

San Miguel, dieciocho de mayo de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

1° Que comparece Nicolás Gajardo Muñoz, abogado, por doña Susan Andrea Vera Retamal, cédula de identidad N° 16.292.717-5, ambos domiciliados para estos efectos, en Avenida Nueva Providencia 1363, oficina 702, Providencia, quien deduce acción de protección contra el Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río, representado legalmente por don Claudio Farah Meza, por el acto consistente en el no pago de las remuneraciones que se devengaron durante el periodo que comprende los meses de enero al 2 de agosto de 2021, lo que se hizo exigible desde el momento de su reintegro que se produjo el 3 de enero de 2021.

Sostiene que desde Mayo del año 2020, doña Susan Vera se desempeña como funcionaria a honorarios a suma alzada para el complejo asistencial Dr. Sótero del Río, desempeñando funciones de enfermera en el Servicio UCI. Agrega que en el mes de julio de ese mismo año, supo que estaba embarazada, situación que comunicó a su jefatura, quienes le ordenan con fecha 27 de agosto de 2020 abandonar sus funciones por pertenecer a la población de riesgo, otorgándole permiso especial, respetando su fuero y recibiendo sus remuneraciones mensuales hasta diciembre de 2020. Dice que, sin embargo, cumplido el plazo de su contratación, el 31 de Diciembre de 2020, fue cesada en sus funciones, pese a encontrarse embarazada y a haber informado de su estado de gravidez.

Dice que presentó un reclamo ante la Contraloría General de la República REF N° W 1731/21 E 71428/2021, que solicitó informe al complejo asistencial recurrido, siéndole comunicado más tarde por la misma Contraloría, que el complejo asistencial indicó que *“a fin de dar cumplimiento a la jurisprudencia administrativa, regularizará la situación de la recurrente, procediendo a su reincorporación y pago de remuneraciones adeudadas”*.

Reconoce que el 3 de Agosto de 2021, el complejo asistencial reincorporó a sus funciones a la recurrente, no obstante lo cual, no ha dado cumplimiento estricto a la subsanación del acto ilegal y arbitrario toda vez que la institución se ha negado constantemente al pago de las remuneraciones devengadas durante el



período en que fue privada de sus labores, es decir aquellas que comprenden el periodo enero de 2021 al 2 de Agosto de 2021.

Dice que, a mayor abundamiento se le ha negado a la recurrente el derecho a sala cuna.

Aduce que esta omisión ha conculcando gravemente sus derechos a la integridad física y psíquica, artículo 19 N° 1, inciso primero, igualdad ante la ley, artículo 19 N° 2, igualdad en la ley, artículo 19 N° 3, inciso primero y a su derechos de propiedad, artículo 19 N° 24.

Explica que al ser despedida de la institución, estando bajo la protección del fuero maternal, e insistir en no respetar sus derechos pese a lo informado ante la propia Contraloría, se le ha negado el pago de sus estipendios por los meses que median entre enero y agosto de 2021, con lo cual se está provocando no sólo una privación de su derecho a fuero, sino que se está perturbando gravemente el desarrollo de su maternidad y compromete el desarrollo de su hijo, siendo su fecha de nacimiento el 11 de Febrero de 2021.

Sostiene que la negativa de la institución a cumplir con lo informado ante la Contraloría General de la República la estaría privando del fuero maternal, el que atiende a la protección de la fuente laboral de la madre, y que de forma extensiva tiene por objeto proteger el sustento del niño recién nacido para que no vea afectado su desarrollo.

Aduce la existencia de una relación de carácter laboral, con vínculo de subordinación y dependencia, aunque afirma no pretender ante esta Corte, declaración alguna respecto a la existencia de una relación laboral, pues eso es materia de otra sede y en otro momento. Dice que lo que pretende es que se revoque y modifique el acto u omisión arbitraria e ilegal del empleador de doña Susan Vera de no otorgarle su derecho a sala cuna ni pagarle las remuneraciones devengadas durante los meses de enero a agosto de 2021, encontrándose bajo el amparo de la figura del fuero maternal.

Transcribe los numerales 1, 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, y aduce que al no respetarse su derecho al fuero maternal, se la deja en una situación que afecta su tranquilidad y bienestar personal y económico, como



también la estabilidad en el desarrollo de su hijo de tan solo 7 meses de edad; que se perturba y amenaza su derecho a la integridad psíquica, toda vez que la omisión inmotivada, ilegal y arbitraria impugnada, significará la pérdida de sus remuneraciones, de su fuente laboral, que le ha provocado una tremenda angustia, tanto por el despido como por hacer caso omiso de la indicación de pagar sus remuneraciones. Agrega que se vulnera su derecho a la igualdad ante la ley por haberse hecho una distinción arbitraria y porque constata la existencia de una diferencia por ser madre. Arguye que el actuar de la recurrida infringe estos derechos, tanto porque la decisión administrativa carece de toda razonabilidad, cuanto porque la recurrida altera el statu quo y los derechos ya adquiridos por la recurrente como funcionaria contratada. Afirma que, conforme a lo ratificado por la Contraloría el hecho de que todas las mujeres embarazadas o madres que gocen de post natal podrán optar al beneficio del fuero maternal conforme a los tratados internacionales en la materia así como la propia ley interna, no es sino expresión evidente de que no podrá darse trato desigual. Por último, alega que la garantía del derecho de propiedad resguarda los derechos ya adquiridos de manera legítima por los administrados, cual sería el caso al haber percibido su sueldo durante todo el periodo en que se encontró vinculada al recurrido, lo cual ha sido reafirmado por la doctrina que cita.

Concluye pidiendo que se acoja la acción deducida y que se ordene a la recurrida que, en el más breve plazo, pague sus remuneraciones y demás prestaciones adeudadas por todo el periodo durante el cual se le privó de su empleo, con los reajustes e intereses correspondientes; que se ordene respetar el derecho a sala cuna; y, que se instruya a la recurrida a no actuar del modo denunciado en lo sucesivo, con costas.

En apoyo de su pretensión acompañó: 1) Documentos emanados de la Contraloría General de la República REF. N° W 1731/2021 E 71428/2021 y REF N° W 1731/2021 E 116569; 2) Certificado de nacimiento; 3) Boletas de honorarios emitidas por la recurrente para la recurrida, que corresponden a los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2020.



2° Que los abogados Patricio Lynch Becerra, Mario Pérez González y Felipe Mellado Montoya, informaron el recurso por el Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río, representado por Gonzalo Menchaca Olivares, médico cirujano, todos con domicilio en Avenida Concha y Toro N° 3459, comuna de Puente Alto, solicitando su rechazo en todas sus partes, con costas.

Explica que ante el requerimiento de la Contraloría General de la República, efectivamente, mediante el Ordinario 232 de 22 de junio de 2021, se informó que el centro asistencial procedería a reincorporar a la recurrente, *“pagando las remuneraciones que se le adeuden y prolongar su contratación hasta el lapso que dure su fuero maternal”*. Dijo que cumplió íntegramente lo comprometido mediante Resolución Exenta N°008400 de fecha 30 de noviembre de 2021 del CASR cual aprobó el convenio a honorarios para el cumplimiento de tareas ejecutadas, celebrado con la recurrente, para que se desempeñe en la U. UPC Adulto en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de julio de 2021, por un monto de \$2.265.672 valor bruto mensual; y, mediante Resolución Exenta N°008401 de fecha 30 de noviembre de 2021 que aprobó el convenio a honorarios para el cumplimiento de tareas ejecutadas, celebrado con la recurrida para las mismas tareas por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2021 y el 31 de diciembre de 2021, por un monto de \$2.265.672 valor bruto mensual.

Precisa que los convenios a honorarios indican en su cláusula novena que *“Las partes declaran que el presente contrato de honorarios está sometido a las disposiciones del Código Civil, no constituye vínculo laboral regido por el Código del Trabajo y dada la naturaleza de los servicios no existe vínculo de subordinación o dependencia entre las partes contratantes”*; por su parte en la cláusula décimo primera se establece que *“Considerando que el presente contrato es de servicios de Honorarios, los costos de previsión social correspondiente a cotizaciones de Salud y A.F.P. así como el pago mensual al organismo administrador del Seguro, serán de cargo del Prestador de Servicios”*.

Sostiene que de acuerdo a lo pactado, el pago de las licencias por maternidad lo asume la respectiva institución de salud previsional. Cita los artículos 195 y 197 bis del Código del Trabajo en cuanto a los plazos de licencia



por maternidad y el subsidio correspondiente, agregando que de conformidad a la ley, la ISAPRE respectiva o, en su defecto, la COMPIN si se encuentra afiliada a FONASA, debe proceder al pago de las licencias médicas por pre y postnatal de modo que el CASR no tiene obligación alguna de pagar las licencias médicas por maternidad, por tanto, las remuneraciones devengadas durante enero de 2021 a julio de 2021, considerando las licencias médicas por maternidad, deben ser pagadas por la respectiva ISAPRE, o en su defecto, la COMPIN y no por esa parte.

Consecuente con lo señalado, aduce que a la recurrente se le ha pagado todo lo que legalmente corresponde pagar a la recurrida, pues de conformidad al comprobante de licencia médica prenatal que remitió la recurrente a este Complejo Asistencial, la licencia inició el 6 de enero de 2021 por lo que esa parte pagó los honorarios de la recurrente hasta el 5 de enero de 2021, según comprobantes de pago que acompaña. Luego y de acuerdo al certificado de nacimiento, las 12 semanas de post natal, más las 12 semanas de post natal parental vencieron el 29 de julio de 2021, debiendo esa parte pagar a partir del 30 de julio de 2021 inclusive, lo que efectivamente se hizo conforme a los comprobantes de pago que también acompaña.

Aduce que acceder a la pretensión de la recurrente sería incurrir en fraude de pagar doblemente a la recurrente (licencia médica y encima remuneración por los días no trabajados por el reposo), o bien, de no cumplir la prestadora con los presupuestos legales para el pago de sus licencias por parte de su institución previsional, se estaría imponiendo ilegalmente una carga de pago que no compete al Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río.

Cita la ley 21.133 que estableció la obligatoriedad de cotización a los trabajadores independientes, de tal suerte que, insiste, es de carga de la recurrente haber cumplido los requisitos establecidos en la ley para optar al pago de sus licencias médicas si así fuese el caso, pues no saben si la institución previsional pagó o no dichas licencias a la recurrente, pues el libelo no lo dice, pero independiente del pago por parte de la Isapre o Compin por Fonasa de la reclamante, dice que de conformidad a lo expuesto no es posible para esa parte



pagar los honorarios por el periodo de descanso de pre y post natal, que tienen la calidad de irrenunciables inclusive para la misma recurrente, de manera que, aunque la recurrente hubiese querido, no era posible que ella prestara servicios durante dichos descansos maternales.

En cuanto al derecho a sala cuna, sostiene que no existe norma legal que establezca a favor de los prestadores a honorarios el derecho a sala cuna y al efecto cita los términos literales del inciso final del artículo 11 del DFL 29 del 16 de marzo de 2005 (Estatuto Administrativo), en cuanto a que las personas contratadas a honorarios, se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este estatuto. Por su parte, el derecho a sala cuna se encuentra previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo, que gobierna las empresas privadas para con sus trabajadoras en relaciones de contratos de trabajo, que no es del caso que nos ocupa.

Enfatiza que no existe relación de trabajo con la recurrente y que si así lo pretende, aquello corresponde a un juicio de lato conocimiento en sede laboral. Aquí explica que conforme a su naturaleza, facultades y calidad de ese servicio, no tiene atribuciones de celebrar cualquier contrato y que en la época de pandemia, tuvo aplicación el numeral 8° del artículo 4, del Decreto N° 4 del Ministerio de Salud de 5 de enero de 2020, que los habilitó expresamente para contratar a honorarios por autorización del respectivo Servicio de Salud.

Por último, asevera que no ha privado, perturbado ni amenazado las garantías constitucionales del derecho a la integridad síquica, ni la igualdad ante la ley, ni derecho de propiedad reclamados, sino que ha obrado con apego estricto a la normativa vigente, no habiendo en consecuencia acto ilegal o arbitrario alguno que se pueda imputar al Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río.

Concluye pidiendo el rechazo del recurso en todas sus partes, con costas.

Para justificar sus asertos, acompañó: 1) Certificado de embarazo de la recurrente de fecha 13 de agosto de 2020; 2) Certificado de nacimiento de la hija de la recurrente; 3) Respaldo Compin de la licencia médica prenatal de la recurrente folio 3-47398504, cual señala como empleadora a la misma recurrente (por ser honorarios), y la misma licencia se encuentra autorizada; 4) Ordinario



000232 de fecha 22 de junio de 2021, del Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río, dirigido a don Cristian Oliver Gómez, de la Contraloría Regional Metropolitana; 5) Resoluciones exentas 008400 y 008401, de 30/11/2021, que autorizan contratar a honorarios a la recurrente por los periodos 1.01.2021 al 31.07.2021 y 1.08.2021 al 31.12.2021; 6) Comprobantes de transferencia y respaldos de los pagos de la recurrente de los días correspondientes a enero, julio y agosto de 2021, por los periodos no comprendidos en su descanso prenatal, post natal y post natal parental.

3° Que es un hecho reconocido por ambas comparecientes en este proceso, que entre ellas existió contrato a honorarios que inició en el mes de mayo de 2020, para labores de enfermería, habiendo informado la prestadora del servicio en julio de ese mismo año que se encontraba embarazada, lo que motivó su separación de las labores por pertenecer a grupo de riesgo.

Asimismo, es un hecho aceptado por ambas, que al término de diciembre de 2020 no se renovó su contratación, habiendo concluido el 31 de diciembre de ese año el contrato que las vinculó. Posteriormente, a propósito del reclamo de la recurrente a Contraloría, el centro asistencial celebró nuevo contrato de honorarios con ella, disponiendo el pago de las remuneraciones que no quedaron cubiertas por la licencia de pre y post natal, habiéndose comprometido con el ente fiscalizador, a pagar las remuneraciones que se adeudaran y mantener el contrato hasta el término del fuero.

4° Que, por otra parte, si bien la recurrente asevera en parte de su recurso que las partes estarían vinculadas por una relación de carácter laboral, admite que el contrato suscrito era de honorarios y que no pretende que en esta sede se establezca lo primero, misma alegación que hace la recurrida en cuanto sostiene que es un contrato de carácter civil y que si la recurrente pretende algo diverso, debe iniciar el respectivo proceso ordinario declarativo ante el tribunal correspondiente.

5° Que encontrándose la recurrente haciendo uso de licencias médicas durante el periodo que reclama como no pagado, efectivamente no corresponde a la recurrida proceder al pago de las mismas, sino que aquél es de cargo de la



entidad previsional correspondiente de acuerdo a lo establecido en el decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, en cuyo artículo 19 se ordena que *“El pago de los subsidios corresponde a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido con la entidad otorgante”*.

Por su parte, en la cláusula décimo primera del contrato de honorarios celebrado entre las partes, se establece que: *“Considerando que el presente contrato es de servicios de Honorarios, los costos de previsión social correspondiente a cotizaciones de Salud y A.F.P. así como el pago mensual al organismo administrador del Seguro, serán de cargo del Prestador de Servicios”*.

Así aparece cumplido, además, de la captura de pantalla del sitio Mi Licencia que informa el estado de pago de la licencia pre natal de la recurrente, donde no solo se constata que fue autorizada a pago sino que además, señala a la referida como su propia empleadora, como corresponde a los subsidios en el marco de un cotizante directo.

6° Que, en consecuencia, no existe la ilegalidad que se atribuye a la recurrida en relación al supuesto no pago de remuneraciones por el tiempo que permaneció con licencia médica, apareciendo por el contrario que al menos aquella pre natal habría sido autorizado su pago (de donde se sigue que efectivamente estaría persiguiéndose un doble pago que es improcedente); y desconociéndose si la recurrente gestionó el pago de su licencia post natal, lo que era de su cargo.

7° Que, en cuanto al beneficio de sala cuna, efectivamente este derecho no está establecido para los trabajadores independientes, como es el caso de la recurrente, quien acepta en esta sede al menos, que su contratación es a honorarios. Al respecto, en el artículo 203 del Código del Trabajo se contempla el deber del empleador de contar con sala cuna o pagar el beneficio a las mujeres que están sometidas a ese cuerpo normativo, en tanto en el artículo 11 del estatuto administrativo, se establece que *“Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”*, sin que conste en su contrato, el otorgamiento del beneficio reclamado.



En el escenario descrito, por no existir un derecho indubitado que ampare la solicitud de la recurrente, esta sección del recurso debe ser también desestimada.

Y visto lo prevenido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política, **se rechaza**, sin costas, el recurso de protección deducido a favor de Susan Andrea Vera Retamal, contra el Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río.

Acordada la exención en el pago de las costas, con el voto en contra de la ministra Vásquez Acevedo, quien estuvo por imponerlas a la recurrente por estimar que su libelo carece de todo fundamento y que existe indicio de un obrar impropio al reclamar el pago de remuneraciones en circunstancias que hacía uso de licencia médica, apareciendo autorizado el pago de su licencia pre natal.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redactó la ministra Carolina Vásquez Acevedo.

Rol N° 5.192-2021 PROT.

Pronunciado por la Quinta Sala de esta Corte, integrada por las ministras señoras Ana Cienfuegos Barros, Carolina Vásquez Acevedo y M. Catalina González Torres.



Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros (as) Ana Maria Cienfuegos B., Carolina Vasquez A., Maria Catalina González T. San Miguel, dieciocho de mayo de dos mil veintidós.

En San Miguel, a dieciocho de mayo de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>