, de 30 de enero de 2006.
[20] Dictamen N°4535/209 de 05 de agosto de 1994.
[21] Dictamen N°3.160 de 22 de junio de 1984.
[22] http://www.dt.0 ob.cticonsuitas/1613/w3-article-60088. html

Sin embargo, lo central es que el fuero maternal siga siendo un derecho irrenunciable, lo cual significa que la mujer no puede legalmente acordar con su empleador la renuncia a dicho beneficio. Si llegara a hacerlo, tal pacto quedara nulo.

4. Idea matriz

Por ello, la idea matriz del presente proyecto de ley es que el juez, en caso de solicitud del desafuero de cualquier trabajadora, considere como prueba el primer contrato suscrito al formalizarse la relación empleador-trabajadora. Es decir el contrato que se firmó al momento de entrar a trabajar y no las reformas o modificaciones que se hicieren (muchas veces impuestas) una vez que se sabe que la trabajadora está embarazada.

De este modo, lo que se busca evitar es que al quedar embarazada una trabajadora, el empleador le cambie el régimen contractual de indefinido a plazo fijo, con el solo propósito de poder poner término a la relación laboral.

Ahora bien, lo anterior se aplica a la mujer que está embarazada, ya que la Dirección del Trabajo ha señalado en su jurisprudencia administrativa, entre otras, en el Dictamen 4535/209 de fecha 5 de Agosto de 1994, que la mujer en estado de gravidez o aquella que es madre de un recién nacido o que se encuentra en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, y que ingresa a una empresa suscribiendo por primera vez un contrato de trabajo, adquiere el derecho a gozar de fuero maternal y, por ende, el respectivo empleador no podrá poner término a dicho contrato durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, según sea la situación en que se encuentre la respectiva trabajadora, salvo autorización judicial previa otorgada conforme a lo prevenido en el señalado Artículo 174.

Por todo lo anterior es que vengo en presentar el siguiente,

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Agréguese el siguiente Artículo 174 bis nuevo al Código del Trabajo.

"Artículo 174 bis: Con todo, cuando el empleador solicite el desafuero por la causal del Artículo 159 N^{9}-4 de este Código respecto de una trabajadora que esté en estado de embarazo, el juez considerará como prueba de la solicitud, el contrato a plazo fijo que se hubiere pactado al momento de incorporarse la trabajadora a la faena y no las reformas ulteriores que se hicieran al contrato, especialmente aquellas posteriores a la fecha del embarazo de la trabajadora.

Las cláusulas de renuncia al fuero maternal son nulas de pleno derecho."