

TEMA. FUERO DE MATERNIDAD EN CONTRATO DE
SERVICIOS PROFESIONALES.

C-220

Panamá, 24 de septiembre de 2001.

Señor

CARLOS BARÉS WEEDEN

Director General de la Policía Nacional

E. S. D.

Señor Director General:

Cumpliendo con la función legal adscrita a este despacho por el numeral 1 del artículo 6 de la Ley número 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales" de servir de "**consejera jurídica**" de los funcionarios de la administración, en esta oportunidad nos dirigimos a usted para dar respuesta a su consulta elevada a este despacho a través de nota D.G.P.N.-0135-01 y fechada 27 de agosto del 2001 referente a la licencia por gravidez solicitada por la señora **JILL MONTENEGRO S.**

Luego de realizar un estudio de la documentación presentada a este despacho del Ministerio Público, procederemos a emitir un concepto legal sobre la viabilidad jurídica de la existencia del conocido "**fuero de maternidad**" previo al análisis de las normas que lo consagran.

Iniciaremos transcribiendo la norma que consagra tal garantía, el artículo 68 Constitucional:

Artículo 68: “Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho que le siguen, gozará de descanso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo en casos especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez.”

Ahora bien, debemos iniciar apuntando que compartimos en gran medida los planteamientos jurídicos expuestos por la Dirección de Asesoría Jurídica de la Policía Nacional, toda vez que indudablemente el artículo 68 de la Carta Política de la República transcrito anteriormente contempla una garantía para la mujer embarazada, que abarca el periodo pre y post parto, tiempo durante el cual deberá gozar de descanso remunerado e igualmente la citada norma protege a la mujer en estado de gravidez del despido por esa causa, y no de la terminación de labores por disposición contractual, figura doctrinal y legislativamente distinta al despido.

El despido, hace referencia a la ruptura o disolución de la relación laboral realizada unilateralmente por el patrono y la terminación de contrato, es la condición determinada por el tiempo, que al cumplirse extingue la relación laboral y su consecuente derecho.

De lo anterior se puede colegir, en palabras del consultante, que nuestra ley de leyes, protege a la mujer embarazada solo en los casos de Despido, reconociendo excepciones que constituyen justificaciones legales a tal beneficio, como en los casos de terminación de contrato, pero este concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común está predeterminada a un término durante el cual quedan regladas sus relaciones jurídicas y al vencerse o cumplirse fenecen.

Así pues, los contratos por tiempo definido constituyen una especie de pacto colectivo de condiciones de trabajo, en los que su vencimiento determina la extinción de las condiciones pactadas que no pueden ser prorrogadas por el ***fuero de maternidad***.

La ley de Carrera Administrativa excluye de la categoría de servidor público a aquellas personas contratadas por el Estado para realizar una tarea específica, a través de un contrato regulado por el Código Administrativo y supletoriamente por el Civil, como es el caso del celebrado por el Ministerio de Gobierno y Justicia y la señora Jill Montenegro, por lo que obviamente, esta última solo posee la calidad de contratada y no de servidor público. Lo cual indudablemente se desprende también del contenido del Contrato celebrado en su cláusula segunda.

Al respecto, nuestra jurisprudencia, se ha referido al concepto de Fuero de Maternidad reiteradamente, y entre estos pronunciamientos se destaca la Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de fecha 28 de agosto de 1990 (Esilda Martínez de Saldaña vs Supermercado Del Parque, S.A.), en el que se expresó lo siguiente:

“El denominado fuero de maternidad es una protección de que gozan determinadas mujeres contra el despido que no cumpla con ciertos requisitos legales, pero dicha protección no alcanza a otras especies de terminación de la relación de trabajo como lo es la expiración del término pactado en el contrato, hipótesis que es la que se produjo en este caso. No se puede pues confundir la especie (despido) con el género (terminación del contrato) ya que el fuero de maternidad según lo previsto en el artículo 68 de la Constitución Nacional y en el artículo 106 del Código de Trabajo, protege a la mujer trabajadora sólo contra el despido que consiste en la terminación unilateral del

**contrato de trabajo por iniciativa del empleador.” (Destacado de la Procuraduría)
(Lo subrayado es del Despacho)**

Así, tanto el artículo 68 de la Constitución pre-transcrito, como el extracto del Fallo citado, coinciden en que el Fuero de Maternidad es una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, que comprende a las mujeres trabajadoras del sector público y privado. Este fuero o privilegio, como hemos visto es una garantía de estabilidad laboral, y por ende de seguridad económica, pero cuya aplicación, no debe ser entendida en términos absolutos, pues ella presenta excepciones.

En efecto, como bien lo señalamos, la relación entre el empleador y la mujer trabajadora mantiene su pretendido equilibrio, con la figura del Fuero de Maternidad, entre otras; ya que mediante la garantía de la conservación del empleo que se le dispensa a la madre, se le está amparando de la posibilidad de un despido injustificado, que podría tener lugar en razón de su preñez. Sin embargo, frente a la justificación de la terminación laboral, legalmente configurada, no puede aducirse la protección del Fuero de Maternidad, como sería por ejemplo el caso de la comisión por parte de la trabajadora de una falta de sus deberes como servidora, o de un delito, que previa su comprobación, conllevaría el despido.

Como quedó expresado, entre la terminación de la relación laboral, y el despido, existe una relación de género y especie. El despido es una forma de terminar la relación laboral, pero existen otras como la decisión unilateral del empleador, el mutuo consentimiento, la muerte del trabajador, la conclusión de la obra objeto del contrato y la expiración del término pactado en el Contrato, que se sumarían a la descrita en el párrafo precedente. A esta última modalidad nos referiremos a continuación.

Los contratos por tiempo definido, constituyen igualmente una especie de convenio, en los que lógicamente la relación laboral se dará por un lapso predeterminado, fijado de común acuerdo por las partes, quienes al suscribirlo manifiestan su voluntad de contraer las obligaciones y gozar de los derechos que de él se derivan.

Debemos tener presente que cuando una persona presta servicios mediante un contrato de este tipo, es decir, por tiempo definido, la relación laboral termina el día de su vencimiento, de allí que su prórroga o extensión, sólo es posible mediante un acuerdo bilateral, o sea de ambas partes contratantes, mas no mediante el amparo del Fuero de Maternidad, que supone la garantía de la conservación del empleo para la mujer trabajadora por el lapso de un año, posterior al alumbramiento, lo que implicaría la continuidad de la relación laboral.

Como puede observarse, hay dos aspectos relevantes en el Fuero de Maternidad, uno, el pago del subsidio a la mujer trabajadora, y el otro, el derecho a conservar su puesto de trabajo. Sin embargo, cuando hablamos de su reconocimiento, hablamos de pagar a la madre el mencionado subsidio, y de respetar su empleo, pero éste debe existir; ya que no puede conservarse un empleo que no existe por haber finalizado el término o período del convenio o contrato que lo constituyó legalmente. El contrato en este sentido, es la base de la relación laboral, es la fuente generadora de derechos y obligaciones, pero es también en sus términos literales, ley entre las partes, por tanto es imposible que al terminar dicho contrato y en consecuencia la relación laboral, se viole el fuero de maternidad, pues, el mismo no existe, por las razones antes explicadas.

Tanto el artículo 68 de la Constitución ya comentado, como el extracto del Fallo citado, coinciden en que el Fuero de Maternidad es una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, que comprende a las mujeres trabajadoras del sector público y privado. Este fuero o privilegio, como hemos visto es una garantía de estabilidad laboral, y por ende de seguridad económica, pero cuya aplicación, no debe ser entendida en términos absolutos, pues ella presenta excepciones, tal como hemos manifestado antes..

Finalmente solo nos resta apuntar que este despacho ya se ha pronunciado sobre este particular a través de la consulta 084-95 de 25 de mayo de 1995.

Por todo lo anterior, debemos concluir que la señora **JILL MONTENEGRO** lamentablemente, no se encuentra protegida por el fuero de maternidad en la actualidad, por lo que no le asiste el derecho de subsidio por licencia por gravidez, en virtud de las razones antes explicadas. En cuanto a solicitud que formulara sobre el pago pendiente que aún le adeuda la institución, indicamos que este es un hecho que corresponde a la institución verificar a la par del Contrato firmado, que de existir la obligación de pago debe ser cancelada.

Esperamos de este modo haber atendido debidamente su solicitud; nos suscribimos de usted, con la seguridad de nuestro aprecio y consideración,

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/aed/hf.