Manual del Dirigente

2021

UNIDAD DE
DEFENSA LABORAL

COLEGIO MÉDICO
DE CHILE

ÍNDICE

Manual del Dirigente

Primera Parte

CAPÍTULO I: Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.	6
CAPÍTULO II. Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.	18
CAPÍTULO III. Médicos como funcionarios públicos.	24
CAPÍTULO IV. Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.	37
CAPÍTULO V. Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.	77
CAPÍTULO VI. Los programas de especialización médica.	91
CAPÍTULO VII. El periodo asistencial obligatorio.	153
CAPÍTULO VIII. Tercer estatuto especial, de los funcionarios de la atención primaria de salud municipal.	162
CAPÍTULO IX. Las misiones de estudios de APS Municipal.	166
CAPÍTULO X. Profesionales regidos por el Código del Trabajo.	170
CAPÍTULO XI. Situaciones de los profesionales a honorarios.	182
CAPÍTULO XII. Probidad en la función pública y prevención de conflictos de intereses.	189
CAPÍTULO XIII. La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.	192
CAPÍTULO XIV. Causales de término de los cargos públicos.	237
CAPÍTULO XV. El término de la contrata.	242
CAPÍTULO XVI. Calificación del trabajo pesado.	247
CAPÍTULO XVII. Solicitud de restitución de remuneraciones mal percibidas en el sector público.	250
CAPÍTULO XVIII. Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.	252
CAPÍTULO XIX. Profesionales funcionarios y cargos de elección popular.	265

ÍNDICE

Manual del Dirigente

CAPÍTULO XX. El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19. 274

CAPÍTULO XXI. Asociaciones de funcionarios públicos. 280

CAPÍTULO XXII. Sindicatos y negociación colectiva. 287

CAPÍTULO XXIII. Incentivo al retiro y bono postlaboral. 367

CAPÍTULO XXIV. Acoso laboral, acoso sexual y discriminación. 378

CAPÍTULO XXV. Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo. 394

CAPÍTULO XXVI. El teletrabajo y modificaciones contractuales en el sector privado. 402

CAPÍTULO XXVII. Nueva ley que establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19. 407

CAPÍTULO XXVIII. Instructivo de Contraloría dirigido a funcionarios, servidores a honorarios y trabajadores del sistema público. Dictamen 3.610 de 17 de marzo de 2020. 409

CAPÍTULO XXIX. COVID-19 como enfermedad laboral y el Seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales establecidos en la ley 16.744. 411

Segunda Parte

CAPÍTULO I. Protección a la maternidad, paternidad y familia. Definiciones y aplicación. 416

CAPÍTULO II. Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia . 418

Tercera Parte

CAPÍTULO I. Roles del médico y relaciones con terceros. 440

CAPÍTULO II. Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada. 442

UNA NUEVA ENTREGA PARA LOS DESAFÍOS DE LOS TIEMPOS ACTUALES

Dra. Izkia Siches Pastén
Presidenta
Colegio Médico de Chile A.G.

Cuando en el año 2019 UDELAM presentó una nueva versión del cuadernillo para dirigentes gremiales, lo hizo sobre la base del aumento explosivo de la judicialización de la profesión médica desde distintos ámbitos, lo que implicaba un gran desafío para nuestras dirigencias de abordar los distintos tópicos que aquejan al ejercicio médico, y con ello la defensa gremial.

Hoy debemos entregar respuesta, tanto desde el Colegio como de la Fundación de Asistencia Legal, a múltiples consultas derivadas de los cambios que ha experimentado nuestra profesión, a través de un documento completo que permita a nuestros colegiados capacitarse y así tener una comprensión cabal del marco legal imperante.

Pero esta versión tiene un matiz distinto, pues con la reciente creación de la Unidad de Defensa Laboral (UDEL) y la generación a su vez de sus tres secretarías técnicas (la Unidad de Defensa Laboral Médica, de Defensa de Género y de la Medicina Privada), damos un paso más en la entrega de asesoría jurídica especializada. Este paso, necesario para dar respuesta a las exigencias actuales, se ve reflejado también en esta nueva versión del cuadernillo para dirigentes gremiales.

Estamos seguros de que esta nueva versión dará las herramientas necesarias para los desafíos diarios que tienen nuestras dirigencias en la protección, defensa y representación de nuestros colegiados y colegiadas.

Manual del Dirigente

Primera parte UDELAM

CAPÍTULO I.

Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Para adentrarnos en esta materia, es necesario tener presente dos disposiciones claves:

1) Artículo 112 del Código Sanitario, el que establece que:

> "sólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, entre otras, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones."

2) Artículo 113 inciso primero del Código sanitario, el que establece que:

> "se considera ejercicio ilegal de la profesión de médico-cirujano todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes o consultantes, en forma directa o indirecta, por personas que no están legalmente autorizadas para el ejercicio de la medicina."

Teniendo en consideración estas normas, queda explicarlas brevemente su sentido y alcance. La norma del Código Sanitario es clara, y establece este requisito obligatorio para el ejercicio de las profesiones, en este caso, de la medicina.

El alcance de las disposiciones del Código Sanitario es general, pues su artículo 1ć establece que "El Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes".

Por su parte, los artículos 112 y 113 del Código Sanitario hablan de "actividades propias de la medicina", el primero; y "ejercicio ilegal de la profesión de médico–cirujano", el segundo, en términos generales, no distinguiendo si el respectivo ejercicio se da en el sector público o privado.

Ahora bien, los preceptos antes anotados, como ya señalamos, tratan el asunto de manera transversal, haciendo exigible para el ejercicio de la medicina en Chile "tener el título otorgado conforme a la ley" y "estar, además, legalmente habilitado", lo cual, son requisitos copulativos, es decir, no puede entenderse el uno sin el otro.

¿Qué Significa Estar Legalmente Habilitado Para El Ejercicio De La Profesión?

1) Tratándose de médicos cirujanos, que hayan obtenido su título en la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado, se encuentran legalmente habilitados para el ejercicio de la profesión, sin que la ley, en estos casos, exija adicionalmente algún otro requisito para aquello.

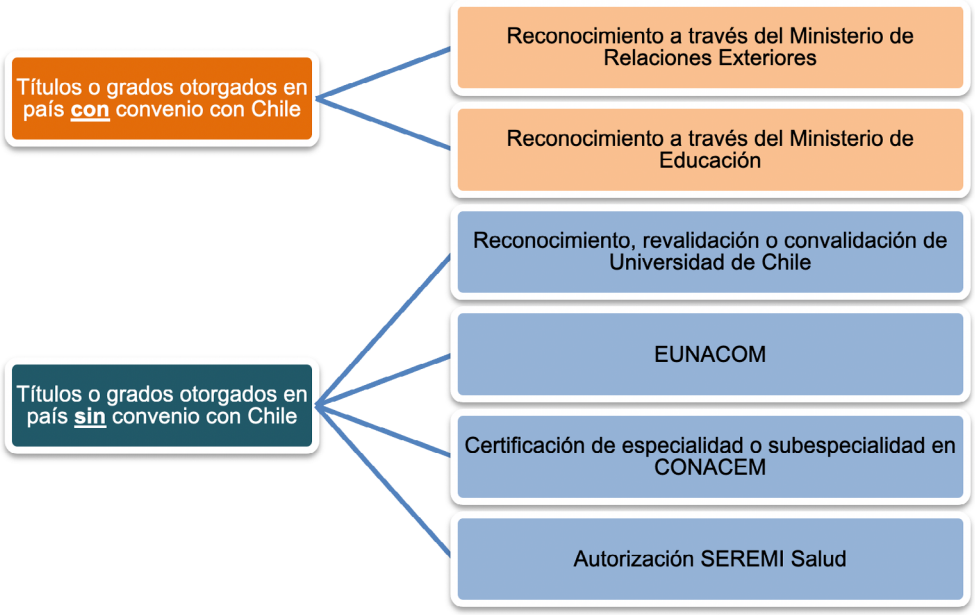
La Ley N°18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, otorga a las Universidades reconocidas la facultad de otorgar estos títulos habilitantes.

CAPÍTULO I.
Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

2) Ahora bien, el asunto se complejiza cuando nos encontramos ante médicos cirujanos cuyos títulos hayan sido otorgados en el extranjero.

Precisa señalar que, para que un título o grado obtenido en el extranjero, permita a quien o posee, ejercer libremente la profesión en Chile, debe contar con la validación de la autoridad competente que corresponda.

¿Cuáles Son Los Sistemas De Validación De Títulos Obtenidos En El Extranjero?



a) Para Todos Aquellos Títulos O Grados Que Han Sido Otorgados Por Algún País *Con* Convenio Con Chile:

a.1) Mediante un reconocimiento en el Ministerio de Relaciones Exteriores:

Se materializa, por la suscripción de Tratados Internacionales, tanto bilaterales, con Brasil, Colombia, Perú, Uruguay, España (sólo chilenos), así como Multilaterales, por la Convención de México de 1902.

a.1.1) Convención De México De 1902.

Se trata de la Convención sobre El Ejercicio de Profesiones Liberales (Segunda Conferencia Internacional Americana, 1901—1902). Allí se consigna, en su artículo 1°, que "los ciudadanos de cualquiera de las Repúblicas que suscriben la presente Convención, podrán ejercer libremente en el territorio de las otras, la profesión para la cual estuvieren habilitados con un diploma o título expedido por la autoridad competente en cada una de los países signatarios; con tal que dicho diploma o título cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, siempre que la ley

del país en que va a ejercerse la profesión no exija para su ejercicio la calidad de ciudadano".

Agrega el inciso segundo de esta disposición que, "los certificados de estudios preparatorios o superiores, expedidos en cualquiera de los países que celebran esta convención, en favor de los nacionales de uno de ellos, producirán en todos los demás países contratantes los mismos efectos que les atribuyere la ley de las Repúblicas de donde emanen, siempre que haya reciprocidad y no resulten ventajas superiores a las reconocidas por la legislación del país en que se quiera hacer uso de esos certificados".

Por su parte, el artículo 3° de dicha Convención señala que, "Cada una de las Partes Contratantes se reserva, sin embargo, el derecho de exigir a los ciudadanos de las otras, que presenten diplomas o títulos de Médico o cualquiera otra profesión relacionada con la cirugía y la medicina, incluyéndose también la de farmacéutico, que se sometan a un previo examen general sobre los ramos de la profesión que acredita el título o diploma respectivo, en la forma que cada gobierno determine."

La mentada Convención fue suscrita por los Presidentes de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, Estados Unidos Mexicanos, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tratado se encuentra vigente sólo entre Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y Chile.

a.2) Tratados Bilaterales. Reconocimiento ante el Ministerio de Educación.

a.2.1. Acuerdo De Reconocimiento De Títulos Profesionales Y Licenciaturas Y Títulos De Grado Universitarios Entre La República De Chile Y La República De Argentina, Del 27 De Enero De 2011.

Allí se establece que, para los efectos de ese Acuerdo, se entenderá por reconocimiento la validez oficial otorgada: "en la República de Chile, a los títulos de grado universitario obtenidos en universidades argentinas reconocidas oficialmente y de carreras acreditadas por seis años o por al menos dos períodos de tres años por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU)".

Se señala que, el Ministerio de Educación de la República de Chile y el Ministerio de Educación de la República de Argentina serán los órganos oficiales de aplicación del acuerdo, con competencias para establecer pautas y ajustes.

Ahora bien, las partes del Acuerdo, reconocen y conceden validez a los títulos profesionales y licenciaturas y títulos de grado universitario, otorgados por Universidades autorizadas y reconocidas oficialmente por el Gobierno del país emisor, a través de los respectivos órganos oficiales (MINEDUC).

CAPÍTULO I.
Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

El reconocimiento, procede siempre que dichos títulos y grados universitarios hayan sido otorgados por universidades reconocidas o acreditadas institucionalmente, y corresponden a carreras acreditadas, por cuatro años en Argentina y tres años en Chile, por las respectivas agencias u órganos de acreditación.

En cuanto a los efectos de este reconocimiento, en virtud del Acuerdo en comento, serán los que cada Parte confiera a sus propios títulos oficiales. Por lo tanto, para aquellos títulos profesionales, licenciaturas y títulos de grado universitario que estén vinculados al ejercicio de profesiones reguladas, será necesario, además, cumplir con las reglamentaciones que cada Parte impone a sus nacionales, de acuerdo con las normas legales vigentes para cada profesión. Sin embargo, y para asegurar un trato no discriminatorio, dichas normas no pueden exigir requisitos mayores a los titulados en universidades de la otra Parte, que a los titulados en las propias universidades. Dichas exigencias, sólo podrán basarse en criterios objetivos y transparentes.

a.2.2. Convenio De Reconocimiento Mutuo De Títulos Profesionales Y Grados Académicos De Educación Superior Entre La República De Chile Y La República Del Ecuador.

En la República de Chile, a los títulos de grado y postgrado de maestría y doctorado, obtenidos en las Universidades y escuelas politécnicas ecuatorianas, categorizadas como A y B por la entidad encargada de la Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior en el Ecuador, correspondientes a carreras y programas acreditados.

En este caso, precisa señalar que, estarán a cargo de la aplicación de este convenio, los órganos oficiales de los Estados Parte. En el caso del Gobierno de Chile, el Ministerio de Educación de la República de Chile.

Las Partes reconocerán y concederán validez a los títulos profesionales y licenciaturas terminales.

El reconocimiento de títulos profesionales y licenciaturas terminales, títulos de grado y los postgrados de maestría y doctorado, en virtud del presente Convenio, producirá los efectos que cada Parte confiera a sus propios títulos oficiales.

Por lo tanto, para aquellos títulos que están vinculados el ejercicio profesional regulado, será necesario el cumplimiento de las exigencias que las normas legales vigentes que cada Estado impone a los titulados de sus universidades y escuelas politécnicas.

No obstante, lo anterior y para asegurar un trato no discriminatorio, dichas normas no podrán exigir requisitos mayores a los titulados en universidades y escuelas de la otra Parte, que a los titulados de sus propias universidades. Dichas exigencias, sólo podrán basarse en criterios objetivos y transparentes.

a.2.3. Otros Tratados Bilaterales.

Asimismo, en pos a los mismos principios consagrados en los Tratados Bilaterales expuestos precedentemente, existen Acuerdos entre Chile y Brasil, Colombia, Perú, Uruguay y España, en cuanto, se reconoce expresamente validez a los títulos profesionales en Chile, otorgados en esos países foráneos, imbuidos del principio de reciprocidad, por cuanto, en nuestro país, los títulos otorgados en las mencionadas Naciones, tienen el mismo valor que los otorgados por Universidades chilenas (reconocidas), siempre y cuando, se cumplan los requisitos de acreditación instaurados en casa Estado Parte.

b) Para Todos Aquellos Títulos O Grados Que Han Sido Otorgados Por Algún País Con El Cual, Chile No Cuenta Con Convenio O Tratado.

b.1) Universidad de Chile.

A contrario sensu, nuestro país no cuenta con Tratados celebrados con todos los países del mundo, para reconocer recíprocamente los títulos profesionales. En ese entendido, ante la ausencia de la normativa de Derecho Internacional Público, debemos remitirnos a las normas generales que regulan la materia dentro del país.

En efecto, necesario es considerar que, si el título profesional ha sido otorgado por instituciones de educación superior de países no vinculados al nuestro por convenios o tratados, corresponde a la Universidad de Chile pronunciarse académicamente sobre las solicitudes individualmente presentadas y conceder, si procede, el reconocimiento, la revalidación o la convalidación—según sea el caso—de acuerdo a su normativa vigente.[1]

Al efecto, es menester considerar que, el Decreto con Fuerza de Ley N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación, aprobatorio del Estatuto de la Universidad de Chile, establece en su artículo 3° que:

> "A la Universidad de Chile le corresponde la atribución privativa y excluyente de reconocer, revalidar y convalidar títulos profesionales obtenidos en el extranjero, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales".

1 Valdebenito Galindo Rubén, "Responsabilidad de la Universidad de Chile en la Revalidación y Reconocimiento de Títulos Profesionales y Grados Académicos Obtenidos en el Extranjero", en Reconocimiento y Convalidación de Estudios Superiores y títulos Profesionales en América Latina y el Caribe, del Centro Interuniversitario de Desarrollo—CINDA, Santiago de Chile, 1998, pág. 165.

CAPÍTULO I.
Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Agrega el inciso segundo de la mentada disposición que:

> "También le compete pronunciarse sobre convenios o tratados internacionales relativos a la educación superior que el gobierno de Chile tenga interés en suscribir con otros gobiernos o entidades internacionales y extranjeras".

La fuente legal de esta Facultad que tiene esta Universidad Estatal, la encontramos en Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Educación N° 153 del 11 de septiembre de 1981 y publicado en el Diario Oficial de 19 de enero de 1982. Por este DFL se aprobó el "Estatuto de la Universidad de Chile", actualmente vigente y que, como se ha señalado, prescribe en su Artículo 3°:

> "A la Universidad de Chile le corresponde la atribución privativa y excluyente de reconocer, revalidar y convalidar títulos profesionales obtenidos en el extranjero, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales".
>
> "También le compete pronunciarse sobre convenios o tratados internacionales relativos a la educación superior que el gobierno de Chile tenga interés en suscribir con otros gobiernos o entidades internacionales y extranjeras".

Esta disposición reitera y consolida la atribución históricamente delegada en la Universidad de Chile desde, prácticamente, su creación. Dadas las modificaciones y nuevas orientaciones sufridas por la educación superior en el país, se reformularon las normas reglamentarias sobre estas materias, a través del D.U. N° 006895 del 22 de octubre de 1993.

Distinción Evidente Entre Títulos Otorgados En Chile, En Países Extranjeros Con Los Que Existe Convenios O Acuerdos Internacionales Y En Países Foráneos Con Los Que No Existen Acuerdos, Tratados O Convenios Vigentes.

Como hemos podido observar, de acuerdo a la legislación vigente, es posible establecer, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 112 y 113 del Código Sanitario:

I. Que, conforme a nuestra Legislación vigente, si el título es otorgado por una Universidad chilena, sea la de Chile u otra reconocida por el Estado, el profesional se encontrará legalmente habilitado para el ejercicio de la profesión de médico cirujano;

i. Que, si existe tratado internacional, acuerdo o convenio, vigentes, que así lo establezca expresamente, con países extranjeros, esos títulos profesionales, se entienden reconocidos por Chile y, previos requisitos de trámites administrativos,

descritos en los diversos tratados, dichos profesionales se encontrarán también legalmente habilitados para ejercer la medicina en territorio nacional.

i. Que, al no existir un Tratado que rija la materia, y de acuerdo a la legislación vigente, para que el profesional que obtenga su título en el país extranjero, sin una relación entre Estados que se refiera al asunto, debe ser aplicada la legislación nacional que, se encuentra plenamente en vigor y, en consecuencia, conforme a lo estudiado, ese profesional, debe necesariamente someterse al proceso de reválida de la Universidad de Chile, con el fin de poder ejercer legalmente la medicina en Chile.

b.2) EUNACOM Como Medio Para Revalidar El Título De Médico Cirujano En Chile.

Con la promulgación de la Ley Nć 20.261, los médicos-cirujanos, con títulos otorgados por universidades de países que no tengan con Chile convenios de reconocimiento de títulos, tendrán dos opciones para ejercer válidamente la profesión en el país:

a) Rendir y aprobar el examen de reválida en la Universidad de Chile, conforme al procedimiento señalado en el acápite A) precedente, o

b) Rendir y aprobar, con, al menos, la puntuación mínima que exige el Reglamento de la ley Nć 20.261, el Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina.

Esta prueba es diseñada y administrada por la asociación que reúna el mayor número de escuelas de medicina, con al menos una generación de graduados y acreditadas; en la práctica y actualmente es la ASOFAMECH.

Los parámetros y requisitos generales de este examen se encuentran reglamentados por el Ministerio de Salud.

El inciso segundo, del artículo 1ć, de la citada ley, previene: “Se entenderá que los profesionales que aprueben el examen único nacional de conocimientos de medicina, habrán revalidado automáticamente el título profesional de médico-cirujano, sin necesidad de cumplir otro requisito para este efecto”.

Este examen no sólo es una vía para obtener la reválida, es además requisito para que los facultativos chilenos o extranjeros puedan ingresar a cargos de médico-cirujano en los Servicios de Salud, en los establecimientos experimentales y en los establecimientos de atención primaria.

CAPÍTULO I.
Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Igualmente, es requisito para otorgar las prestaciones de salud a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, en la modalidad de libre elección.

Asimismo, el artículo 2ć de la ley N° 20.261 señala que, para postular a programas de perfeccionamiento, de postítulo, de postgrado conducentes a la obtención de un grado académico y de especializaciones o subespecializaciones, financiados por los órganos de la Administración del Estado o que se desarrollen total o parcialmente en establecimientos de salud dependientes de dichos órganos, los médicos cirujanos deberán haber obtenido, a lo menos, la puntuación mínima que establezca el reglamento respecto del examen señalado precedentemente.

En consecuencia, la entrada en vigencia de la Ley Nć 20.261, obliga a todo médico titulado (o revalidado) después del 20 de abril de 2009 a obtener un puntaje mínimo en el examen para postular a cargos médicos financiados por el estado.

Atendido el doble efecto de este examen, por un lado, constituye una alternativa para obtener la reválida y a su vez, habilita para ingresar como médico funcionario en los servicios de salud, hospitales experimentales, consultorios de atención primaria, trabajar bajo la modalidad de libre elección de Fonasa y postular a becas de especialización financiadas por el Estado, no cabe duda que será el único medio que utilizarán los médicos extranjeros, sin convenio, para obtener la reválida.

De lo contrario, y para lograr ambos objetivos, los postulantes deberían rendir y aprobar el examen de reválida ante la Universidad de Chile y rendir y aprobar el examen único nacional de conocimientos de medicina.

Con todo, la Contraloría General de la República, en Dictamen N° N° 39.696, de 24 de junio de 2011, señaló que el efecto "revalidante" del EUNACOM no se extiende a cualquier empleo o actividad propia del ejercicio profesional, fuera de los casos que la ley N° 20.261 establece. En armonía con ello, fue necesario dictar una ley –N° 20.816- para autorizar a los médicos cirujanos titulados en el extranjero que hayan aprobado el EUNACOM, para ser contratados en las Subsecretarías del Ministerio de Salud y en el Instituto de Salud Pública, en cargos y funciones médico administrativas o de contraloría médica.

Para el caso del ejercicio en el sector privado, y a consecuencia de lo resuelto por Contraloría, las leyes de presupuesto correspondientes a los años 2018 y 2019 incorporaron una glosa que establece que "los profesionales que aprueben o hubiesen aprobado el examen único nacional de conocimientos de medicina, habrán revalidado automáticamente su título profesional de médico cirujano, sin necesitar cumplir ningún otro requisito para este efecto".
Así las cosas, la aprobación del EUNACOM habilitará a los profesionales para ejercer la profesión tanto en el sistema público de salud, así como el sector privado. La aprobación del examen antedicho, eximirá los profesionales de la obligación de realizar el procedimiento de reconocimiento, revalidación o convalidación de títulos profesionales obtenidos en el extranjero ante la Universidad de Chile.

Por último, conviene destacar que:

> En el Proyecto de Ley de Presupuesto 2020, en la PARTIDA 16, CAPÍTULO 11, PROGRAMA 01, GLOSA 7, se establece que: "Según lo dispuesto en la Ley N° 20.261, los profesionales que aprueben o hubiesen aprobado el examen único nacional de conocimientos de medicina, habrán revalidado automáticamente su título profesional de médico cirujano, sin necesitar cumplir ningún otro requisito para este efecto. La aprobación de dicho examen habilitará a los profesionales para ejercer la profesión, tanto en el sistema público de salud, así como el sector privado.
>
> La aprobación del examen antedicho, eximirá los profesionales de la obligación de realizar el procedimiento de revalidación señalado en el Artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 2007, del Ministerio de Educación."

b.3) Revalidación De Título De Médico Cirujano A Través De La Certificación De Especialidad O Subespecialidad En CONACEM.

La ley N° 20.985 introdujo un nuevo artículo 2° bis en la ley N° 20.261, que creó el EUNACOM, cuyo tenor es el siguiente:

> "El examen único nacional de conocimientos de medicina a que se refiere el artículo 1 de esta ley no será exigible a médicos cirujanos que hayan obtenido la certificación de su respectiva especialidad o subespecialidad de conformidad con las normas establecidas en el número 13 del artículo 4° del decreto con fuerza ley Nć 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nć 2.763, de 1979, y de las leyes Nć18.933 y Nć 18.469.
>
> Las entidades certificadoras autorizadas por el Ministerio de Salud, en virtud del citado artículo 4, podrán certificar la especialidad o subespecialidad de quienes hayan obtenido su título profesional de médico cirujano en el extranjero, que no se encuentren habilitados para ejercer su profesión en Chile y que no cuenten con el examen único nacional de conocimientos de medicina. A los médicos que, encontrándose en estas circunstancias, obtengan la certificación de su especialidad o subespecialidad tampoco les será exigible el examen. Con todo, el ejercicio de su profesión quedará limitado al de la especialidad o subespecialidad que le fuere certificada, y sólo para el sector público".

Por consiguiente, aquellos profesionales especialistas, que hayan obtenido su título de médico en el extranjero y que no se encuentren habilitados para ejercer la profesión en Chile, podrán concurrir a CONACEM para obtener la certificación de su

especialidad, y, en caso de obtener la referida certificación, quedarán habilitados para ejercer la profesión en Chile con 2 limitaciones: i) sólo podrán ejercer la respectiva especialidad o subespecialidad, y ii) sólo podrán ejercerla en el sector público.

El inciso primero de la referida norma señala, además, que los médicos habilitados para ejercer la profesión en Chile que certifiquen su respectiva especialidad o subespecialidad, no requieren aprobar el EUNACOM para los fines que la ley N° 20.261 establece.

b.4) Facultad Otorgada A Los Seremi Por El Inciso Final Del Artículo 112 Del Código Sanitario

El referido artículo, después de señalar quiénes pueden desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, indica en su inciso final lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el inciso primero, con la autorización del Director General de Salud podrán desempeñarse como médicos, dentistas, químico-farmacéuticos o matronas en barcos, islas o lugares apartados, aquellas personas que acreditaren título profesional otorgado en el extranjero".

Esta facultad se encuentra actualmente radicada en los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud.

En virtud de la facultad excepcional otorgada a la autoridad sanitaria por esta norma, se suelen burlar las disposiciones sobre revalidación de títulos consignadas en los acápites anteriores a través de esta vía.

A este respecto, la Contraloría General de la República (Dictamen N° 83.399, de 2013; 99.791, de 2014; y 12.393, de 2016), ha señalado que en casos de escasez de médicos, cuando ello sea imprescindible en orden a asegurar la entrega de las prestaciones de salud, es admisible que se recurra transitoriamente a la contratación de profesionales que no hayan rendido y aprobado el EUNACOM, considerando el principio de servicialidad de la Administración contemplado en el artículo 1° de la Constitución Política. Sin embargo, agrega que cabe precisar que lo antes expresado no obsta a que el Ministerio adopte las medidas tendientes a procurar que, en la oportunidad en que ello sea posible, se regularice la situación de dichos médicos.

Por tal motivo, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, mediante Ord. N° 4807, de 14 de noviembre de 2018, atendido el evidente desorden que ha existido en cuanto al otorgamiento de estas autorizaciones para ejercer la medicina a profesionales que no se encuentran habilitados para ello en nuestro país, estimó necesario impartir una serie de orientaciones e instrucciones, indicando que, en los casos que por necesidad extrema de dar continuidad a los servicios, se requiera contratar algún médico que no tenga su EUNACOM aprobado, para una zona urbana o que no reúna las condiciones descritas en el inciso final del artículo 112 del Código Sanitario -islas,

barcos y lugares apartados-, la autoridad facultada para contratar, deberá acreditar fehacientemente los fundamentos legales y fácticos que sustentan la decisión de contratar, tales como:

1. citar en la resolución de contratación los actos administrativos y demás documentos que den cuenta de la realización efectiva de concursos públicos de médicos cirujanos, que reúnan las condiciones legales para desempeñar la profesión y que se hayan declarado desiertos por falta de interesados o de candidatos idóneos;

2. fundar la brecha del recurso humano médico, a través de un informe técnico emitido por la Subdirección Médica o de Gestión Asistencial del respectivo Servicio de Salud o establecimiento autogestionado, cuando corresponda;

3. la mencionada contratación debe ser eminentemente transitoria, no pudiendo exceder de seis meses, y sólo excepcionalmente, si la necesidad o escasez continúa, podrá prorrogarse fundadamente por otros tres meses; d) requerir al interesado, en el caso de ser procedente, un certificado que acredite la inscripción actual, el número de inscripciones previas, y la rendición efectiva del EUNACOM en oportunidades anteriores (si procede), con los respectivos puntajes obtenidos;

4. exigir la totalidad de los documentos que acrediten su formación profesional en el extranjero, debidamente legalizados, en conformidad a la normativa vigente; f) requerir la documentación que acredite el cumplimiento de la normativa sobre permanencia o residencia en Chile, en conformidad a las normas sobre extranjería.

c) Sistema especial establecido por la Ley N^{0} 19.074 para el reconocimiento de títulos y grados obtenidos en el extranjero por personas que salieron del país antes del 11 de marzo de 1990, por razones de fuerza mayor, y que retornaron a Chile.

Los títulos y los grados obtenidos en las circunstancias antes señalados, serán legalmente habilitantes para el ejercicio profesional de sus titulares en Chile.

El reconocimiento para el ejercicio profesional a los titulares de grados académicos y títulos profesionales y técnicos señalados era otorgado por una Comisión Especial que se creó para tales efectos, y que se pronunciaba sobre los casos que debía presentar la Oficina Nacional de Retorno.

Las personas que deseaban acogerse a los beneficios de esta ley, debían presentar una solicitud, acompañando diversos antecedentes, en la Oficina Nacional de Retorno, que debía informar a la Comisión Especial señalada.

CAPÍTULO I.
Requisitos legales para el ejercicio de la medicina en Chile y revalidación del título de médico cirujano obtenido en el extranjero.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Fuera de la Región Metropolitana las solicitudes de reconocimiento podían ser presentadas en la Secretaría Regional Ministerial de Educación, la que sólo actuaba como receptora y debía hacer entrega de las mismas a la Oficina Nacional de Retorno, en un plazo de 10 días contado desde la fecha de recepción.

La Comisión Especial sólo podía otorgar el reconocimiento para el ejercicio profesional a los titulares de grados académicos, títulos profesionales o técnicos, que hubieren cumplido con las exigencias que ella determinaba, las que podían ser de orden académico y no académico.

La Comisión Especial, para otorgar el reconocimiento, podía disponer que se realizaran ciclos de estudios, trabajos prácticos o se rindieran las pruebas académicas que estimase convenientes, en la Universidad de Chile, de acuerdo con los estatutos de ésta y con su consentimiento.

En los casos en que la Universidad de Chile no impartía los estudios correspondientes a las profesiones que se solicitaba reconocer, o no podía atender dichas solicitudes, la Comisión Especial podía acordar que las pruebas académicas se realizaran en otros establecimientos de educación superior, con su consentimiento.

Finalmente, la Ley Nć 19.074 estableció que los beneficios sólo podían recabarse hasta el 1ć de marzo de 1994.

CAPÍTULO II.

Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Es esencial considerar en este capítulo, un panorama general sobre la normativa, tanto pública como privada del ejercicio de la medicina y las relaciones jurídicas existentes entre los profesionales antes mencionados y sus respectivos empleadores. De esa forma, nos centraremos primeramente en el estudio de aquellos que tengan una relación con el empleador estatal y, luego, con el sector privado.

A. Estatutos Jurídicos Que Rigen Las Relaciones Funcionariales De Los Médicos En Chile (Empleador Estatal).

Al momento de egresar, el médico cirujano que comienza su vida laboral o de funcionario público, se ve enfrentado a una realidad compleja, en donde, existe una gran cantidad de conceptos y diversas formas en las que se puede ver relacionado con su futuro empleador.

Desde ese punto de vista, puede optar, en primer lugar, por desempeñarse en el sistema público de salud, ya sea a nivel de Servicio de Salud, Carabineros de Chile, las Fuerzas Armadas, ya sea a nivel municipal. Sin perjuicio de que se desarrollará exhaustivamente, acá se mencionarán los diversos estatutos por los que el médico puede ejercer su profesión:

I. Funcionarios Públicos: Profesionales Funcionarios Del Sistema Nacional De Servicios De Salud

Las normas que es necesario tener en consideración en el ejercicio profesional en el sector público, son las siguientes:

a) Constitución Política de la República de Chile:

En el esquema recientemente expuesto, observamos que estos funcionarios públicos, se rigen primordialmente, como todos los individuos, por nuestra Constitución Política, por cuanto, el artículo 6° del mencionado Texto indica:

"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

CAPÍTULO II.
Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

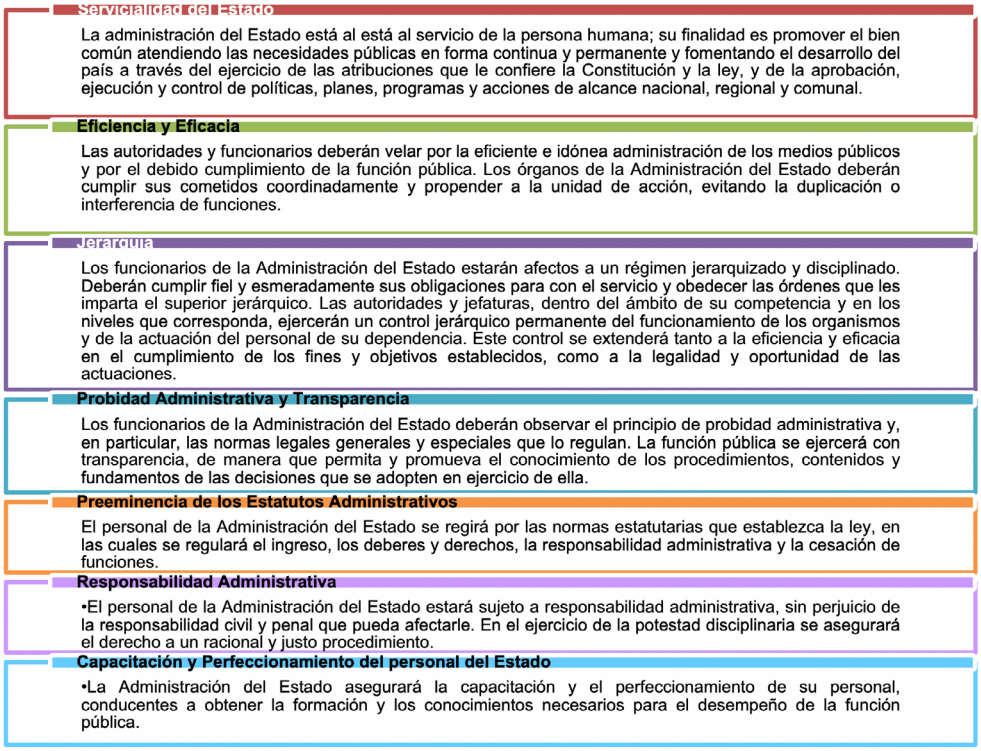
La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley."

Pues bien, los órganos del Estado se constituyen de personas que debidamente investidas e incorporadas a una institución pública, actúan en nombre de aquél, atribuyéndole o imputándole lo obrado o no por ellos, tal como si el Estado mismo lo hubiere hecho. Órganos son, en tal sentido y con carácter general, las autoridades y funcionarios públicos.

De esta forma, los médicos cirujanos que se incorporan a la administración del Estado, sin excepción, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Aquí se encuentra el principio de primacía o supremacía constitucional, o sea, la cualidad de Ley Suprema que singulariza a la Constitución en su forma y fondo. Por este principio, la Carta Fundamental convierte en obligatorios sus valores, principios y normas, tanto para las autoridades públicos como para todos los habitantes y ciudadanos, y lo hace directamente, es decir, sin que sea necesario que medie entre la Constitución y las personas otra norma jurídica que desarrolle y haga imperativo obedecer a sus disposiciones.

b) Ley 18.575, Orgánica Constitucional Bases Generales de la Administración del

Estado Aplica como norma general, consagrando los siguientes elementos:



c) Ley 15.076 Estatuto Para Los Medico-Cirujanos, Farmacéuticos O Químico Farmacéuticos, Bioquímicos Y Cirujanos Dentistas, texto refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N°1, de 2001, del Ministerio de Salud.

Como vimos anteriormente, los Estatutos especiales son los que regulan la relación entre los médicos cirujanos y el Estado. Así las cosas, por especialidad, existe este texto legal destinado, entre otros, a los profesionales que nos ocupan, en donde se regulan materias tales como:

i. El ingreso de los profesionales funcionarios a la planta del servicio público como titular;

ii. Normas especiales sobre remuneraciones;

iii. Horario de trabajo e incompatibilidades;

iv. Calificaciones de los funcionarios;

v. Feriados, licencias y permisos;

vi. Reemplazos, comisiones y traslados;

vii. Otorgamiento de Becas;

viii. Liberación de guardia nocturna.

CAPÍTULO II.
Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Las disposiciones de esta ley, deben ser complementadas con su Reglamento, el Decreto Supremo N°110, de 1963, del Ministerio de Salud, y respecto al beneficio de liberación de guardia nocturna, con la Ley N°19.230.

Con la dictación de la ley N°19.664, se regularon la carrera funcionaria, remuneraciones y capacitaciones, para los cargos diurnos de 11, 22, 33 y 44 horas, siendo dicho cuerpo legal el que rige esos aspectos específicos para esos cargos.

d) Ley 19.664 Establece Normas Especiales Para Profesionales Funcionarios Que Indica De Los Servicios De Salud Y Modifica La Ley Nº 15.076

1. Se aplica a los médicos que se desempeñan cargos de 11, 22, 33 y 44 horas en los Servicios de Salud.
2. Es una ley modificatoria, por cuanto sólo rige en los casos especiales que indica.
3. En lo no previsto en ella, sigue vigente la ley 15.076.

Esta ley que se aplica sólo a los cargos diurnos indicados, regula la carrera funcionaria, separando la misma en dos grandes etapas:

a. Etapa de Destinación y Formación; y

b. Etapa de Planta Superior.

Además, regula el acceso a dicha carrera funcionaria, el ingreso a programas de especialización y subespecialización.

Asimismo, establece normas especiales sobre remuneraciones y asignaciones y el procedimiento de acreditación al que se tienen que someter los médicos para ir avanzando en los distintos niveles de la mentada carrera.

e) Ley 18.834, Estatuto Administrativo.

Como norma supletoria, es decir, rige en lo que no se observe en las dos leyes anteriores, es decir, lo que no está regulado en la ley 19.664, se debe regir por la ley 15.076 y, en el evento de que esta última no observe la solución para una determinada situación, debe buscarse ésta en el Estatuto Administrativo.

f) Código del Trabajo

También se ha constituido como una norma general que podría resolver conflictos jurídicos, de forma supletoria, es decir, cuando la solución no se encuentre prevista en los textos legales que hemos mencionado precedentemente.

CAPÍTULO II.
Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

II. Funcionarios De La Atención Primaria De Salud Municipal (Aps Municipal)

Sobre el particular, nos remitiremos a lo indicado en el acápite anterior, sobre la aplicación de la Constitución y la Ley N°18.575 y el Código del Trabajo.

Sí nos detendremos, en lo que nos interesa, que es la ley 19.378 que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, regulando los siguientes aspectos:

a. Normas Generales del Régimen Laboral de la APS municipal;

b. Dotación y Jornada de Trabajo;

c. Remuneraciones;

d. De la carrera de los funcionarios de la salud del sector municipal que se desempeñen en APS;

e. Misiones de estudio;

f. Obligaciones Funcionarias;

g. Calificaciones;

h. Término de la Relación Laboral.

Se hace aplicable el Decreto 2296 de 2007, del Ministerio de Salud que es el Reglamento de la ley 19.378.

Además, en lo que no se prevea en la referida normativa legal, deberá aplicarse supletoriamente:

a. La Ley 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales;

b. La ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

III. Profesionales De La Fuerzas Armadas.

Sobre el particular, nos remitiremos a lo indicado en el acápite anterior, sobre la aplicación de la Constitución y la Ley N°18.575 y el Código del Trabajo.

CAPÍTULO II.
Líneas generales sobre trabajo del médico. Opciones de desempeño, normativa aplicable.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

- DFL N°1, DE 1997, del Ministerio del Interior, ESTABLECE ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.

El Estatuto contiene las disposiciones que regulan la vinculación jurídica entre el Estado y el personal de las Fuerzas Armadas, desde el ingreso a estas Instituciones hasta el término de su carrera profesional. Asimismo, rige las relaciones entre el Estado y otras categorías de servidores que se desempeñen en estas Instituciones.

- En lo no previsto en el Estatuto Especial, rige la ley 15.076 y, luego, la ley 18.834.

IV. Profesionales De Carabineros De Chile.

También nos remitiremos a lo señalado respecto a la Constitución Política, de la República de Chile, Ley 18.575 y el Código del Trabajo. Además, a los profesionales que se desempeñen en esta institución, le son aplicables las siguientes leyes:

- Ley 18.961 que fija la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

- Decreto 412, de 2019 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. Se faculta a la Dirección General de Carabineros para contratar médicos y dentistas, por horas de trabajo, conforme a las prescripciones de la ley 15.076, de 1967, cuando las necesidades del servicio lo requieran, siempre que la Ley de Presupuestos consulte fondos para ello. Igualmente, se la faculta para contratar con cargo a los mismos fondos, en forma temporal y por un plazo máximo de seis meses, a profesionales afectos a la mencionada ley, en caso de ausencias de los titulares de Carabineros, motivadas por feriados, licencias, permisos o reposo preventivo. Estas contrataciones no producirán incompatibilidades. Los profesionales contratados en virtud de este artículo no integrarán la planta institucional.

- Personal contratado por Resolución (CPR) aquel que desempeñe funciones en Carabineros de Chile, en forma transitoria, sin constituir escalafones ni ocupar plazas de la planta institucional fijada por Ley N°18.291 y sus modificaciones, por el lapso o periodo que la resolución respectiva determine o mientras sean necesarias sus funciones, pudiendo durar como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año. Se hace presente que, este personal no se encuentra afecto a las disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria, salvo en lo que dice relación con las normas sobre protección de la maternidad reguladas en dicho cuerpo legal.

- Asimismo, en conformidad al artículo 10 del D.F.L. (I)N°2, de 1968, la Dirección de General de Carabineros, puede contratar médicos y dentistas por horas de trabajo, conforme a las prescripciones de la ley N°15.076, con fondos de la Ley de Presupuestos.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

V. Médicos Contratados Bajo El Régimen Del Código Del Trabajo.

Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por ese Código y por sus leyes complementarias. En un siguiente capítulo se desarrollará en detalle esta particular situación.

1. Generalidades.

La función pública *se puede conceptualizar como la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración del Estado para poner en funcionamiento el servicio público.*

Su importancia queda demostrada por los efectos básicos que ella produce, a saber, posibilita el funcionamiento de los servicios públicos y, al funcionar estos últimos, se permite la satisfacción de las necesidades públicas de la comunidad, con lo cual, se logra que el Estado cumpla sus cometidos en procurar el bien común.

La función pública que incumbe ejercer a cada autoridad está delimitada por dos principios: el principio de legalidad y el principio de la competencia consagrados en los artículos 6ć y 7ć de la Constitución Política de la República y artículo 2ć de la ley Nć 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado.

En virtud del primero, la autoridad administrativa sólo puede disponer o realizar aquello que le es previa y expresamente permitido por la ley, adoleciendo de nulidad todo acto en contrario y el segundo, se remite a la esfera de acción o poderes jurídicos que la ley asigna a los órganos administrativos.

En consecuencia, la función pública desde el punto de vista de su ámbito se caracteriza porque la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano del servicio público debe realizarse dentro de un actuar conforme a derecho e inserto en la órbita o esfera de atribuciones prefijadas a quienes las ejercen.

Por su parte, la función pública *en cuanto a su ejercicio,* implica que ésta impone a quién la ejecuta el deber estatutario de dedicación al cargo. A su vez dicho deber impone al servidor público obligaciones precisas y determinadas indispensables para que la función pública sea eficiente y eficaz. La ley Nć 18.834 contempla como tales las siguientes: i) ejercer la función pública en forma permanente, regular y continua; ii) ejercer la función pública en forma fiel, guardando secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados y iii) ejercer la función pública en forma esmerada y eficiente.

2. Naturaleza del vínculo que une al Estado con el funcionario.

Es un vínculo estatutario, lo que a su vez, significa que es un vínculo legal y de derecho público.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Que sea legal significa que encuentra su origen en la ley y no en un convenio celebrado entre la administración y los funcionarios. Por su parte, que sea de derecho público significa que en su establecimiento y regulación predomina el interés general orientado al bien común por sobre el interés particular del funcionario.

3. Consecuencias que derivan del hecho de que el vínculo que une al Estado con el funcionario sea de carácter estatutario.

Hace que las normas que regulan la actividad de los funcionarios públicos presenten las siguientes características especiales:

a) Son generales e impersonales: Que sean generales significa que la autoridad las establece a priori, es decir antes del ingreso del funcionario al servicio público y que sean impersonales significa que la autoridad elabora las normas estatutarias en forma indiscriminada, sin hacer distingos fundados en razones personales de los funcionarios a quienes se aplican

b) Son obligatorias: Lo que significa que al momento de su ingreso, al funcionario sólo le queda la posibilidad de acatar y aceptar las normas estatutarias preestablecidas por la autoridad. El funcionario no puede discutirlas ni exigir que se modifiquen a su respecto.

4. Requisito normativo para el ejercicio de la función pública: existencia de un estatuto administrativo.

Para que la función pública o actividad que desarrolla la dotación o agentes del Estado, por una parte, no sea arbitraria y, por la otra, cumpla con las características y produzca los efectos que se han señalado, es necesario que se realice dentro de un marco preestablecido de normas, lo que origina la necesidad de que exista un cuerpo armónico de disposiciones que en general se individualiza con el nombre genérico de Estatuto Administrativo. Dicho cuerpo de normas debe regular a lo menos los siguientes aspectos:

a. el ingreso o reclutamiento de los funcionarios públicos,

b. sus derechos,

c. sus deberes,

d. sus responsabilidades,

e. el cese o expiración de sus funciones, y

f. Responsabilidad Administrativa.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

En consecuencia, de modo genérico se puede señalar que el Estatuto Administrativo es *"El conjunto de normas legalmente establecidas las cuales vienen a regular las diferentes circunstancias por las que atraviesa una persona como funcionario de la administración pública, en particular su ingreso, carrera funcionaria, sus derechos y deberes, cese de los funcionarios del Estado y Responsabilidad Administrativa."*

5. Naturaleza jurídica del vínculo entre el funcionario y la administración:

Existen tres postulados:

1. Si este vínculo tiene el carácter de un contrato de trabajo: No, no es un contrato de trabajo ya que no hay dos partes contratantes en pie de igualdad (no hay contrato de adhesión).

2. Si es un contrato de derecho público: Tampoco es un contrato de derecho público (falta el acuerdo de voluntades).

3. Si será un vínculo unilateral y potestativo de derecho público: Esta es la posición correcta y aceptable.

En doctrina se denomina "vínculo estatutario". Esto en razón que el Estado a través de la acción legislativa está fijando un sistema legal que va a regir al funcionario y es el Estado el que resuelve en forma unilateral incorporar a los cuadros de la administración (escalafones) a una persona.

6. Principios que imperan en el régimen estatutario de la función pública.

La ley Nć 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, concreta el mandato constitucional dado en el artículo 38ć de nuestra carta fundamental, estableciendo una serie de principios rectores de la administración, que constituyen las bases del sistema chileno. Los principales principios estatutarios que recoge la ley Nć 18.575, son los siguientes:

0.1. ***Principio de Jerarquía:*** En términos generales se entiende por jerarquía la relación de superior a inferior que existe entre órganos y funcionarios. La jerarquía puede presentar dos aspectos, orgánica y funcionaria.

0.1.1. Jerarquía Orgánica: es la relación de superior a inferior que se origina entre órganos de la administración del Estado. En nuestro ordenamiento esta clase de jerarquía fluye de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y de los artículos 1, 19, 25 y 26 de la ley 18.575, con arreglo a los cuales, la jerarquía orgánica es dable distinguir una relación de dependencia o de supervigilancia según los casos:

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

0.1.1.0.1. Como vínculo de dependencia: es la que surge de la relación entre el órgano denominado Presidente de la República y los servicios públicos centralizados.

0.1.1.0.2. Como vínculo de supervigilancia o tutela: es la que surge de la relación entre el Presidente de la República y los servicios públicos descentralizados, ejerciéndose dicha tutela o supervigilancia a través del Ministerio respectivo.

0.1.2. **La Jerarquía Funcionaria**: es la relación de superior a inferior que se origina entre las autoridades y los servicios públicos.

En virtud de la jerarquía funcionaria, el superior jerárquico posee un conjunto de atributos especiales que puede ejercer respecto de los funcionarios de su dependencia , tales como la potestad de mando, la potestad disciplinaria, la jurisdicción retenida y la jurisdicción de conflictos, entre otros.

De resultas de la jerarquía en comento, y en especial del atributo denominado potestad de mando, surge para el funcionario inferior el deber de obediencia que en nuestra legislación presenta el carácter de obediencia reflexiva, admitiéndose a favor del subalterno el derecho de representar la orden del superior, pero sólo por causa de ilegalidad.

Por otra parte, la aplicación de la jerarquía funcionaria supone que los servidores públicos se encuentran ordenados en distintos estamentos, y en tal sentido al interior de cada servicio nuestra legislación distingue entre autoridades y empleados.

En los servicios públicos inviste el carácter de autoridad el JEFE SUPERIOR DEL SERVICIO, que se denomina "Director Nacional" o "Director Regional", según se trate de un "Servicio Nacional" o de un "Servicio Regional", (18.575 art/31) y en su organización interna admite la existencia de Jefes de Departamento , Jefes de Subdepartamento, Jefes de Sección y Jefes de Oficina (18.575 art/32).

1.2. ***Principio de la Probidad Administrativa:*** La probidad administrativa se encuentra tratada en los artículos 3ć y 52, de la ley Nć 18.575, como constitutiva de una conducta funcionaria moralmente intachable, con una entrega honesta y leal al desempeño del cargo y con preeminencia del interés público sobre el privado.

Este principio rector constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública y por ello se proyecta al ejercicio de toda función pública con independencia del cuerpo de normas que regule a quién la desarrolla.

1.3. ***Principio de la apertura o generalidad:*** Se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Ley 18.575 el cual dispone que para ingresar a la Administración del Estado se deberá cumplir con los requisitos generales que determine el respectivo estatuto y con los que establece el Título III de dicha ley, además

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

de los exigidos para el cargo que se provea. Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado, previo concurso.

1.4. ***Principio de la dignidad:*** Las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado.

1.5. ***Principio de la responsabilidad en su triple aspecto:*** El artículo 18 de la ley N° 18.575 dispone que el personal de la administración del estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle, siendo de relevancia destacar los siguientes aspectos:

- En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.
- El ejercicio de la función pública lleva siempre implícita la responsabilidad del agente. No sólo la acción y la omisión sino que también la ineficiencia es motivo de responsabilidad en la medida que provoque daño y
- La responsabilidad del agente público puede incidir en diferentes aspectos, responsabilidad de carácter civil, penal, administrativo y responsabilidad política.

a) **Responsabilidad Administrativa**: Es aquella que se presenta cuando en el ejercicio del cargo o con ocasión de la función el funcionario o empleado público incurre en un acto o en una omisión o bien por un hecho del mismo se llegue a configurar una contravención al orden administrativo.

Es por ello se entiende por responsabilidad administrativa o funcionaria el deber que le asiste a los agentes del Estado de responder cuando infringen las obligaciones y prohibiciones que les imponen las normas estatutarias, responsabilidad que debe determinarse a través del procedimiento pertinente.

b) **Responsabilidad Civil**: Se incurre en responsabilidad civil cuando por su actuar o bien por las omisiones o por sus hechos produce daño en un patrimonio, este daño puede ser provocado al patrimonio privado o del Estado.

Dentro del ámbito de la administración existen procedimiento tendientes a resarcir este año, y este se da respecto de aquellos funcionarios que tienen custodia de bienes y valores (lo que se denomina rendir cuenta, una vez examinada y se determina que hay un daño se formula el reparo correspondiente y si la respuesta no es satisfactoria se da inicio al juicio de cuentas.

Otro medio para hacer efectiva la responsabilidad civil es la denominada rendición de fianza suficiente que se determina por la Contraloría general para respaldar la responsabilidad civil en que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

c) **Responsabilidad Penal:** Es aquella en que incurre un funcionario público cuando en el ejercicio de su cargo realizar un acto o incurre en una omisión que la ley positiva tipifica como delito. El funcionario que maneja fondos debe emplearlos exclusivamente a los fines asignados, si los asigna a un fin distinto, incurre en un delito. Esta responsabilidad penal se determina ante el tribunal ordinario de justicia, los que pueden ser por la vía de la denuncia o de una querella.

d) **Responsabilidad Política:** Es bien especial, es la que puede hacerse efectiva respecto de ciertos agentes públicos como por ejemplo: Gobernadores, Ministros de Estado, miembros de tribunales superiores de justicia. Ello, a través del denominado juicio político.

1.5. ***Principio de la apoliticidad:*** El personal de la Administración del Estado estará impedido de realizar cualquier actividad política de la Administración.

1.6. ***Principio de la capacitación y perfeccionamiento:*** La Administración del Estado asegurará la capacitación y el perfeccionamiento de su personal, conducentes a obtener la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública.

1.7. ***Principio de la carrera funcionaria:*** El artículo 43 de la ley Nć 18.575 dispone que el Estatuto Administrativo del personal de los organismos señalados en el inciso primero del artículo 21 regulará la carrera funcionaria y considerará especialmente el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones, en conformidad con las bases que se establecen en los Artículos siguientes y en el Título III de la ley 18.575.

7. Calidades Jurídicas del Empleo Público

Respecto de la ley N° 18.834, el personal se compone de funcionarios de planta y a contrata, dependiendo si integran sus dotaciones de manera permanente o transitoria, debiendo considerar dentro de estos últimos al personal contratado a honorarios.

7.1.- Empleos permanentes

En lo que se refiere a la ley N° 18.834, su artículo 3 letra b) señala que planta de personal es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5ć. De esta manera, las plantas constituyen el conjunto de cargos o empleos estables que la ley asigna a cada servicio.

Aquellas personas regidas por la ley N° 18.834 que ocupen un cargo de planta pueden ejercerlo en diversas calidades según dispone su artículo 4°, a saber: titular, suplente o subrogante.

a. **Titular:** Es aquella persona que se nombra para ocupar en propiedad un cargo vacante. La forma de acceder al cargo es por regla general a través del nombramiento por regla general a través del concurso público.

a. **Subrogante:** La subrogancia es un mecanismo de reemplazo inmediato con la finalidad de proveer la ausencia definitiva o temporal de los funcionarios que ejercen un empleo de planta, para mantener la continuidad en el servicio público. La principal característica de la subrogancia es que opera por el solo ministerio de la ley en el momento en que el titular o el suplente no pueden ejercer sus funciones. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la subrogación, al operar por el solo ministerio de la ley y al considerar el orden jerárquico de los respectivos cargos, constituye una forma de desempeñar un empleo que, respecto de las municipalidades, sólo puede darse entre los funcionarios de planta.

b. **Suplente:** Son aquellos funcionarios designados en los cargos que se encuentran vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a un mes.

7.2.- Empleos transitorios

7.2.1.- Del empleo a contrata.

En la ley N° 18.834, empleo a contrata es aquel de carácter transitorio que se contempla en la dotación de una institución. Art. 3 letra c). Los empleos a contrata, al igual que los cargos de planta, sólo pueden corresponder a funciones propias que deban realizar las instituciones regidas por el Estatuto Administrativo.

Características principales:

- Confiere a la persona el carácter de funcionario público, para todos los efectos legales, con las salvedades que se expresarán, por lo cual da nacimiento a los derechos y obligaciones que se regulan en el Estatuto Administrativo, sin necesidad de estipulación expresa, en lo que sean procedentes.

- De esta manera, el personal a contrata tiene derecho a percibir las remuneraciones pertinentes y a hacer uso de descanso y de feriado legal, cuando corresponda, y también está afecto a las normas sobre responsabilidad administrativa, debe cumplir la jornada funcionaria y debe ser calificado.

- Pueden existir empleos a contrata por jornada parcial y, en tal caso, la correspondiente remuneración será proporcional a dicha jornada.

- Es de carácter transitorio, es decir, es un empleo temporal. Esto importa que los funcionarios a contrata no gozan de estabilidad en el empleo, en los términos en que este derecho se reconoce a los funcionarios de planta.

- Los empleos a contrata se extienden, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, sin perjuicio de su renovación sucesiva, en iguales o diferentes condiciones. La fecha indicada es un límite máximo, por lo que nada impide contrataciones por tiempos menores o hasta una data anterior al 31 de diciembre del año respectivo. Debe precisarse que no existe el derecho a la renovación o prórroga de la contrata, y basta el sólo hecho de no disponerse su renovación, para que el vínculo estatutario cese de pleno derecho en la fecha de término estipulada.

- En todo caso, los funcionarios a contrata deben ser calificados y pueden participar en actividades de capacitación.

7.2.2.- Contrato a Honorarios

Dispone el art. 11 del Estatuto Administrativo que "Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

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".

De esta manera y tal como lo ha entendido la Contraloría General de la República en sus dictámenes N°s 6.130, de 1972 y N° 7.023, de 2005, entre otros, aparece claro que el legislador ha confiado la ejecución de las tareas necesarias para cumplir las funciones públicas que la ley asigna a cada institución, en primer lugar, a la dotación permanente de la misma, constituida por los funcionarios de planta; luego, a aquella dotación transitoria, esto es, a los empleados a contrata y, finalmente, de manera excepcional y restringida, a quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios (dictamen N° 25.694, de 2005).

8. Administración del Estado.

Para entender correctamente el ámbito en el que nos centraremos en este acápite, preciso es considerar, brevemente, como se estructura la Administración del Estado de nuestro País.

En Chile, existen tres grandes poderes en los que se divide la Administración del

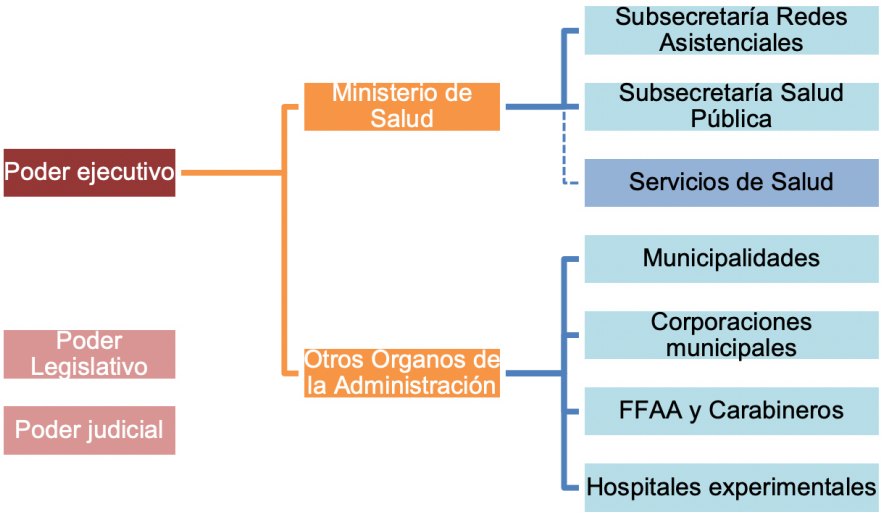
CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

Estado, a saber, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, de conformidad a las distintas funciones que debe desempeñar el Estado. Lo que nos interesa en nuestro análisis, para efectos de ubicar a nuestros médicos dentro de esta Administración, es el Poder Ejecutivo, el cual, entre otros aspectos, debe velar por la regencia de la salud de la población en todo aspecto, y brindar facilidades para satisfacer esta básica necesidad.

De acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. A su vez, este mismo texto legal establece que, la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Dentro de estos órganos colaboradores, encontramos aquellos creados para cumplir la función de velar por las políticas de salud del país, entre los cuales, principalmente, encontramos al Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Redes Asistenciales y los Servicios de Salud, que son los órganos con los cuales generalmente se enfrentarán al momento de comenzar a ejercer sus funciones en el sistema público. Sin perjuicio de ello, existen otros órganos de la Administración del Estado que también velan por el cumplimiento de los planes y acciones de salud, aunque más sectorizados, tales como, los establecimientos destinados a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Municipalidades, Corporaciones Municipales, Hospitales Experimentales creados por Ley, entre otros.

Ahora bien, nos centraremos más profundamente, en la relación de los médicos y médicas con los Servicios de Salud del País y las Municipalidades.



CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

1. ¿Qué Es Un Servicio De Salud?

Los Servicios de Salud son órganos o entidades de la Administración del Estado creados por Ley para dar cumplimiento concreto, dentro de un determinado espacio territorial, a las políticas de Salud definidas por el Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Salud.

Los Servicios de Salud son una persona jurídica[2] que realiza o contribuye a ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Ahora bien, los Servicios de Salud, en general, tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

Por su parte, y tal como se adelantó, estos Servicios tienen competencias dentro de un determinado territorio, ello en atención a la desconcentración[3] y descentralización[4] administrativa.

Los Servicios serán organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de las referidas acciones. Que sean órganos funcionalmente descentralizados significa que actúan con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. En el caso de los Servicios de Salud, le ley le asigna funciones que les son propias y además, como hemos visto, territorialmente ejercen su competencia en distintos lugares, no influyendo uno en otro territorio que no le corresponda.

---

2 Una persona jurídica es una ficción legal, ente ficticio, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente

3 Desconcentrar implica que un órgano central delega sus funciones a otro, en que el órgano que realiza la delegación es superior jerárquicamente, y, en último término, sigue siendo responsable de las competencias que ha delegado. Ejemplo: SEREMIs de Salud respecto de MINSAL

4 Descentralizar implica la creación de un nuevo órgano, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, al que se le traspasan competencias desde el nivel central en consideración al territorio o a la función que se descentraliza. Ejemplo, Servicios de Salud.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

2. La Red Asistencial De Los Servicios De Salud.

Hemos visto como dentro de la organización de la Administración del Estado, nuestra Ley ha creado los Servicios de Salud, para ayudar a cumplir la función del Poder Ejecutivo, Ministerio de Salud, en el respectivo sector. Ahora bien, para materializar esa función pública, es absolutamente necesario que existan establecimientos en los cuales los usuarios puedan acceder al restablecimiento, cuidado de la salud. De esa manera, encontramos Hospitales, consultorios, Postas, etcétera, que dependen administrativamente de estos servicios.

Así las cosas, de conformidad al artículo 17 del DFL N°1 de 2005, la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenio con el Servicio de Salud respectivo, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población. Además, la Red Asistencial de cada Servicio de Salud deberá colaborar y complementarse con la de los otros Servicios de Salud, a fin de resolver adecuadamente las necesidades de salud de la población.

Por su parte, preciso es considerar que la Red Asistencial de cada Servicio de Salud se organizará con un primer nivel de atención primaria, compuesto por establecimientos que ejercerán funciones asistenciales en un determinado territorio con población a cargo y otros niveles de mayor complejidad que sólo recibirán derivaciones desde el primer nivel de atención, salvo en los casos de urgencia y otros que señalen la ley y los reglamentos.

3. Establecimientos De Salud De Menor Complejidad.

De conformidad al Decreto N° 38, de 2005, del Ministerio de Salud, los establecimientos de menor complejidad son aquellos que realizan actividades de atención abierta, cerrada y de urgencia, de baja complejidad, que desarrollan principalmente actividades de nivel primario y algunas de especialidad, de acuerdo a su rol dentro de la Red Asistencial que integra y en el área de competencia que determine el Director de Servicio en consulta con el Consejo de Integración de la Red Asistencial.

En general, estos establecimientos se caracterizan por un menor desarrollo de especialidades, lo que quiere decir, que, de acuerdo a su complejidad técnica, no cuentan con las especialidades básicas de medicina interna, obstetricia y ginecología, y pediatría, o cuentan con una o más de ellas, y no poseen o sólo poseen excepcionalmente algunas de las subespecialidades de la medicina que no correspondan a las especialidades básicas citadas.

Ahora bien, en el aspecto laboral, el Director de estos establecimientos, tiene funciones delimitadas expresamente en el Reglamento respectivo. De esa manera, a

éste corresponderá, ejercer las funciones de administración del personal y gestión de recursos humanos.

4. Establecimientos De Alta Complejidad O De Autogestión En Red.

Los establecimientos que obtengan la calidad de "Establecimiento de Autogestión en Red" serán órganos funcionalmente desconcentrados del correspondiente Servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Nć 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es decir, tienen su propia representación judicial y extrajudicial, por parte de su respectivo jefe superior.

Estos establecimientos son los que tienen mayor complejidad técnica, es decir, están clasificados como de alta complejidad. En general, son aquellos que tienen un mayor desarrollo de especialidades, por cuanto, cuentan con al menos una de las especialidades básicas de: medicina interna, obstetricia y ginecología, y pediatría, y poseen varias subespecialidades de la medicina que no corresponden a las especialidades básicas citadas, tales como cardiología, neurología, nefrología, gastroenterología, oftalmología, otorrinolaringología, entre otras.

Ahora bien, en el aspecto que nos interesa, estos establecimientos autogestionados en red, podrán, a través de su Director, ejercer las funciones de administración del personal destinado al Establecimiento, en tanto correspondan al ámbito del mismo, en materia de suplencias, capacitación, calificaciones, jornadas de trabajo, comisiones de servicio, cometidos funcionarios, reconocimiento de remuneraciones, incluyendo todas aquellas asignaciones y bonificaciones que son concedidas por el Director del Servicio, feriados, permisos, licencias médicas, prestaciones sociales, responsabilidad administrativa, higiene y seguridad laboral, y gestión de recursos humanos.

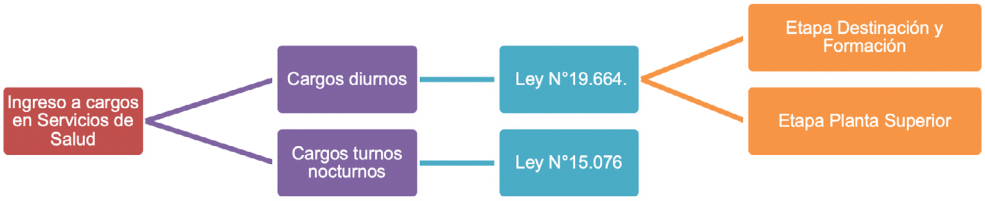
Respecto del personal a contrata y al contratado sobre la base de honorarios, el Director del Establecimiento ejercerá las funciones propias de un jefe superior de servicio.

A diferencia de lo visto en relación a los establecimientos de menor complejidad, podemos observar que esos últimos tienen atribuciones mucho más acotadas en relación al personal, no así los establecimientos autogestionados, pues, estos poseen mayor amplitud de competencias.

CAPÍTULO III.
Médicos como funcionarios públicos
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM.

5. ¿Cómo Ingresar A Los Cargos En Los Establecimientos De La Red Asistencial De Un Servicio De Salud?

A fin de responder claramente la interrogante recientemente planteada, se hace necesario hacer una gran distinción: ejercicio de cargos diurnos y ejercicio de turnos nocturnos o, más conocidos en la jerga médica, cargos 28 AP. Y es importante hacer tal distinción, pues, las leyes aplicables a cada uno de sus cargos son diversas y, con ello, por supuesto, la regulación de los aspectos laborales de cada uno de ellos.



6. APS MUNICIPAL

En los próximos capítulos desarrollaremos pormenorizadamente esta materia.

CAPÍTULO IV.

Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

1. Ámbito De Aplicación De La Ley 15.076.

La Ley N° 15.076, fija el texto refundido del estatuto para los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas.

El artículo 1ć de la ley 15.076 establece en principio, un ámbito de aplicación general, para todos los profesionales funcionarios regidos por esta Ley, entre ellos, médicos-cirujanos.

Sin embargo, este ámbito de aplicación, inmediatamente encuentra una serie de excepciones y sub excepciones que, van creando múltiples clasificaciones, de médicos cirujanos profesionales funcionarios regidos íntegramente por la Ley 15.076, supletoriamente regidos por la Ley 15.076, excepcionalmente regidos por la 15.076, y médicos cirujanos no regidos por la 15.076.

Al médico-cirujano, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, que trabajan en el sector privado, *no se les aplica la Ley 15.076*. Tampoco se le denomina profesionales funcionarios. Estos son:

a. *Médicos de ejercicio libre de la profesión:* son aquellos que trabajan por cuenta propia, ya sea en sus propias clínicas, y/o honorarios sin un vínculo de subordinación y dependencia con un empleador.

b. *Médicos cirujanos dependientes de un empleador particular:* son aquellos trabajan en el sector privado dependientes de uno o más empleadores del sector privado, por ejemplo, clínicas privadas. Estos médicos se rigen por el Código del Trabajo.

c. *Médicos a Honorarios.*

En el ámbito público, para saber a quiénes aplica esta Ley, deberemos distinguir entre:

a. Médicos cirujanos regidos por la ley 15.076, y supletoriamente normas propias de sus servicios, instituciones o Estatuto Administrativo: Son aquellos médicos que se desempeñen en Servicios de Salud, en Servicios de la Administración Pública, en empresas fiscales y en instituciones semifiscales o autónomas, en la medida que hayan sido contratados bajo una modalidad contractual de derecho público. Por ejemplo, médicos a contrata de hospitales dependientes del servicio de salud en cargos 28 horas, regidos por esta Ley y supletoriamente por el Estatuto Administrativo General.

b. Médicos cirujanos que se rigen por sus propias leyes especiales, y supletoriamente por la ley 15.076: Respecto a los médicos del artículo 4 de la Ley 19.378 estatuto de APS, se les aplica supletoriamente la ley 15.076 en materia de remuneraciones, beneficios económicos, jornada de trabajo, horario de trabajo, permiso y feriados, incompatibilidades y concursos, siempre y cuando la regulación dispuesta en

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

esta materia por la ley 15.076, no se contraria a las disposiciones 19.378. Para quienes trabajen en Universidades del Estado o reconocidas por el Estado, sólo se les aplica el artículo 12 de la ley 15.076, al igual que para médicos cirujanos que trabajen en Universidades del Estado o reconocidas por el Estado que impongan en la caja nacional de empleados públicos, aplicándose además el título VII de la ley 15.076.

Otras normas a tener en cuenta, y que extienden el ámbito de aplicación de la Ley 15.076:

- Ley N° 19.467, concede beneficios que indica a profesionales funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile afectos a la ley Nć 15.076.
- Ley N° 19.432, concede beneficios que indica a profesionales funcionarios y beneficiarios de becas de perfeccionamiento que señala, regidos por la ley Nć 15.076.
- Ley N°19.230, dicta normas relativas a profesionales funcionarios que indica regidos por la ley Nć 15.076.
- Decreto Supremo N° 507, de 1990, que establece el Reglamento de Becarios de la ley N° 15.076.

2. Supletoriedad de la ley 15.076 ¿Qué Significa?

La supletoriedad significa que, ante aquellos casos no regulados por una determinada ley, se aplicará otra, que el legislador indique, en los casos de falta de regulación. Esta última es la ley supletoria, la que regulará materias específicas.

La ley 19.664 en su artículo 1° señala: Los profesionales funcionarios que desempeñen cargos con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la ley N°15.076 en los establecimientos de los Servicios de Salud, incluidos los cargos de la planta de Directivos con jornadas de dicho cuerpo legal, se regirán por las normas especiales contenidas en este Título.

En lo no previsto en este Título y en los casos distintos de los señalados en el inciso anterior, continuará rigiendo la ley N°15.076.

Cuando la norma indica que “En lo no previsto en este título…” está haciendo referencia precisamente a la supletoriedad, lo que implica que en las materias no reguladas por la ley 19.664, se aplicará directamente la ley 15.076. Dentro de las materias en las que se hace aplicación de la ley 15.076, por no estar regulada en la ley 19.664 se encuentran:

CAPÍTULO IV.

Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

1. Horario de trabajo e incompatibilidades
2. Las Calificaciones Funcionarias
3. Feriados, licencias y permisos
4. Reemplazos, comisiones y traslados
5. Previsión.
6. Liberaciones de Guardia

En todas estas materias, al momento de definir el marco de derechos y deberes de los funcionarios debemos estarnos a lo regulado precisamente por la Ley. 15.076. Este mismo cuerpo legal es supletorio a la Ley 19.378 Establece Estatuto De Atención Primaria De Salud Municipal, es decir que se aplica en aquellas materias que no fueron reguladas por esta ley. Así lo establece en su artículo 3°: No obstante, en materia de concursos, jornada de trabajo, feriados y permisos, a los profesionales funcionarios a que se refiere la ley N° 15.076, les serán aplicables, supletoriamente, las normas de dicho cuerpo legal, en cuanto sean conciliables con las disposiciones y reglamentos de esta ley.

3. ASPECTOS ESPECÍFICOS REGULADOS POR ESTA LEY Y APLICABLES A LOS PROFESIONALES FUNCIONARIOS

3.1. Horario De Trabajo E Incompatibilidades

3.1.1. Horario De Trabajo Artículo 12 De La Ley 15.076 Y Demás Normas Complementarias:

En materia de jornada de trabajo es necesario estudiar conjuntamente ley 15.076 y ley 19.664. Esto debido a que la promulgación de la Ley 19.664 vino en modificar tácitamente ciertas regulaciones en materia de jornada laboral que regulaba la ley 15.076, y a su vez a complementarla.

En este sentido, en este sentido la Ley 19.664 reguló la jornada laboral aplicable profesionales funcionarios que se desempeñen en cargos con jornadas diurnas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales que estaban regidos por la Ley 15.076, y que se desempeñen en establecimientos de los Servicios de Salud, incluidos los cargos de la plata de Directivos con jornadas previstas en la Ley 15.076, y en lo no regulado por la Ley 19.664, se mantienen vigentes las disposiciones de la Ley 15.076. Por tanto, la ley 15.076 es supletoria a la Ley 19.664.

En la misma línea, cabe señalar que la ley 15.076, mantiene vigentes las regulaciones los

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

cargos de 28 horas semanales, de los profesionales funcionarios que se desempeñan en unidades de urgencia, cuidados intensivos y maternidades, y de aquellos que se desempeñan en otras reparticiones del Estado, distintas a los servicios de salud.

Ni la ley 15.076, ni la Ley 19.664 dieron una definición de jornada u horario de trabajo. En este sentido, podemos definirlo como: *"El tiempo de labor que el trabajador debe al empleador y que puede ser determinado en unidades de tiempo, como horas al día, a la semana o al mes."*

El código del Trabajo define la jornada laboral en su artículo 21, en los siguientes términos: *"Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato"*.

Al no existir una regulación unificada en la materia de jornada laboral, podemos señalar ciertos principios básicos en materia de jornada laboral de me médicos cirujanos profesionales funcionario:

1. La jornada completa de trabajo que un profesional funcionario puede contratar será de 44 horas semanales, la que se cumplirá con 8 horas diarias, de lunes a viernes, 4 horas en día sábado.

2. Las jornadas de 33, 22 y 11 horas semanales que se contraten, se cumplirán en 6, 4 y 2 horas diarias de lunes a viernes y 3, 2 y 1 en el día sábado, respectivamente.

3. Los Servicios de Salud y las demás instituciones empleadoras podrán distribuir en otra forma las jornadas señaladas, sin que deban necesariamente comprender esos seis días de la semana.

4. Los profesionales funcionarios deberán cumplir su jornada en forma continuada siempre que fuere igual o inferior a cuatro horas diarias. Si dicha jornada fuere superior, deberá cumplirla en dos periodos.

Conforme a las regulaciones de la Ley 15.076 y 19.664, podemos señalar existen al menos tres jornadas de trabajo: la jornada ordinaria de trabajo, la jornada extraordinaria y las jornadas especiales, las cuales son una especie de jornada ordinaria, pero de carácter especial, como por ejemplo el trabajo nocturno o el trabajo por sistema de turnos rotativos.

1. La jornada ordinaria de trabajo: es aquella dispuesta en artículo 12 de la ley 15.076, compuesta por una jornada de 44 horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias Los funcionarios deberán desempeñar su cargo de forma permanente durante la jornada ordinaria de trabajo.
2. La jornada extraordinaria de trabajo: es aquella que se realiza por los funcionarios públicos a continuación de la jornada ordinaria de trabajo, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables, ordenadas por la autoridad competente.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

En este sentido la jornada extraordinaria de trabajo, al ser toda jornada de trabajo ejecutada a continuación de la jornada habitual de trabajo, podemos clasificarla en dos:

2.1.) Horas Extraordinarias Diurnas: son aquellas desempeñadas entre las 8:00 A.M. y las 21:00 P.M. horas (2° del artículo 43 de la ley 19.664)

2.2.) Horas Extraordinarias Nocturnas: son aquellas que se desempeñan entre las 21:00 horas de un día y las 08:00 horas del día siguiente, sin que correspondan a horas desarrolladas a propósito de un cargo de 28 horas de los establecimientos hospitalarios.

3.1.2. Médicos Que Ejercen Turnos De Urgencia. Jornada de 28 Horas Semanales

La ley 15.076 regula la situación especial de los médicos funcionarios que cumplen jornada de 28 horas semanales y que se desempeñan en servicios de atenciones de urgencias, maternidades y cuidados intensivos.

En el caso de estos profesionales funcionarios, la distribución de la jornada de trabajo será fijada por el Director del establecimiento, de acuerdo a los preceptos reglamentarios en vigencia. En consecuencia, no están sujetos a las limitaciones de cumplimiento de jornada que establece el inciso quinto del artículo 12 de la Ley 15.076.

La ley 15.076 establece que, los cargos o contratos de cuatro horas en los servicios de Urgencia o Maternidades y en unidades de cuidado intensivo que deban trabajar los siete días de la semana, se considerarán para su pago y previsión como 28 horas semanales, pero sólo incompatibilizarán con 11 a la semana. Estos cargos tienen la especial condición de que se desempeñan, en horas nocturnas, los días sábado, y festivos, por lo que implican un mayor sacrificio, pero que es de suma importancia su ejercicio para cubrir las necesidades de la salud chilena.

En este sentido, en los lugares donde no haya oportunidad de ejercicio profesional libre y donde el profesional funcionario está obligado a residir, el empleador le completará la jornada de 44 horas semanales por si o en unión de otros empleadores.

La ley 15.076, que establece que el ingreso de un profesional funcionario de estos médicos a la planta de un Servicio Público como titular deberá hacerse previo concurso, a menos que se trate de un cargo o empleo de la confianza exclusiva de la autoridad facultada para hacer el nombramiento.

Para proveer los cargos de profesionales funcionarios, en este caso, debe llamarse a concurso dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha en que se produjo la vacancia. El concurso es amplio, abierto a todo concursante o bien interno, limitado a los funcionarios del Servicio del que se trate, según se determina en el reglamento de concursos de cada Servicio o en que se dicte en los Servicios que carezca de él.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Además, para efectuar para efectuar suplencias y reemplazos en Asistencias Públicas, Servicios de Urgencias y Maternidades, por lapsos no superiores a cuatro meses en cada año calendario, los profesionales funcionarios podrán excederse hasta cuatro horas diarias de la jornada máxima establecida en la presente ley.

En este sentido, cuando las necesidades de los servicios lo requieran, los Directores de los Servicios de Salud podrán autorizar la contratación de profesionales funcionarios becarios para efectuar suplencias en Asistencias Públicas, Servicios de Urgencias y Maternidades, esto, sin perjuicio de sus obligaciones como becarios.

3.1.3. Incompatibilidades Del Profesional Funcionario

Las incompatibilidades legales son las prohibiciones que tienen determinadas personas para ocupar ciertos cargos públicos en razón de la calidad, cargo o posición que actualmente ostentan.

Los artículos 13 al 17 de la Ley 15.076 regulan las incompatibilidades de los profesionales funcionarios, sujetos a dicha normativa. En las médicas que un médico está sujeto a las incompatibilidades de la Ley 15.076, y tiene la calidad de funcionario público, también está sujeto a las incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones en otros cuerpos normativos de derecho público como el párrafo segundo de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado, y párrafo sexto de la Ley 18.834 estatuto administrativo.

Las incompatibilidades e inhabilidades funcionarias encuentran su fundamento en la probidad administrativa y en la transparencia en el ejercicio del cargo público. En este sentido, cuando alguna persona asume un cargo público, debe estarse al hecho de que dicho cargo no puede conjugarse con cualquier otro, o tiene ciertas limitaciones para poder asumir nuevos cargos que no puedan conciliarse con el primero que asuman.

El artículo 13 de la ley 15.076 establece que los cargos y remuneraciones de los profesionales funcionarios son compatibles hasta los máximos indicados en el artículo 12. Además, son compatibles con el desempeño de cargos docentes hasta un máximo de 12 horas semanales, sin perjuicio del cabal cumplimiento de la jornada contratada.

En cualquier caso, cualquiera que sea la jornada de trabajo que desempeñe el profesional funcionario, no quedará inhabilitado para el libre ejercicio de su profesión fuera de las horas contratadas.

Ahora bien, la designación de un profesional funcionario que desempeñe un cargo en propiedad para ocupar otro incompatible, produce la vacancia del anterior por el sólo ministerio de la ley, a menos que el profesional rechace por escrito el nuevo cargo.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Así las cosas, en la práctica, los cargos diurnos de 11, 22, 33 y 44 horas pueden ser compatibles con otros cargos de la siguiente manera: 11-11/ 11-22/11-33/11-11-11-11/ 22-22/22-28.

En este sentido, si el profesional funcionario asume un cargo incompatible, de manera automática dejará sin efecto su antiguo cargo: por ejemplo, si un funcionario del Servicio de Salud de Valdivia, tiene un cargo de 33 horas y luego asume uno de 44 horas, por el sólo ministerio de la ley, pierde su cargo de 33 horas, sin mayor reclamo.

Cabe agregar que el artículo 14 de la Ley 15.076, señala que las incompatibilidades, no se aplican a los profesionales funcionarios que sean designados Ministros de Estado o Rector de una Universidad del Estado o reconocida por éste o Decano de las respectivas Facultades o en cargos que la ley declare de confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, los que podrán optar entre las remuneraciones de estos cargos y las del o de los empleos cuya propiedad conservan, correspondiendo siempre su pago al organismo donde efectivamente cumplan las funciones.

Las incompatibilidades, tampoco se aplicarán a los profesionales funcionarios que sean designados en un cargo a contrata, en calidad de suplentes o reemplazantes, o en cargos en que los nombramientos estén sujetos a plazos legalmente determinados, los cuales podrán retener la propiedad de sus empleos anteriores incompatibles, sin derecho a remuneración.

Igualmente, podrán retener la propiedad de sus empleos anteriores incompatibles, sin derecho a remuneración, los profesionales funcionarios que, en virtud del Sistema de Alta Dirección Pública, sean nombrados en los cargos de Director de Hospital o Subdirector Médico ya sea de Hospital o de un Servicio de Salud.

3.1.4. Aspectos Relevantes De Las Incompatibilidades Para Los Becarios Y Médicos En Periodo Asistencial Obligatorio (PAO).

3.1.4.1. Caso Del Becario:

El médico becario es un profesional que goza de una beca de especialización, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del sistema nacional de servicios de salud o de las Universidades.

La regla general es que los médicos becarios, desempeñen una jornada de 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos nocturnos, sábados, domingos y festivos que deba cumplir, de acuerdo con las regulaciones del programa.

Además, cuando las necesidades de los Servicios lo requieran, los Directores de los Servicios de Salud podrán autorizar la contratación de profesionales funcionarios

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

médicos becarios, para efectuar suplencias y reemplazos en Asistencias Públicas, Servicios de Urgencias y Maternidades, por lapsos no superiores a cuatro meses en cada año calendario. En todo caso, ello no debe interferir con las obligaciones del becario.

Respecto de las incompatibilidades de los médicos becarios para ejercer otros cargos, y la calidad en que lo pueden ejercer cabe señalar que, la calidad de becario será incompatible, mientras dure el periodo de formación, con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario.

Ahora bien, el inciso primero del artículo 13 de la ley N° 15.076 prescribe que los cargos y remuneraciones de los profesionales funcionarios son compatibles hasta los máximos indicados en el artículo 12, y con el desempeño de cargos docentes hasta un máximo de doce horas semanales, sin perjuicio del cabal cumplimiento de la jornada contratada. Luego, su inciso segundo previene que las compatibilidades e incompatibilidades a que se refiere el inciso precedente, solo serán aplicables respecto de 'cargos y horarios' contratados por las instituciones señaladas en el inciso segundo de su artículo 1°.

A su vez, el inciso final de aludido artículo 13 establece que "Cualquiera que sea la jornada de trabajo que desempeñe el profesional funcionario, no quedará inhabilitado para el libre ejercicio de su profesión fuera de las horas contratadas".

Así, las jornadas laborales de los profesionales funcionarios, acorde al citado artículo 12, no pueden exceder las 44 horas semanales en los términos descritos en dicho precepto, sin perjuicio de las jornadas parciales ahí contempladas.

De la normativa reseñada, se aprecia que el estatuto especial en análisis admite que los becarios ejerzan libremente su profesión fuera de su jornada de perfeccionamiento.

No obstante, la misma preceptiva previene que el desarrollo de tal actividad por parte del becario es incompatible con los cargos o empleos de profesionales funcionarios en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley N° 15.076.

Ahora bien, debe destacarse que tal como lo señala el inciso segundo de dicho artículo 13, las incompatibilidades únicamente serán aplicables respecto de los "cargos y horarios" a que alude tal precepto.

Así entonces, la limitación para el desarrollo de la actividad profesional fuera de la jornada adiestramiento de los becarios dice relación con los cargos o empleados de profesionales funcionarios.

De este modo, en atención a que en conformidad con el artículo 3°, letra a), de la ley N° 18.834, un "cargo público" en la Administración corresponde a una plaza contemplada en las plantas o a un empleo a contrata, cabe concluir que la incompatibilidad en estudio rige respecto de dichos cargos, pero no de las contrataciones a honorarios, pues estas últimas no revisten aquel carácter.

En tal sentido, el dictamen N° 46.401, de 2015, expresa que las labores a honorarios no satisfacen las condiciones para entender que son desarrolladas en cargos o empleos como profesionales funcionarios, conforme a lo establecido en el artículo 1° de la citada ley N° 15.076.

Por lo tanto, fuera de su jornada de perfeccionamiento, los becarios pueden desarrollar labores bajo la modalidad a honorarios en las instituciones señaladas en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 15.076.

Ahora bien, respecto de plazas de planta o a contrata, la incompatibilidad en comento se vincula con los horarios a que alude el artículo 13 del precitado texto legal, en relación con su artículo 12.

De esta manera, en principio un becario está habilitado para desempeñar un empleo a contrata, pero únicamente en la medida que su jornada de adiestramiento le permita cumplir cabalmente la jornada contratada.

Sin embargo, atendido la actual regulación reglamentaria, ello resulta inviable tratándose de los máximos indicados en el referido artículo 12 de la ley N° 15.076, pues conforme al citado artículo 10 del decreto N° 507, de 1990, la jornada de desempeño del becario será de 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos.

Con todo, lo manifestado no obsta a la posibilidad de que cuando las necesidades de los Servicios de Salud así lo requieran, de que sus directores autoricen la contratación de becarios para efectuar suplencias en los términos del antedicho artículo 12.

3.1.4.2. Caso De Los Médicos Pao:

El médico PAO, es aquel médico cirujano que ha cursado una beca de especialización en algún centro formador, y que una vez terminada dicha beca nace para éste profesional la obligación de realizar un periodo asistencial obligatorio en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud respectivo.

Respecto de las compatibilidades para ejercer otros cargos de los profesionales funcionarios médicos PAO, cabe señalar que el reglamento Decreto Supremo 507 establece que, para el efecto del cumplimiento del período asistencial obligatorio, el ex becario será contratado con jornada completa, esto es, 44 horas semanales, conforme lo dispone el artículo 12 de la ley 19.664.

Esta jornada completa de 44 horas semanales sólo podrá reducirse hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público. El período de práctica asistencial obligatorio podrá cumplirse por el profesional en calidad de planta o a contrata. Como se adelantó, lo normal, es que en esta etapa el profesional sea contratado en un cargo de 44 horas semanales.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

En consecuencia, la única forma de que el médico PAO pueda su jornada a 22 horas semanales, es que el médico asuma otro cargo público compatible, de esta forma, el profesional podría ejercer cargos:

a. 22-22

b. 22-28

c. 33-11

Cabe señalar que el Decreto Supremo 507, no especifica que cargos específicamente son compatibles, solamente señala que el cargo sea compatible. Por eso, debe observarse la regla del artículo 13 de la ley 15.076 ya analizada a propósito de los becarios. Por ejemplo, suele ocurrir que los Servicios de Salud determinen que el periodo obligatorio se cumpla en 28 horas semanales y, no porque ese cargo de 28 horas sea asimilable a uno de 22, porque no se indica aquello, sino porque la ley ha permitido que un cargo de 22 horas pueda conciliarse con otro de 28 paralelamente. Asimismo, por ejemplo, un médico puede rebajar sus horas de periodo asistencial obligatorio a 33 horas, al asumir otro cargo de 11 horas.

Se hace presente, por último, que el límite de rebaja horaria es de 22 horas, no existe un cargo PAO de 11 horas o de 28 horas sólo, debe ser en 22, 33 o 44 horas, no hay ninguna otra opción, por la reserva legal.

4. Las Calificaciones

4.1. Concepto De Calificación Funcionaria

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha señalado que la calificación "es el acto por medio de cual un superior directo expresa su opinión o juicio en forma escrita, sobre la calidad de las condiciones personales y profesionales de un subalterno, atendidas las exigencias y características del cargo y servirá de base para el ascenso, desarrollo profesional y permanencia en la institución" (Dictamen Nć 26.002, de 2006).

4.2. Objeto De La Calificación Funcionaria

La Ley Nć 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, en su artículo 47 inciso 2ć; y el DFL Nć 29 del Ministerio de Hacienda, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nć 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en su artículo 32; nos indican que la calificación funcionaria puede servir de base para cuatro aspectos:

a. La capacitación

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

b. La promoción

c. Los estímulos

d. La eliminación del servicio

4.3. Principios Que Rigen A Las Calificaciones

Existen diversos principios jurídicos que rigen los procesos clasificatorios del personal de la Administración del Estado, como son:

A. La objetividad e imparcialidad: En este sentido, la Ley Nć 18.575 establece que existirán procesos de calificación objetivos e imparciales, aspectos que deben ser asegurados por la Administración. A pesar de que no existe una normativa que sancione la infracción a este principio, se entiende que la vulneración a la objetividad e imparcialidad implica una infracción al principio de probidad administrativa, en lo relativo a que todo servidor debe abstenerse de participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que le afecta.

B. La independencia entre los procesos calificatorios: Este principio se basa en el sentido de que las calificaciones obtenidas en períodos diversos son independientes entre sí. Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, indicando que los procedimientos calificatorios "tienen por objeto valorar el desempeño laboral de un funcionario por la actividad desarrollada en un lapso determinado, de modo que las calificaciones correspondientes a períodos diversos son independientes entre sí y no obligan a la autoridad competente a asignar al servidor un cierto puntaje y lista en función de los resultados obtenidos en evaluaciones anteriores" (Dictamen Nć 25.237, de 2005). Sin perjuicio de lo anterior, existe una excepción a este principio que opera en caso de los funcionarios que por cualquier causa no desempeñaren efectivamente sus empleos por un lapso superior a 6 meses en el período de calificación. En estos casos no serán calificados y conservarán la calificación del año anterior.

C. Instancias diferenciadas: Este principio lo encontramos desarrollado en el Dictamen Nć 31.601, de 2006, indicándose que la doble instancia "consiste en que las personas que emiten informes preliminares, con respecto a un funcionario, luego, no pueden participar de la etapa siguiente del proceso evacuatorio de ese mismo servidor, lo que tiene por objetivo salvaguardar la imparcialidad de la decisión del respectivo cuerpo colegiado".

D. Prohibición de reforma en perjuicio: Este principio nos indica que no procede que la Jefatura Superior, al conocer de la apelación, pueda disminuir el puntaje obtenido en la calificación impuesta por la Junta de Calificación, sino únicamente mantenerlo o elevarlo.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

4.4. Listas De Calificación

Las listas de calificación las encontramos reguladas en el artículo 33 inciso 1ć del Estatuto Administrativo, indicándose que "Todos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente, en alguna de las siguientes listas":

1. Lista Nć 1, de Distinción

2. Lista Nć 2, Buena

3. Lista Nć 3, Condicional

4. Lista Nć 4, de Eliminación

4.5. Los Reglamentos De Calificaciones

Al respecto, existe el Reglamento General de Calificaciones del personal afecto al Estatuto Administrativo, el cual se encuentra contenido en el Decreto Supremo Nć 1.825, de 1998, del Ministerio del Interior. Sin perjuicio de ello, existen varios reglamentos especiales dictados por organismos públicos, en atención a las particularidades propias de cada uno de ellos.

Así, en lo que se refiere a las calificaciones de profesionales funcionarios de la medicina, existe el Decreto Nć 110, de 1963, del Ministerio de Salud Pública que deroga los decretos que señala y aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley Nć 15.076. Al ser un Reglamento Especial, sus normas priman sobre las del Reglamento General, el que tendrá la calidad de supletorio sólo respecto de las materias no tratadas por éste, según lo dispuesto en el artículo 6ć del Reglamento General de Calificaciones, Decreto Supremo Nć 1825.

4.6. Funcionarios Que No Serán Objeto De Calificación

Existen excepciones en cuanto a los funcionarios que deban ser calificados. Así, se exceptuarán de la calificación aquellos profesionales ingresados dentro de los últimos tres meses del período calificatorio y los que tengan menos de seis meses de trabajo efectivo en el año.

Por su parte, el Jefe Superior del Servicio, su subrogante legal, los miembros titulares de la Junta Calificadora (con exclusión del Secretario) y los miembros suplentes, cuanto la hayan integrado, no serán calificados y mantendrán sus calificaciones anteriores.

Por su parte, se hace presente que el médico becario, al no estar regido por el Estatuto Administrativo, ni la ley 15.076, tampoco es sometido a calificación en tratamiento. Lo mismo ha de predicarse respecto de los servidores a honorarios y sujetos a las reglas del Código del Trabajo (salvo pacto en contrario).

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

4.7. Procedimiento

El proceso administrativo de calificación o evaluación funcionaria, contempla cuatro etapas:

1. La precalificación por el Jefe directo
2. La calificación por la Junta Calificadora
3. La apelación ante el Jefe superior de la Institución
4. La reclamación ante la Contraloría General de la República

4.8. La Precalificación

La precalificación corresponde a la evaluación previa realizada por el jefe directo del funcionario. En otras palabras, es una etapa preparatoria de la evaluación, por lo que los conceptos, notas y antecedentes que en ella se señalan sólo tienen el carácter de recomendaciones o pautas generales para la valoración posterior, no siendo vinculantes para la Junta Calificadora.

Se debe recalcar que la función evaluadra recae en la Junta Calificadora, no en el jefe directo, ya que éste sólo precalifica.

El jefe directo es aquel funcionario de quien depende en forma inmediata la persona a calificar. Para realizar su función, el jefe directo deberá considerar instrumentos auxiliares de precalificación, como pueden ser conceptos, notas, antecedentes proporcionados por escrito, considerándose para estos efectos las anotaciones en la hoja de vida, definida como el documento en donde se anotarán todas las actuaciones del funcionario que impliquen una conducta o desempeño destacado o reprochable, producidas durante el respectivo período de calificaciones.

En la Hoja de Vida encontramos las notas de mérito y demérito, que son las anotaciones que pueden incorporarse en el mencionado instrumento auxiliar.

5. Las notas de mérito son aquellas circunstancias manifestadas en acciones concretas y debidamente identificadas que destacan nítidamente al calificado entre sus compañeros de trabajo.

6. Las notas de demérito son aquellas circunstancias manifestadas en acciones o hechos negativos en que haya incurrido el personal y que contradigan las normas disciplinarias y éticas, o afecten al patrimonio o funcionamiento de la Institución.

Cabe destacar que cada anotación de mérito o demérito deberá referirse normalmente a un factor de calificación y, excepcionalmente, podrá comprender hasta dos factores.

En cuanto a la reclamación que el funcionario puede interponer cuando ha sido

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

objeto de una anotación de demérito, el Decreto Nć 110 establece que una vez que esta se notifica, el funcionario tiene el plazo de 5 días para solicitar al jefe directo que se deje sin efecto la anotación, o que se deje constancia de las circunstancias atenuantes que concurran en cada caso. Además, el funcionario puede solicitar a su jefe directo que se efectúen las anotaciones de mérito que a su juicio serían procedentes.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones del Precalificador tenemos en primer lugar que este jefe directo debe fundamentar sus precalificaciones. Así, en aquellos casos que se precalifique con nota 1, 2 o 7, estas se podrán aplicar cuando estén respaldadas con anotaciones registradas en el informe de calificación del respectivo funcionario, durante el período calificatorio.

En segundo lugar, en el caso que el funcionario calificado haya tenido dos jefes directos durante el período a evaluar, la nota deberá ser efectuada por el último de ellos, considerando los antecedentes que puedan aportar los jefes anteriores, a requerimiento del último, lo que deberá ser considerado en la precalificación

4.9. Las Calificaciones Propiamente Tales

La calificación se define como la evaluación efectuada por la Junta Calificadora que corresponda, teniendo como base la precalificación realizada por el jefe directo del funcionario, o la evaluación efectuada de conformidad al inciso final del artículo 29 del Estatuto Administrativo.

Esta calificación se hará en base a factores, que son aquellos rubros que se consideran al momento de precalificar y calificar a un funcionario, los que tendrán coeficientes que se utilizarán para el cálculo del puntaje final. Estos factores son:

1. Eficiencia (coeficiente 5)
2. Cooperación e iniciativa (coeficiente 4)
3. Conducta (coeficiente 3)
4. Preparación y conocimientos (coeficiente 2)
5. Puntualidad, asistencia y presentación personal (coeficiente 1)

Las notas que pueden asignarse a los factores tendrán el siguiente significado:

1.- Malo

2.- Deficiente

3.- Regular

4.- Satisfactorio

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

5.- Bueno

6.- Muy bueno

7.- Distinguido

Con esto, el puntaje final de cada uno de los factores señalados será igual al producto obtenido de la multiplicación de la nota asignada a cada factor, por el coeficiente de ponderación respectivo, no pudiendo, en consecuencia, exceder de 105 puntos el puntaje máximo obtenido en el total de ellos.

Cuando ya se tiene el puntaje final, se debe determinar la inclusión del funcionario en las listas de desempeño. Esta inclusión se determina a través de la suma de los puntajes asignados a los factores, lo que constuirá finalmente la calificación:

- De 105 a 89 puntos, con ninguna nota inferior a 4: Lista Nć 1, de Mérito
- De 88 a 60 puntos, con ninguna nota inferior a 3: Lista Nć 2, Buena
- De 59 a 45 puntos, con ninguna nota inferior a 2: Lista Nć 3, Regular
- Menos de 45 puntos: Lista Nć 4, Mala

Al respecto, si se está por dos años consecutivos en Lista Nć 3, o se es calificado en Lista Nć 4, esto trae como consecuencia la destitución del Servicio.

En cuanto a la Junta Calificadora, entendida como el ente que se encuentra a cargo de determinar la calificación, en cada Servicio de Salud y demás organismos dependientes del Ministerio de Salud, se constuirá de la siguiente forma:

Por los cinco profesionales funcionarios de más alta jerarquía aunque perciban sus remuneraciones de acuerdo con el sistema de la Escala Única de Sueldos, con excepción del Jefe Superior del Servicio y con la participación de un funcionario de la misma profesión del personal calificado, determinado por su antigüedad en el Servicio.

Si hubiere más de un profesional en cada uno de los más altos cargos del Servicio, la Junta Calificadora se integrará con el siguiente orden de antigüedad:

a. Antigüedad en el cargo dentro del Servicio.

b. Antigüedad en el Servicio, si hubiere coincidencia den antigüedad en el cargo-

c. Antigüedad en la Administración Pública, si hubiere coincidencia de antigüedad en el Servicio.

d. Antigüedad de título, si hubiere coincidencia de antigüedad en la Administración Pública.

En el caso de impedimento de algún miembro de la Junta, ésta será integrada por el profesional que debe subrogarlo en el desempeño de su cargo.

En cuanto a su forma de trabajo, la Junta Calificadora funciona a través de sesiones y de la adopción de acuerdos, para lo cual la Junta deberá estar integrada por la totalidad de sus componentes. Los acuerdos de la Junta serán siempre fundados y se adoptarán por la mayoría de votos; los empates serán dirimidos por el Presidente. Para todo esto, la Junta deberá cumplir su cometido dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha de su constitución.

Los acuerdos que se tomen en esta instancia, deberán siempre ser fundados. Esta exigencia ha sido interpretada por la jurisprudencia administrativa como "la necesidad de que tales acuerdos deben enunciar los motivos, razones, causas específicas y circunstancias precisas que se han considerado para asignar a un funcionario una determinada calificación, antecedentes que por sí mismos deben conducir al resultado de la evaluación verificada, debiendo existir, lógicamente, una concordancia entre el fundamento emitido y las notas asignadas al empleado" (Dictamen Nć 20.902, de 1993).

4.10. La Apelación

De acuerdo al artículo 18 letra c) del Reglamento General de Calificaciones se entiende por apelación y reclamo "el recurso con que cuenta el funcionario contra la resolución de la Junta Calificadora". Así, el funcionario que no estuviere conforme podrá apelar ante el Jefe Superior del Servicio.

El plazo para apelar de una calificación es de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de aquella.

De acuerdo al principio de prohibición de reforma en perjuicio, el Jefe Superior del Servicio, conociendo de un recurso de apelación, no podrá bajar la calificación, sino que sólo podrá confirmar o subir el puntaje asignado.

El recurso de apelación deberá presentarse en la Oficina del Personal del Establecimiento, la que adjuntará la presentación de todos los antecedentes que sirvieron de base a la calificación.

En cuanto a la resolución de este recurso, existe una obligación de fundamentarla, es decir, deberán exponerse los argumentos de hecho y de Derecho invocados en la apelación. En este sentido, la jurisprudencia del órgano contralor ha señalado que "si bien la exigencia de fundar el fallo de la apelación no se contempla expresamente en el inciso segundo del artículo 48 de la citada ley Nć 18.834, ésta debe satisfacerse siempre, pues tal imperativo se desprende del artículo 45, inciso segundo, de la ley Nć 18.575, que al prevenir que la carrera funcionaria se funda en el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los servidores, impone a la autoridad, ante cualquier situación que se relacione con alguno de esos aspectos, la obligación de fundar

su actuación, y como ésta afecta dicha carrera, debe estar debidamente fundada y obedecer a una razón que la justifique, pues de lo contrario, se incurre en una arbitrariedad" (Dictamen Nć 7.880, de 2006).

4.11. Reclamación Ante La Contraloría General De La República

Este es aquel recurso con que cuenta el funcionario contra la evaluación efectuada de conformidad al inciso final del artículo 29 del Estatuto Administrativo. El órgano competente para conocer de este tipo de reclamaciones es la Contraloría General de la República, por lo que el recurso debe ser presentado ante esta entidad de control.

En cuanto al plazo para presentar esta reclamación, el artículo 73 del Decreto Nć 110, de 1963, indica que, notificado el fallo de la apelación, el funcionario podrá reclamar directamente a la Contraloría General de la República, dentro de 15 días. Sin embargo, acá se debe tener presente que sólo se podrá recurrir a esta instancia cuando se trate de algún vicio de procedimiento de implique infracción legal o reglamentaria.

El órgano contralor no está facultado para conocer el mérito de la calificación efectuada en el proceso, por lo que sólo puede revisar que el procedimiento se haya llevado a cabo sin irregularidades. Así, el Dictamen Nć 46.630, de 2008, indica que esta facultad de revisar procesos evaluatorios "dice relación con la posible existencia de arbitrariedades o vicios de legalidad que pudieran presentarse en sus diferentes etapas, que contravinieran las leyes y reglamentos que rigen la materia, y no sobre el mérito y desempeño de los servidores, todo ello en consideración a que la facultad evaluadora, es decir, la ponderación del comportamiento y eficiencia de los empleados se encuentra radicada en la Junta Calificadora respectiva, sin perjuicio de las atribuciones que sobre la materia recaen en la jefatura superior del servicio".

Por otro lado, el actuar de la Contraloría en estas materias se materializará a petición de la parte interesada, personalmente o representada por una asociación de funcionarios.

En cuanto al procedimiento de esta reclamación, el inciso 2ć del artículo 73 del Decreto Nć 110, de 1963, señala que, una vez que el funcionario haga su reclamación, el Secretario de la Junta Calificadora enviará los antecedentes a la Contraloría. Este organismo tiene el plazo de 15 días hábiles, contados desde la recepción completa de los antecedentes. En cuanto a la decisión, podrá confirmar la resolución reclamada u ordenar que se deje sin efecto la calificación de que se trate. A su vez, puede indicar que se corrija el vicio en que se hubiere incurrido, sin embargo, si por la naturaleza de la infracción no fuere posible mantener la eficacia del proceso calificatorio, el Contralor, al resolver el reclamo, lo declarará así y ordenará abrir uno nuevo en todo o parte, para que se cumpla en los plazos y en la forma que él mismo determine.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

4.12. Efectos De La Calificación

El proceso calificatorio se entiende firme desde que vence el plazo para reclamar o desde que sea notificada la resolución de la Contraloría General de la República que falla el reclamo. Acá cabe hacer presente que el hecho de que exista un reclamo pendiente interpuesto por un funcionario, no impide que éste sea calificado en el proceso siguiente, toda vez que las calificaciones se realizan para períodos independientes. Así, "las evaluaciones de los diversos períodos son independientes entre sí y no obligan a la autoridad competente a asignar al servidor un cierto puntaje y lista en relación a los resultados obtenidos en calificaciones precedentes" (Dictamen Nć 14.129, de 1999).

Una vez que el proceso calificatorio se encuentra afinado, se producen los siguientes efectos:

A. La desvinculación del funcionario calificado en lista 4 o por segundo año consecutivo en lista 3. En estos casos, el empleado deberá retirarse del Servicio dentro de los 30 días siguientes al término de la calificación, y si así no lo hiciere, se le declarará vacante el empleo a contar desde el día siguiente a esa fecha.

B. La confección del Escalafón de mérito

C. La calificación del personal a contrata debe ser considerada como uno de los antecedentes para resolver sobre la prórroga del respectivo vínculo, de acuerdo al artículo 38 inciso final del Decreto Supremo Nć 1.825.

5. Feriados Y Permisos

Como la ley 19.664 no se ocupa del tema, rige supletoriamente lo dispuesto en la ley 15.076, normativa que redirige a la ley 18.834.

Sin embargo estos dos últimos años se han efectuado una serie de medidas de carácter extraordinario, atendida la Pandemia que se ha visto imbuida nuestra sociedad.

5.1. Situación De Jurídica De Los Funcionarios Producto De La Pandemia Covid-19:

En este contexto, Contraloría en su Dictamen N° 3610 de marzo de 2020, dispone que ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

En particular, la ley N° 18.575 radica en el jefe superior del respectivo servicio las facultades de dirección, administración y organización, debiendo, al momento de adoptar las medidas de gestión interna para hacer frente a la situación sanitaria en referencia, considerar las particulares condiciones presentes en la actualidad.

A la luz de lo prescrito por el artículo 45 del Código Civil, norma de derecho común y de carácter supletorio, el caso fortuito constituye una situación de excepción que, en diversos textos normativos, permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico.

En la especie, el brote del COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves, consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población evitando así la extensión del virus, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos; esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad.

5.2. El Feriado Legal:

El Feriado legal está definido en el artículo 102 de la Ley 18.834 que señala: ***"Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen". Se agrega, que dicho feriado corresponderá a cada año calendario y para tener derecho se requiere tener cumplido al menos un año de servicios como funcionario y su duración será: Por su parte la ley 15.076 dispone en su artículo 22 que, el feriado legal a que tienen derecho los profesionales funcionarios que prestan servicios en entidades afectas al Decreto Ley N° 249, de 1973, se regirá por las disposiciones del Estatuto Administrativo.***

Así las cosas, los profesionales funcionarios tendrán derecho a gozar de un feriado legal. Se entiende por el mismo, el descanso al que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo de duración del mismo.

Esto es lo que comúnmente llamamos "vacaciones" y lo beneficioso de esto es que durante todo el periodo, se siguen percibiendo las remuneraciones correspondientes.

La duración del feriado es la siguiente:

a. 15 días hábiles para los profesionales funcionarios con menos de 15 años de servicio;

b. 20 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 15 años y menos de 20; y

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

c. 25 días hábiles para los profesionales funcionarios con más de 20 años de servicios.

d. Los profesionales contratados según ley 15.076 y 18.834 que residan en las Regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, de Magallanes y de la Antártida Chilena y en las Provincias de Chiloé y Palena de la Región de Los Lagos, tendrán derecho a que sus feriados aumenten en cinco días hábiles.

Para los efectos del feriado legal, la antigüedad se determinará considerando todo el tiempo servido en cualquier carácter por el profesional funcionario en los Servicios Públicos y en las Empresas Particulares que ejerzan funciones delegadas de un Servicio Público, incluso el servido con anterioridad a la obtención del título profesional.

Es necesario señalar que para el cómputo de los años de servicio, todos los años trabajados como dependiente, en cualquier calidad jurídica, ya sea en el sector público como en el privado. (Art 103 Ley 18.834). Para hacer efectivo al aumento de los días de Feriado se debe presentar un Certificado de Feriado Progresivo (AFP o INP) en la Oficina de Recursos Humanos.

Para tener derecho al primer feriado se requiere, en todo caso, haber cumplido un año de servicios.

5.3. El Feriado Especial:

Los funcionarios contratados por Ley 15.076, que sean radiólogos, radioterapeutas, anatomopatólogos de hospitales generales y de tuberculosis que trabajen en jornada completa, los médicos legistas tanatólogos, los que trabajen con isótopos radioactivos o estén expuestos habitualmente a radiaciones; los químicos farmacéuticos legistas, los psiquiatras tratantes, los laboratoristas clínicos, los bacteriólogos, los profesionales que ejerzan sus funciones en servicios de urgencia, residencia hospitalaria y residencia de maternidades, y los que en el ejercicio de sus funciones estén dedicados habitualmente a la atención de la tuberculosis, tendrán derecho además a un feriado especial de 15 días corridos, el que deberá estar separado por no menos de 4 meses del feriado ordinario.

5.4. El Feriado Compensatorio:

La ley 19.264 establece para el personal directivo, profesional, técnico, administrativo y auxiliar de los Servicios de Salud, afectos al decreto ley N° 249, de 1974, que labora efectiva y permanentemente en puestos de trabajo que requieren atención las 24 horas del día en sistemas de turnos rotativos, nocturnos y en días sábados, domingos y festivos en Unidades de Emergencia, Unidades de Cuidado Intensivo, Servicios Clínicos de Obstetricia (Unidades de: Recepción, Pre-Parto, Parto, Pabellón,

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Recuperación, Recién nacido inmediato, Aislamiento y Alto Riesgo Obstétrico), Unidades de Neonatología, Unidades de Radiología, Unidades de Laboratorio Clínico y Banco de Sangre, y Sistema de Atención Médica de Urgencia (SAMU), y otras homologables a las anteriormente señaladas, las que serán definidas cada tres años por resolución del Subsecretario de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, visada previamente por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. El personal tendrá derecho, a optar por uno de los siguientes beneficios:

1) Un descanso compensatorio especial de 10 días hábiles al año, con goce de remuneraciones y compatible con el feriado legal.

El referido descanso deberá usarse en forma continua dentro del año, cada año calendario; no podrá acumularse al feriado legal y tendrá que estar separado de éste por un plazo no inferior a tres meses.

Sin embargo, si por necesidades de servicio el jefe superior anticipa o posterga la época en que se pida el descanso compensatorio, el funcionario podrá solicitar, por una sola vez, su acumulación para usarlo conjuntamente con el del año siguiente.

2) Un incremento de la asignación permanente.

Este feriado es aplicable a los contratados según Ley 18.834 y 15.076.

Ahora bien, en el artículo 23 letra d) de la ley 15.076 establece un feriado especial, que desde ya indicamos que no se aplica a este caso.

Para concluir lo recientemente indicado debemos señalar que el artículo 22 ya visto, señala que el feriado legal a que tienen derecho los profesionales funcionarios que prestan servicios en entidades afectas al Decreto Ley N° 249, de 1973, se regirán por las disposiciones del artículo 97° y siguientes de la ley 18.834, entendiéndose para los efectos de la contabilización el día sábado como día no hábil. Luego, indica el inciso 2° de dicho artículo 22 de la ley 15.076, que el feriado de los profesionales funcionarios no comprendidos en el inciso anterior se regirá por las disposiciones señaladas en los artículos 23 y siguientes.

Así las cosas, el artículo mencionado en la parte final del párrafo anterior, señala en su letra d): “Los profesionales funcionarios que residan en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo de Magallanes y de la Antártica Chilena y en las provincias de Chiloé y Palena en la Región de Los Lagos, tendrán derecho a que sus feriados aumenten en cinco días hábiles.” Agrega que, “Los profesionales funcionarios radiológicos y radioterapeutas, los anatomopatólogos de hospitales generales de tuberculosis que trabajen en jornada completa, los médicos legistas tanatólogos, los que trabajan con isótopos radioactivos o estén expuestos habitualmente a radiaciones; los químicos farmacéuticos legistas, los psiquiatras tratantes, los laboratoristas clínicos, los bacteriólogos, los profesionales que ejerzan sus funciones en servicios de urgencia, residencia hospitalaria y residencia de maternidades, y los que en el ejercicio de sus funciones estén dedicados

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

habitualmente a la atención de la tuberculosis, tendrán derecho a que, además del feriado ordinario contemplado en el inciso 1°, se les otorgue un feriado especial de 15 días corridos, el que deberá estar separado por no menos de cuatro meses al feriado ordinario." Luego, "Para los mismos especialistas citados en el presente artículo, el feriado ordinario no será en ningún caso inferior a treinta días."

Ahora bien, habitualmente se consulta por estos casos, respecto a médicos adscritos a Servicios de Salud u Hospitales de su red asistencial. En tal circunstancia, debemos indicar que es importante considerar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 1° del mencionado decreto ley N° 249, de 1973, el Servicio de Salud constituye una institución afecta a la regulación prevista en este último texto normativo, por cuanto tiene el carácter de continuador legal de los antiguos Servicio Nacional de Salud y Servicio Médico Nacional de Empleados, según prescribe el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

Y esto es lo que ha establecido la Contraloría General de la República, en la jurisprudencia contenida en sus dictámenes Números 9.530, de 1977; 5.032, de 1989 y 7.765, de 2010, entre otros, en que se informó que las normas sobre descanso, contempladas en el texto legal en examen, no resultan aplicables a aquellos profesionales funcionarios que se desempeñan en reparticiones regidas por el referido decreto ley N° 249, de 1973, como es el caso de los Servicios de Salud.

De esta manera, respecto de la materia de que se trata, se les aplican las reglas contenidas en la ley N° 18.834, y por ende, no le resulta aplicable el feriado especial contemplado en el artículo 23° de la ley N° 15.076.

Por ello, resulta práctico determinar a qué entidad fiscal se ha de prestar el Servicio, para luego, analizar si es de aquellas afectas al Decreto Ley mencionado a lo largo de este informe, o sus continuadoras legales.

5.5. El Descanso Compensatorio Covid-19:

Se está discutiendo en la Cámara del Senado, un proyecto de Ley que ya cuenta con la aprobación de la Cámara de Diputados, de un descanso compensatorio adicional para los funcionarios, funcionarias, trabajadores y trabajadoras, que se encontraban prestando servicios desde el 18 de marzo de 2020, sin distinción de la calidad contractual en virtud de la cual se encuentren vinculados con dichos servicios, quienes tendrán derecho a un descanso compensatorio especial de catorce días hábiles, con goce de remuneraciones y compatible con los feriados legales correspondientes.

El referido descanso deberá usarse en forma continua dentro del período de dos años desde la publicación de esta ley y contará como días trabajados para todos los efectos.

La solicitud del descanso compensatorio se hará por los mecanismos previstos para solicitar los feriados legales y será prerrogativa del trabajador o funcionario

determinar la fecha en que hará uso de él dentro de la vigencia establecida en el inciso anterior.

No podrán acceder a éste beneficio aquellos funcionarios del estamento directivo señaladas en los artículos precedentes, que sean de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento,

En consecuencia, a la fecha del presente Manual, aún no se traduce en Ley, pero se agrega para efectos de su conocimiento.

5.6. Periodo En El Que Debe Hacerse Uso Del Feriado:

El artículo 104 de la citada ley 18.834 preceptúa que el funcionario debe solicitar su feriado indicando la fecha en que hará uso de su derecho el cual no podrá ser denegado discrecionalmente, salvo que existan necesidades del Servicio, en donde la autoridad podrá anticipar o postergar la época del feriado a condición de que quede comprendido dentro del año respectivo, salvo que el funcionario en este caso pidiere expresamente hacer uso de su feriado con el que corresponda al año siguiente.

Dependiendo de cada Servicio, se determina la época en que debe solicitarse el feriado ordinario y el especial para efectos de organización del buen funcionamiento.

5.7. Forma En Que Debe Cumplirse El Feriado:

El propio artículo 104 establece que los funcionarios podrán solicitar hacer uso de su feriado en forma fraccionada, pero una de las fracciones no podrá ser inferior a 10 días, (el resto a elección del solicitante), pero dicho fraccionamiento deberá ser autorizado por la autoridad correspondiente de acuerdo a las necesidades del Servicio.

Con la dictación de la Ley 21.306 de fecha 31 de diciembre de 2020, se autorizó extraordinariamente y solo por el año 2021 lo siguiente:

"A contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta el 31 de diciembre de 2021, se permitirá el fraccionamiento del lapso de diez días hábiles que los incisos finales de los artículos 104 de la ley N° 18.834 y 103 de la ley N° 18.883 imponen tomarse de manera ininterrumpida, siempre y cuando así lo pida el funcionario y haya sido resuelto por la autoridad".

Esto, solo había sido resuelto durante el 2020 por Dictámenes de Contraloría, siendo una materia de Ley resuelta recién a fines del año pasado, que da flexibilidad a la forma en que pueden concederse los feriados legales.

Conviene puntualizar que el Colegio Médico de Chile A.G., sometió la situación a consulta de la Contraloría General de la República, ente que mediante el Dictamen

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

59.107 del año 2004, manifestó que, el feriado a que tienen derecho los funcionarios públicos en general, y los profesionales funcionarios en particular, se otorga por día y no en relación a las horas diarias que -de conformidad con la especial distribución de la jornada semanal de trabajo que puede efectuar la superioridad del servicio-, deba laborar un empleado determinado, resultando oportuno añadir que Ley N° 15.076 no contiene disposición alguna que permita arribar a una conclusión diversa, como sucede con el otorgamiento de los permisos administrativos, según se analizará más adelante.

El Dictamen sostiene que tratándose de profesionales funcionarios que concentran su jornada semanal en uno o más días de la semana, éstos no están obligados a solicitar feriado fraccionado por un número de días equivalente a las jornadas diarias que concentran en ese o esos días, sino que sólo por la cantidad necesaria para cubrir el o los días por los que se pretende gozar de ese derecho y, por ende, no concurrir a desarrollar sus labores, sin perjuicio de que corresponde a la autoridad de la institución respectiva, autorizar el referido fraccionamiento, pudiendo, en todo caso, rechazarlo sólo por necesidades del servicio.

5.8. Acumulación De Feriado:

La ley 18.834 en su artículo 104 inciso segundo señala:

“Cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen, el jefe superior de la institución, podrá anticipar o postergar la época del feriado, a condición de que quede comprendido dentro del año respectivo, salvo que el funcionario pidiere expresamente hacer uso conjunto de su feriado con el que corresponda al año siguiente. Sin embargo no podrán acumularse más de dos permisos consecutivos de feriados.

Podrá autorizarse la acumulación al año siguiente de la fracción pendiente de dicho feriado siempre que ello no implique exceder de 30, 40 o 50 días hábiles (para los contratados ley 18.834).

En relación a la acumulación de feriado, éste no es un derecho que el empleado pueda ejercer a su sola voluntad, sino que se requiere necesariamente que el funcionario haya solicitado hacer uso de su feriado durante el año correspondiente, y éste haya sido anticipado o postergado por la autoridad (Dictamen Contraloría General de la República N° 34.929 de 2008).

Hasta poco tiempo atrás, se sostuvo que no procedía la acumulación del feriado en los casos en que el funcionario estuviere con licencia médica por enfermedad. Pero recientemente, Contraloría ha cambiado de criterio, ya que la licencia médica tiene por finalidad la recuperación de la salud del trabajador; mientras que el feriado tiene por finalidad la recuperación de las fuerzas y energías del trabajador por el agotamiento que causa el desempeño de sus funciones. Así las cosas, el Dictamen N°30.269 de 25 de noviembre de 2019, indica que las licencias médicas son de

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

carácter irrenunciable, ordenadas por el médico que la otorga (no optativa), estando obligados a mantener reposo,; de ello deriva que los funcionarios no pueden suspender su licencia médica para poder solicitar su feriado legal o acumularlo para el año siguiente, por lo que procede autorizar la acumulación del feriado a quienes no podrán gozar de todo o parte de él en la respectiva anualidad.

Para los profesionales médicos, al tener cargos en diferentes Servicios, la autorización debe venir visada por ambas Jefaturas.

En la mayoría de los servicios, el trámite de acumulación debe realizarse durante el mes de Noviembre de cada año.

5.9. Situación Extraordinaria Producto De La Pandemia Originada Por Covid-19:

Con fecha 23 de septiembre de 2020, Contraloría se pronunció mediante Dictamen N° 37915, que el feriado es una prerrogativa que dice relación con el año en que se devenga, y que se extingue si el funcionario no hace uso de él durante ese año, a menos que haya solicitado expresamente su acumulación, pudiendo efectuarse esta en años sucesivos, en la medida que no se exceda el tope equivalente a la sumatoria del feriado de dos años. Pero dicha situación se ha modificado en forma extraordinaria para los períodos de los años 2021 y 2022.

Así, para que sea procedente la acumulación de feriado, es menester que: a) el funcionario haya solicitado el beneficio correspondiente al año calendario; b) la autoridad anticipe o postergue la época de su goce por razones de buen servicio y c) el servidor solicite la acumulación, en términos formales y explícitos, dentro del año calendario en que se debería haber disfrutado del mismo (aplica dictamen N° 22.927, de 2016).

El legislador, mediante la Ley 21.306 de fecha 31 de diciembre de 2020, dispuso en su artículo 65 lo siguiente:

"Facúltase a las jefaturas superiores de los servicios públicos para permitir, de manera extraordinaria y por única vez, la acumulación para los años 2021 y 2022, de todo o parte del feriado del año 2019 acumulado para el año 2020, aun cuando con dicha acumulación supere el límite de 30, 40 o 50 días de feriado para aquella anualidad. Asimismo, se podrá acumular para el año 2022 todo o parte del feriado del año 2020 acumulado para el año 2021, aun cuando supere los límites antes indicados.

El funcionario deberá solicitar expresamente la acumulación del feriado señalado en el inciso anterior, a más tardar en los quince días hábiles siguientes a la publicación de la presente ley para efectos de acumular el feriado del año 2019 para el año 2021. ***Respecto de la acumulación del feriado de los años 2019 y 2020 para el año 2022, la solicitud deberá presentarse durante el mes de diciembre de 2021.***

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

A contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta el 31 de diciembre de 2021, se permitirá el fraccionamiento del lapso de diez días hábiles que los incisos finales de los artículos 104 de la ley N° 18.834 y 103 de la ley N° 18.883 imponen tomarse de manera ininterrumpida, siempre y cuando así lo pida el funcionario y haya sido resuelto por la autoridad.

También las jefaturas superiores de los servicios públicos podrán, de manera extraordinaria, acordar con sus trabajadores sujetos al Código del Trabajo, la acumulación para el año 2021 y 2022, de todo o parte del feriado del año 2019 acumulado para el año 2020, como asimismo, permitir el fraccionamiento del lapso de diez días hábiles que la normativa impone tomarse de manera ininterrumpida.

Lo dispuesto en este artículo también resultará aplicable a otros estatutos laborales que rijan a los funcionarios públicos y contemplen una norma de similar naturaleza a las antes indicadas".

5.10. Situación De Los Becarios:

Los profesionales funcionarios becarios carecen de la calidad jurídica de funcionarios públicos, conforme a lo previsto en la Ley N° 15.076 y en la reglamentación especial a que se encuentran sujetos en el goce de las becas que les hayan sido otorgadas.

A su turno, el artículo 1° del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud Reglamento de Becarios-, indica que la beca es el mecanismo o forma de financiamiento proporcionado por una entidad de las señaladas en el artículo 43 de la ley N° 15.076, destinado a permitir el perfeccionamiento o especialización de profesionales, y que involucra su alejamiento de las funciones que habitualmente desempeñan.

Además, previene que la beca no constituye cargo o empleo, por lo cual no son aplicables a los becarios las disposiciones de la ley N° 18.834, las contenidas en la ley N° 15.076, salvo su artículo 43, y las que expresamente señala ese reglamento.

En éste sentido el Decreto 507 del Ministerio de Salud en su artículo 14 les reconoce a los becarios expresamente el derecho a feriado que corresponde a los funcionarios afectos a la ley 15.076, pero sólo ese derecho, (por lo que se hace necesario recalcar que no pueden hacer uso de días administrativos, ni a las otras prerrogativas, incluso carecen del derecho de los permisos especiales que se detallan más adelante).

5.11. Interrupción Del Feriado Por Licencia Médica:

Respecto del otorgamiento de licencias médicas extendidas a causa del COVID-19; resulta útil destacar que Contraloría, en el dictamen N° 11.753, de 2016, entre otros, ha precisado que el criterio general aplicable a la materia es que el feriado legal corre ininterrumpidamente una vez concedido, no pudiendo superponerse durante su transcurso una licencia médica, con excepción de casos debidamente calificados y referidos a enfermedades graves, condiciones que atañe a la correspondiente jefatura verificar.

De este modo, acorde con el criterio sustentado en el dictamen N° 2.803, de 2020, la autoridad puede disponer la suspensión del feriado en casos calificados, como la enfermedad producida por el virus COVID-19, considerando que el descanso dispuesto para la recuperación de la salud resulta incompatible con la finalidad del feriado legal.

Debe además tenerse presente que el proyecto de ley que consta en Oficio N° 16.715 de fecha 29 de junio de 2021, señala:

Artículo 4: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 151 de la ley Nć 18.834, sobre Estatuto Administrativo, desde la entrada en vigor del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y hasta un año después del término de su última prórroga, el uso de licencia médica por causa de Covid-19, sea por caso confirmado, sospecha o contacto estrecho, por patologías asociadas al contagio, o por causas asociadas a estrés, depresión o salud mental en general, no se considerará para efectos de la declaración de salud incompatible con el cargo.

Artículo 5.- Para los efectos de la ley N° 16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, se considerarán como enfermedades profesionales aquellos trastornos psiquiátricos o físicos que sufran los trabajadores o funcionarios señalados en el artículo 1, ocasionados por el desgaste profesional y los daños psicosociales a los que han estado expuestos, que guarden directa relación con la situación sanitaria que motivó el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por el decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Asimismo, contraer Covid-19 será considerado enfermedad profesional a todo evento, atendido a los riesgos de la labor que desarrollan los trabajadores antes señalados".

Se recalca que estamos hablando de un proyecto de Ley que aún no tiene rango legal.

5.12. Caso Especial De Funcionarios Acogidos Al Beneficio De Liberación De Guardias Nocturnas:

El artículo 44 de la ley 15.076 establece que los funcionarios que gocen del beneficio de exención de guardia nocturna mantendrán los derechos que sus funciones les conferían.

En consecuencia, mantienen los mismos derechos de vacaciones que tenían en su cargo. Sin embargo, en este caso, no conservan el derecho a feriado o descanso compensatorio establecido en el artículo 5° de la Ley N° 19.230.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

5.13. Feriado O Descanso Compensatorio Para Funcionarios Que Realizan Turnos Nocturnos Y En Domingos Y Festivos

El artículo 5° de la ley N° 19.230 dispone que los profesionales funcionarios que se desempeñen en los Servicios de Salud, que trabajen permanentemente en sistemas de turnos nocturnos y en días domingos y festivos, en Servicio de Urgencia, Maternidades, Unidades de Cuidados Intensivos y Residencias Médicas, en cargos de 28 horas, tendrán derecho en cada año calendario a un descanso compensatorio especial, compatible con el feriado legal de diez días hábiles, con goce de todas sus remuneraciones, el que se hará efectivo, además, en los cargos de 11, 22 ó 33 horas semanales, que pudieran compatibilizar con las aludidas 28 horas, y que sirvan en el mismo establecimiento hospitalario del respectivo Servicio.

5.14. Funcionarios Que Se Desempeñan Simultáneamente En Cargos 22 Horas Y 28 Horas.

En éste sentido lo primero que se debe señalar es que de acuerdo a Dictámenes de Contraloría ambos cargos son independientes, dado que todos los derechos y obligaciones de los profesionales funcionarios deben hacerse efectivos en forma separada respecto de cada una de las plazas que ejerzan, según se indicó en el dictamen N° 62.147, de 1979. Lo que tiene las siguientes consecuencias:

a. Requieren, para que procedan, que se cumplan los requisitos individuales por cada cargo.

b. Ambos generan el derecho a feriado legal y permisos, los que se pueden tomar conjuntamente, siempre y cuando sea autorizado por la Dirección; pero en caso de tomarlos por separado, no cubren el otro cargo, debiendo cumplir las funciones íntegramente de aquél por el cuál no se solicitó el respectivo feriado o permiso.

5.15. Situación Del Funcionario Contratado En Calidad De Reemplazo:

Se cree erróneamente que el funcionario contratado en calidad de reemplazo no tiene derecho a los feriados legales ni permisos, situación que Contraloría ha zanjado en su Dictamen N° 20158 del año 2013, señalando: “Es pertinente recordar que los cargos a contrata son aquellos que se encuentran contemplados en calidad de transitorios en la organización de una entidad pública y duran, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la ley N° 18.834, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año.

Del mismo modo, y tal como se informó en el dictamen N° 2.880, de 2013, de este Organismo Fiscalizador, la designación a contrata para reemplazar a otro funcionario solo tiene de peculiar la específica necesidad del servicio que mediante ella se busca satisfacer, pero no constituye una modalidad de vinculación estatutaria especial o diversa de la contrata establecida en el artículo 10 aludido”.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

En consecuencia, la calidad de reemplazo, no impide el derecho a poder usar y gozar de los permisos y feriados legales, cumpliéndose los requisitos establecidos y señalados precedentemente.

6. Permisos

6.1. Permisos Administrativos Ordinarios:

6.1.1. Permiso Con Goce De Sueldo:

El artículo 26 de la Ley 15.076 señala que los Jefes de Servicios están autorizados para conceder al personal de su dependencia, por resolución fundada y cuando circunstancias especiales lo justifiquen, permisos fraccionados o continuos hasta seis días hábiles en cada semestre calendario, con el goce de sueldo y demás remuneraciones de que disfruten.

Aquellos que no cumplan su jornada semanal de 44 horas semanales, se considerará que un día de permiso corresponde a la cantidad de horas que resulte de dividir por cinco la jornada laboral. Es decir, si tienen un contrato de 28 horas semanales, tendrán derecho a 24 horas de permiso con goce de sueldo por semestre.

6.1.2. Permiso Sin Goce De Sueldo:

El artículo 27 de la Ley 15.076 establece los siguientes casos para conceder permisos sin goce de remuneraciones:

a. Por motivos particulares hasta dos meses en cada año calendario, o seis meses cada 3 años.

b. Para trasladarse al extranjero por el tiempo que se exprese al otorgar el permiso, el cual no podrá exceder de tres años.

c. Las instituciones empleadoras en donde presten servicios los profesionales médicos de la Armada embarcados, deberán otorgarles permiso sin goce de sueldo durante el tiempo que dure el viaje.

Estos permisos deben concederse por resolución fundada, que debe solicitarse para cada caso. Mientras esa resolución no se dicte y notifique, no podemos confiar en que el permiso se materializará.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

6.2. Permisos Administrativos Especiales:

6.2.1. Permiso Por Nacimiento O Fallecimiento De Hijo:

a. Características principales del Permiso por Nacimiento o por Adopción de un Hijo.

(i) Se trata de un beneficio a favor del padre o madre funcionario.

(ii) Se otorga por cinco (5) días, considerando solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.

(iii) Permite ausentarse transitoriamente del servicio.

(iv) Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.

(v) Se puede hacer uso de ellos a elección del padre o madre, en forma continua si los ocupa desde el momento del parto, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. En el caso del empleado que se encuentre en proceso de adopción, el uso del permiso se computará desde la fecha de la respectiva resolución judicial.

(vi) Es irrenunciable.

b. Características principales del Permiso por Fallecimiento de un Hijo o de un Hijo en Período de Gestación.

(vii) Se trata de beneficios en favor de la generalidad de los funcionarios.

(viii) Se otorga por siete (7) días corridos en el caso de la muerte de un hijo y por tres (3) días hábiles en el caso de la muerte de un hijo en período de gestación, considerándose en ambos casos solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.

(ix) Deben hacerse efectivos a partir de la fecha del fallecimiento, sin perjuicio que en el caso de defunción fetal el permiso se hará efectivo a partir desde el momento de acreditarse la muerte, con el respectivo certificado de defunción fetal.

(x) Permite ausentarse transitoriamente del servicio.

(xi) Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.

(xii) No puede compensarse en dinero.

6.2.3. Permiso Por Fallecimiento Del Cónyuge O Conviviente Civil

Acorde a lo señalado en el artículo 66 del Código del Trabajo, aplicable según lo dispuesto en el artículo 104 bis del Estatuto Administrativo, *"[e]n el caso de muerte del cónyuge o conviviente civil, todo trabajador tendrá derecho a siete días corridos*

de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio".

"Estos permisos deberán hacerse efectivos a partir del día del respectivo fallecimiento".

a. Características principales del Permiso por Fallecimiento del Cónyuge o Conviviente Civil.

(i) Se trata de un beneficio en favor de la generalidad de los funcionarios.

(ii) Se otorga por siete (7) días corridos, considerándose solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.

(iii) Debe hacerse efectivo a partir de la fecha del fallecimiento.

(iv) Permite ausentarse transitoriamente del servicio.

(v) Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones

(vi) No puede compensarse en dinero

6.2.4. Permiso Por Fallecimiento Del Padre O Madre

De acuerdo a lo señalado en el artículo 66 del Código del Trabajo, aplicable según lo dispuesto en el artículo 104 bis del Estatuto Administrativo, todo funcionario tendrá derecho a "permiso" "por tres días hábiles en el caso de muerte" "del padre o de la madre…", el cual deberá hacerse efectivo "a partir del día del" "fallecimiento".

a. Características principales del Permiso por Fallecimiento del Padre o Madre

i. Se trata de un beneficio en favor de la generalidad de los funcionarios.

ii. Se otorga por tres (3) días hábiles, considerándose solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.

iii. Debe hacerse efectivo a partir de la fecha del fallecimiento.

iv. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.

v. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones

vi. No puede compensarse en dinero

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

6.2.5. Permiso Deportivo

El artículo 74 de la Ley N° 19.712, Ley del Deporte, dispone en su inciso primero que "[l]os deportistas, técnicos, jueces, árbitros y dirigentes designados por las instituciones competentes para representar al deporte chileno en eventos de carácter nacional, sudamericano, panamericano, mundial u olímpico y que sean funcionarios de los órganos y servicios públicos a que se refiere el artículo 1° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, tendrán derecho a un permiso especial con goce de remuneraciones, con el objeto de participar en dichos torneos por el período que dure su concurrencia, previa certificación del Instituto [Nacional de Deportes de Chile]".

Características principales del Permiso Deportivo:

1. Se trata de un beneficio previsto solo en favor de un funcionario que invista alguna de las calidades que taxativamente señala el artículo 74 de la Ley N° 19.712, previa certificación del Instituto Nacional de Deportes de Chile.
2. La duración del permiso es la misma del respectivo torneo deportivo.
3. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
4. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.

6.2.6. Permiso Para Contraer Matrimonio

Este permiso se encuentra contemplado en el artículo 207 bis del Código del Trabajo.

a. Las características del Permiso para Contraer Matrimonio son las siguientes:
    1. Se trata de un beneficio en favor de la generalidad de los trabajadores y trabajadoras.
    2. Se otorga por cinco días hábiles continuos, considerándose solo los días en que el funcionario de que se trate deba cumplir con su jornada laboral.
    3. Se puede hacer uso de él, a elección del empleado o empleada, el mismo día del matrimonio y en los días inmediatamente anteriores o posteriores a la celebración de éste.
    4. Permite ausentarse transitoriamente del servicio.
    5. Durante su uso se mantiene el goce de las remuneraciones.
    6. Este permiso puede solicitarse para contraer tanto el matrimonio civil como el matrimonio religioso, pero no ambos, ya que la ley no hace distinción al respecto.

CAPÍTULO IV.

Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

b) Forma de Ejercer el Permiso

i. Como el permiso consta de cinco días hábiles, pagados con cargo al empleador, por matrimonio del trabajador o trabajadora, éste debe ser solicitado de la siguiente forma:

ii. 1° Se debe dar aviso por el funcionario o funcionaria al empleador de su uso, con treinta días de anticipación a la celebración del matrimonio.

iii. 2° Luego de hacer uso del permiso el funcionario o funcionaria, debe presentar, dentro de los treinta días siguientes a dicha celebración, el respectivo certificado de matrimonio expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación o el certificado de la autoridad religiosa o del culto que profese el trabajador o trabajadora y bajo el cual haya contraído matrimonio.

iv. 3° El uso de este permiso si bien es a elección del empleado, debe ser utilizado para el mismo día del matrimonio o en los días inmediatamente anteriores o posteriores a la celebración de éste.

v. 4° En el caso que las dos personas que van a contraer matrimonio pertenezcan a la misma empresa o al mismo servicio público, el permiso debe ser otorgado a ambos.

vi. 5° Con el reconocimiento de este permiso se avanza en la idea de compatibilizar la vida laboral y familiar, englobando la regulación relacionada con el derecho a licencias pre y postnatal, la licencia por enfermedad del hijo menor de un año, el derecho a permiso pagado en caso de fallecimiento de un hijo, del cónyuge o de los padres.

(1)Jurisprudencia Administrativa sobre el permiso para contraer matrimonio:

vii. Los empleados públicos regidos por el citado Estatuto Administrativo tienen derecho al permiso para contraer matrimonio previsto en el artículo 207 bis del Código del Trabajo. (Dictamen N° 14.494, de 2015, de la Contraloría General de la República (CGR)).

viii. Los profesionales funcionarios becarios carecen de la calidad jurídica de funcionarios públicos, conforme a lo previsto en la Ley N° 15.076 y en la reglamentación especial a que se encuentran sujetos en el goce de las becas que les hayan sido otorgadas, y no tienen más derechos que los expresamente reconocidos en esta normativa, por lo que no procede reconocerles el derecho a gozar del permiso para contraer matrimonio previsto en el artículo 207 bis del Código del Trabajo. (Dictamen N° 5.883, de 2015, CGR).

ix. No procede otorgar el permiso especial contemplado en el artículo 207 bis del Código del Trabajo al funcionario o funcionaria que celebre un "Acuerdo de Unión Civil" en los términos establecidos en la Ley N° 20.830, pues aquel solo corresponde otorgarlo a quienes han contraído matrimonio, lo que no acontece en este último caso, ya que dicha ley crea una institución nueva, distinta del matrimonio, que origina un estado civil diferente, lo cual queda claro de su propio texto. (Dictamen N° 16.657, de 2016, CGR).

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

6.3. Jurisprudencia Administrativa Sobre Los Permisos Especiales.

1. La intención o espíritu de la normativa prevista en los artículo 66 y 195 del Código del Trabajo, es permitir que el funcionario se ausente de sus labores para cumplir con sus obligaciones familiares y/o resolver las contingencias derivadas del fallecimiento de un pariente (Dictámenes N°s 5.504/2008, 19.295/2009 y 45.282/2014 Contraloría General de la República).

2. Para el cómputo de los días de permiso a que se refieren los artículos 66 y 195 del Código del Trabajo, debe estarse a aquellos en que el respectivo trabajador debe cumplir con su jornada laboral, sin considerar los días de descanso semanal ni los feriados legales (Dictamen N° 5.504/2008 CGR).

3. En el caso de un funcionario con jornada parcial semanal, fraccionada en diversos días, tiene derecho a gozar del permiso por nacimiento, si decide no usarlo en días corridos y distribuirlo en el primer mes, contado desde la fecha del nacimiento, en aquellos días en que cumple su jornada laboral (Dictamen N° 3.084/2010 CGR).

4. En el caso del empleado que se encuentre en proceso de adopción, el uso del permiso se computará desde la fecha en que se halle ejecutoriada la resolución judicial que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620 (Dictamen N° 8.108/2010 CGR).

5. Cuando, por autorizarlo la ley, la jornada semanal de un profesional está concentrada en un solo día de la semana, lo mismo ha sucedido con las jornadas diarias de trabajo, por lo que es precisamente en aquel día de turno fijado para el cumplimiento de la jornada semanal, con cargo al cual debe hacerse efectivo el permiso por nacimiento de un hijo, para lo cual es necesario que el número de horas de la jornada semanal sea dividido por el número de días en que conforme al artículo 65 del Estatuto Administrativo, se distribuye la jornada semanal de trabajo de los funcionarios públicos, esto es, cinco. Así, la fracción de tiempo resultante equivaldrá a un día de trabajo para los fines del permiso en comento, fracción de tiempo que el funcionario podrá, a su voluntad, elegir acumular en su integridad e imputarlo de una sola vez al turno más inmediato que le corresponda cumplir, o distribuir dichas parcialidades, aplicándolas a cualquiera de los turnos en que cumpla su jornada semanal, siempre que estos turnos queden comprendidos dentro del mes siguiente al nacimiento del hijo causante del beneficio (Dictámenes N°s 55.925/2006 y 4.258/2007 CGR).

6. No es imprescindible para la procedencia del permiso por fallecimiento, que la autoridad exija previamente el certificado de defunción, sin perjuicio de que arbitre las medidas tendientes a que dicho documento sea acompañado a la brevedad una vez que el funcionario se reincorpore a sus labores, obligación que podrá dejarse establecida en el acto administrativo que reconozca el derecho de que se trata (Dictamen N° 19.295/2009 CGR).

7. En el caso del fallecimiento de un hijo, del cónyuge o del padre o madre, el respectivo

permiso debe hacerse efectivo a partir del día del fallecimiento, y si el mismo se produce mientras se está cumpliendo con la jornada laboral, corresponde que se reconozca desde ese día el derecho a ausentarse, sin importar cuánto tiempo de aquella se hubiere efectivamente cumplido; en cambio, si el deceso tiene lugar tras el término de la jornada laboral, corresponde contabilizar el permiso desde el día siguiente en que el empleado debe prestar sus servicios (Dictámenes N°s 19.295/2009, 76.253/2012 y 23.227/2013 CGR).

8. En el caso de un funcionario que sufre la muerte de su padre o madre durante el goce de una licencia médica, el respectivo permiso no puede computarse al término de dicha licencia, por cuanto el legislador no ha contemplado dicha posibilidad, ni tampoco la de suspender tal licencia en favor del ejercicio del citado permiso. Si el goce de la licencia médica termina antes que concluya el lapso del permiso por fallecimiento, este último regirá por la diferencia de días no cubierta por aquella (Dictamen N° 13.676/2013 CGR).

9. Si la fecha real del fallecimiento, obtenida gracias a una autopsia practicada al respecto, difiere del día en que el funcionario de que se trate tomo conocimiento del fallecimiento, debe considerarse para los efectos del permiso del artículo 66 del Código del Trabajo, el día en que efectivamente tuvo conocimiento del deceso (Dictamen N° 45.282/2014 CGR).

10. El objeto del permiso deportivo, previsto en el artículo 74, inciso 1° de la Ley N° 19.712, es dar las facilidades para que el plantel que represente al deporte chileno, pueda asistir y participar en los eventos deportivos que menciona, pero dicha normativa no ha previsto la posibilidad de que los interesados hagan uso de este beneficio parta el entrenamiento y preparación previos a la concurrencia a los torneos (Dictamen N° 26.772/ 2011, CGR).

11. En cuanto al número de días que puede alcanzar el permiso deportivo, el artículo 74, inciso 1° de la Ley N° 19.712 no contempla limitación alguna al respecto, siendo el Instituto Nacional de Deportes de Chile el ente encargado de certificar que quienes hagan uso de dicho beneficio se ajusten a las circunstancias contempladas en la normativa (Dictamen N° 26.772/2011 CGR).

12. Para efectos del permiso especial con goce de remuneraciones que confiere el artículo 74, inciso 1° de la Ley N° 19.712, debe contemplarse el tiempo que demanda al funcionario el traslado de ida y regreso del lugar en que se realiza la competencia deportiva, como un todo integrante con el torneo deportivo mismo (Dictamen N° 31.708/2006 CGR).

7. Liberación de guardias nocturnas y en días domingo y festivos

De acuerdo a lo señalado en el artículo 44 de la ley 15.076, los profesionales funcionarios que durante más de 20 años hayan prestado, de acuerdo a las obligaciones de sus cargos, servicios de guardia nocturna y en días festivos, quedarán exentos al término de ese plazo de la obligación de prestar dichos servicios y conservarán los derechos que esas funciones les conferían, cualquiera fuere el cargo que actualmente desempeñan o pasen a desempeñar en el futuro estos profesionales funcionarios.

CAPÍTULO IV.
Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Para los efectos del cómputo del tiempo se considerará todo el lapso servido sea en calidad de reemplazante, suplente a contrata o interino.

Para efectos del cómputo de años para optar al beneficio de liberación de guardias, se considerarán también los tiempos que el becario haya prestado durante la realización de la beca en guardias nocturnas y en días festivos, siempre que dichas guardias se encuentren contempladas en el respectivo programa de formación y la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por los servicios de salud. El reglamento determina la forma en que se reconocerá el tiempo y condiciones de desempeño clínico para efectos de la liberación.

7.1. Procedimiento

De acuerdo a lo señalado en el artículo 6° de la ley 19.230, los profesionales funcionarios de planta y a contrata de los Servicios de Salud, que cumplan con los requisitos necesarios para acogerse a la liberación de guardia, deberán solicitar este beneficio a la autoridad competente antes del 31 de agosto de cada año. Por resolución de dicha autoridad se reconocerá este beneficio.

Junto a esta solicitud se deben adjuntar los documentos necesarios que acrediten esta situación, como por ejemplo la relación de servicio actualizada, donde se demuestre que se cumple con el requisito de los años solicitados por la ley para obtener el beneficio.

En el caso de querer computar los años que el profesional funcionario realizó guardias nocturnas en el marco de un programa de especialización, y siempre que dichas guardias se encuentren contempladas en el respectivo programa y la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por los servicios de salud, se podrá acompañar los documentos señalados en el Decreto N° 11 de fecha 2 de junio de 2017, Reglamento para la aplicación del inciso tercero del artículo 44 de la ley 15.076.

Pues bien, dicho reglamento señala distintos requisitos dependiendo de la fecha de inicio del respectivo programa de formación, a saber:

A. Profesionales funcionarios que inicien su formación a contar del 1 de enero de 2018, deberán cumplir con los siguientes requisitos, señalados en el artículo 5° del Reglamento:

Que la beca respectiva haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por un servicio de salud, lo que se comprobará mediante copia de la resolución que otorgó la beca.

Que el programa de formación de la beca haya contemplado el cumplimiento de guardias nocturnas y en días domingos y festivos, lo cual se acreditará mediante copia de la resolución que otorga la beca, la cual deberá mencionar los turnos que el programa de formación contempla y los periodos en que se realizarán.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Además, al momento de la dictación de dicha resolución deberá adjuntarse el respectivo programa de especialización.

Si dicha resolución no menciona los turnos o no se adjunta a la misma el referido programa de formación, el Ministerio de Salud o el servicio de salud, según corresponda, deberá certificar dicha circunstancia.

Que el interesado cumplió las guardias nocturnas y en días domingos y festivos que exigía el programa de formación, lo que se acreditará mediante el certificado de aprobación final otorgado por la respectiva Universidad.

A continuación, el artículo 6° del Reglamento señala que las guardias deben haber sido realizadas por los becarios en sistemas de turnos rotativos, sea que se hubiesen realizado en establecimientos públicos o privados, en horario nocturno, domingo y festivos, y en forma regular y permanente, en las unidades que se encuentran definidas para asegurar la atención continua de salud a la población, considerando todos los días del año como hábiles.

B. Profesionales funcionarios que hayan iniciado su formación antes del 1 de enero de 2018, deberán cumplir con los siguientes requisitos, señalados en el artículo 8° del Reglamento:

Que la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por un Servicio de Salud, lo que se acreditará mediante copia de la resolución que otorgó la beca. En caso de no poder acompañarla se deberá adjuntar un certificado del Ministerio de Salud o del Servicio de Salud, según corresponda, de que cuenta de su financiamiento. [5]

Que el programa de formación haya contemplado el cumplimiento de guardias nocturnas y en días domingos y festivos, lo que se acreditará mediante una copia del programa de formación en que participó el solicitante, en donde se exprese claramente la realización de turnos y el periodo en el cual tuvieron lugar dentro de la formación, y que especifique que las guardias desempeñadas por los becarios fueron a través de sistema de turnos rotativos, sea que se hubiesen realizado en establecimientos públicos o privados, en horario nocturno, domingo y festivos, en forma regular y permanente, en las unidades que se encuentran definidas para asegurar la atención continua de salud a la población, considerando todos los días del año como hábiles.

En caso que no exista copia del programa, el solicitante deberá presentar un certificado en original, suscrito por la autoridad universitaria respectiva, en el cual conste que dicho programa consideraba la realización de turnos, señalando expresamente los

5 El departamento de Formación, Perfeccionamiento y Educación continua del Ministerio de Salud, han elaborado un formulario para enfrentar las solicitudes de la emisión del certificado a que se refiere el artículo 8 letra a) del Decreto N° 11 de 2017, el cual se encuentra a disposición de los usuarios.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

períodos en que se desarrollaron, y si estos fueron rotativos, permanentes y en unidades que atiendan todos los días del año.

Que el interesado cumplió las guardias nocturnas y en días domingos y festivos que exigía el programa de formación, lo que se acreditará mediante el certificado de aprobación final de la beca otorgado por la respectiva Universidad.

La obtención de los documentos necesarios para acreditar los requisitos señalados en los artículos anteriores son de exclusiva responsabilidad de los profesionales funcionarios que soliciten la liberación de guardia, así como también su presentación en tiempo y forma.

7.2. Rechazo De Contraloría General De La República A Solicitud De Liberación

Una vez recopilados los antecedentes precedentemente señalados, el establecimiento de salud o el Servicio de Salud correspondiente debe dictar la resolución que libera de guardias al profesional, la que será enviada a Contraloría General de la República, entidad que podrá aprobar o rechazar en virtud de los documentos aportados.

El órgano contralor puede estimar que las certificaciones aportadas no permiten acreditar el tiempo de turnos nocturnos y en días domingo y festivos exigido por la ley (20 años). En tal caso, será necesario aportar otros antecedentes fidedignos para acreditar la realización de turnos en un determinado lapso, por lo que se acepta, excepcionalmente y por razones de fuerza mayor, una información para perpetua memoria, que consiste en un procedimiento judicial no contencioso, llevado a cabo ante los juzgado civiles, en donde, por medio de testigos, se da cuenta de algún hecho, que queda acreditado por el tribunal, previo informe del Defensor Público.

7.3. ¿Cómo Hacer Efectivo El Beneficio Luego De Obtener La Liberación De Guardia?

Para hacer efectivo el derecho de liberación de guardias nocturnas y en días domingo y festivos, por el solo ministerio de la ley se crean cargos de planta, adicionales, en extinción, a contar del 1° de enero del año siguiente al de la solicitud respectiva, los que pasarán a ser servidos por los beneficiarios, automáticamente, a partir de esa fecha, a contar de la cual expiran en funciones en el cargo anterior.

Estos profesionales conservan en el cargo adicional o en cualquiera que pasen a desempeñar en el futuro, la incompatibilidad de 11 horas y todos los demás derechos que esas funciones les conferían, con excepción del descanso compensatorio especial de 10 días hábiles, contemplado en el artículo 5° de la ley 19.230.

De acuerdo a lo establecido en el reglamento para la aplicación del artículo 6° de la ley 19.230, los cargos que se crean para estos funcionarios se remuneran por 28 horas semanales, pero implican la obligación de trabajar solo 22 horas semanales.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Esta jornada de 22 horas semanales que desempeñen los profesionales funcionarios liberados de la obligación de efectuar guardias nocturnas y en días domingo y festivos, se cumplirá en horario diurno en las mismas unidades en que servían antes de ser liberados, o en otras que a solicitud del interesado autorice el Director del Servicio. En este caso se distribuirá de lunes a viernes, en la forma que determine la misma autoridad.

De la jornada de 22 horas semanales referida, 15 horas se destinarán a trabajos asistenciales y el resto a tareas de investigación, asesoría técnica o a actividades docentes, dentro de las Unidades de Emergencia, Cuidados Intensivos, Maternidades o en otras dependencias según lo disponga el Director del Servicio a petición del interesado.

7.4. Transferencia Del Beneficio Por Cambio De Servicio De Salud

Según lo establecido en el inciso quinto del artículo 6° de la ley 19.230, a petición del beneficiario, el Subsecretario de Redes Asistenciales puede autorizar que el cargo creado en virtud de la liberación de guardia sea transferido a otro Servicio de Salud. Para estos efectos, se extinguirá el cargo del Servicio de origen, y se creará por el solo ministerio de la ley, en el Servicio de destino, un nuevo cargo con las mismas características del que se extingue. En ese sentido, el profesional continuará percibiendo los mismos beneficios que recibía en el Servicio de Origen, sin perjuicio de aquellas asignaciones que digan relación exclusivamente con el lugar de desempeño de sus funciones.

Lo anterior, se materializará mediante una resolución fundada del Subsecretario de Redes Asistenciales, visada por la Dirección de Presupuestos.

7.5. Situación De Liberados De Guardia En Contexto De Pandemia

La situación producida en virtud de la pandemia por COVID-19 ha requerido de la implementación de medidas de emergencia por parte de la autoridad en todo el sistema de salud, por lo que los médicos liberados de guardia también se han visto requeridos, para así dar cumplimiento a las prestaciones asistenciales producidas en el contexto sanitario que vive el país.

Por este motivo, con fecha 24 de marzo de 2021, se dictó el Ordinario C31/N° 873, de la División de Gestión y Desarrollo de las Personas de la Subsecretaría de Redes Asistenciales que, entre otras medidas determinó “disponer que, en el caso de los Liberados de Guardia, las 22 horas contratadas se destinen íntegramente a labores asistenciales, quedando a disposición del Director del Establecimiento correspondiente. Y, por otra parte, previo consentimiento de los mismos, que puedan desempeñarse en servicios de guardia nocturna y en días domingo y festivos”.

CAPÍTULO IV.

Primer estatuto especial para médicos cirujanos, la ley 15.076.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, Madelyn Maluenda Pérez, Daniel Gaete Véliz, Sebastián Bustos Urbina, abogados UDELAM

Dicho esto, es preciso señalar que según el artículo 40 de la ley N° 15.076, los derechos que concede este texto legal son irrenunciables, por lo que la jurisprudencia administrativa ha concluido que al entrar en el goce del beneficio de liberación de guardias, impide que el respectivo servidor asuma cualquier otro cargo que involucre el desarrollo de guardias en horarios nocturnos y en días feriados y festivos, ya que ello es contrario a la finalidad perseguida por el mismo.

Sin embargo, ha sido el dictamen N° 3.610, de 2020, de la Contraloría General de la República, emitido a raíz de diversas consultas formuladas en el contexto de la situación de emergencia que afecta al país, a causa del brote de COVID-19, y que dicen relación con el funcionamiento de los organismos de la Administración del Estado; el que ha precisado que como consecuencia de las facultades de dirección, administración y organización que tienen los jefes de servicios, estos pueden adoptar las medidas de gestión interna a fin de hacer frente a la situación aludida.

Este pronunciamiento describe la emergencia generada por el COVID-19 como configurativa de un caso fortuito, que permite adoptar medidas especiales, además de eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones o establecer medidas de desempeño que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico, las cuales, entre otros objetivos, logren asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos, cuyo funcionamiento no puede paralizarse sin grave daño a la comunidad, entre los que se encuentran los que otorgan prestaciones de salud.

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

Desde el año 2000, los *cargos diurnos* tienen su propia regulación. Ello, debido a la dictación de la Ley N° 19.664 que establece normas para profesionales funcionarios de los Servicios de Salud y modificó la antigua ley (que aún sigue vigente en algunos aspectos, según se verá) N° 15.076, ello, porque como lo indica el mismo texto de la nueva ley, la N° 15.076 fue modificada y no derogada (dejada sin efecto).

Así las cosas, se reconocen como cargos diurnos aquellos que se ejercen en 11, 22, 33 y 44 horas semanales, generalmente en las mañanas y por la tarde. Aunque la ley 15.076 ni la 19.664 no definen que se entiende por cargo diurno, ello puede desprenderse de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 43 de la ley 19.664 que establece que se entiende trabajo extraordinario nocturno, el que se realiza entre las 21:00 horas de un día y las 08:00 horas del día siguiente que no corresponda al cargo de 28 horas de los establecimientos hospitalarios. Por ello, a contrario sensu, debe entenderse por cargo diurno el que se ejerza entre las 08:00 horas a las 21:00 horas.

Visto lo anterior, preciso es señalar entonces, que el artículo 1° de la ley 19.664 establece que los profesionales funcionarios que desempeñen cargos con jornadas de 11, 22, 33 y 44 horas semanales de la ley N° 15.076 en los establecimientos de los Servicios de Salud, incluidos los cargos de la planta de Directivos con jornadas de dicho cuerpo legal, se regirán por las normas especiales contenidas en el Título Primero de la primera ley que hemos mencionado en este párrafo.

De esa manera, podemos distinguir que la ley 19.664 regula dos formas de ingreso a los Servicios de Salud, a saber, una que constituye la regla general, regulada en el artículo 8° y una excepcional, contenida en el artículo 9°.

1. Ingreso Conforme Al Proceso Descrito En El Artículo 8° De La Ley 19.664.

Cuando un profesional funcionario ingresa a algún establecimiento de los Servicios de Salud del país, da inicio a su carrera funcionaria (en el cargo diurno), la cual, en esta materia, se ha dividido por ley en dos grandes etapas, esto es, la *Etapa de Destinación y Formación* (EDF) que es aquella en la que los *profesionales funcionarios desarrollan sus competencias y desarrollan preferentemente funciones de carácter asistencial* y la Etapa de Planta Superior es *aquella en que los funcionarios ya poseen una formación y experiencia calificada y desempeñan funciones que implican la aplicación sistemática de sus conocimientos y competencias en beneficio de la población usuaria, en la formación de nuevos profesionales o en la coordinación y supervisión de equipos o grupos de trabajo.*

Hechas las precisiones anteriores, la regla general, como lo hemos adelantado, es que el ingreso de la Etapa de Destinación y Formación se efectuará mediante un proceso de selección objetivo, técnico e imparcial, que se desarrollará a nivel nacional a lo menos una vez al año.

En este orden de cosas, es el Subsecretario de Redes Asistenciales quien debe, a solicitud de los Servicios de Salud, coordinar a nivel nacional la realización del

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

proceso de selección, debiendo, para estos efectos, adoptar todas las medidas y resoluciones que estime necesarias. De esa manera, establece el Decreto Supremo N° 788 del año 2001 del Ministerio de Salud que los Servicios de Salud deben comunicar a la Subsecretaría de Redes Asistenciales el número de plazas de contratos de la Etapa de Destinación y Formación que deban ser provistas en el respectivo proceso de selección, indicando las características que deberán tener los cargos respectivos.

El llamado a participar en el respectivo proceso de selección se publicará, por una vez, mediante un aviso en un diario de circulación nacional, sin perjuicio de otras medidas de difusión que se estime necesario adoptar, en especial, en nuestros tiempos en que la tecnología se ha vuelto un gran contribuyente en la entrega de información, mediante internet, televisión, radio y otros similares. El Colegio Médico de Chile A.G., también contribuye con esta difusión, de manera que, copia del llamado a postulación se remite a la mencionada Asociación Gremial.

Es preciso tener presente lo siguiente, conforme las reglas del Decreto Supremo N° 788 que venimos comentando:

a. Que, entre la publicación del aviso y la fecha fijada para el término de la recepción de los antecedentes, no puede mediar un lapso inferior a 15 días;

b. Que, el aviso debe señalar, a lo menos, el lugar de retiro de las bases, la fecha y recepción de los antecedentes y las fechas de resolución del proceso y asunción de funciones

c. Que, las bases deben estar disponibles en todos los Servicios de Salud del país, deben indicar la fecha en que se darán a conocer los cargos dispuestos por los Servicios de Salud y sus características.

Las bases que han de señalar los procedimientos de postulación, rubros de antecedentes a ponderar, métodos de evaluación, que aseguran un proceso de selección objetivo, técnico e imparcial, deben ser elaboradas por la Subsecretaría de Redes Asistenciales. Estas bases son las que regulan todo lo concerniente al ordenamiento de los puntajes, a la forma y lugar de la publicidad de los resultados y a las modalidades de los llamados para la aceptación de los cargos.

Ahora bien, una vez que el médico postule al proceso señalado más arriba, éstos serán enviados y evaluados por una Comisión de Selección designada por el Subsecretario de Redes Asistenciales, la que debe estar integrada por dos profesionales funcionarios médicos propuestos por el Colegio Médico de Chile A.G.

La Comisión encargada del proceso de selección puede considerar la aplicación de instrumentos de selección, tales como, oposición de antecedentes, pruebas, entrevistas, exámenes u otros que evalúen las competencias del postulante para el ejercicio del cargo. Dichos instrumentos deben ser públicos y abiertos a todo participante y tiene el carácter de nacional.

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

Es dable advertir que, la resolución de la Comisión referida, es recurrible mediante el recurso de reposición, con apelación en subsidio. El Recurso de reposición, tiene por objeto obtener de la misma comisión—por lo que se presenta ante la misma—la enmienda o modificación de su resolución, siempre y cuando se cuenten con antecedentes nuevos que den lugar a dicha enmienda o modificación o, cuando, se haya hecho una errada ponderación de los antecedentes. En lo concerniente al Recurso de Apelación subsidiario, éste ha de presentarse ante la Comisión seleccionadora, para ante el Subsecretario de Redes Asistenciales. Estos medios impugnatorios deben ser presentados dentro del plazo de 5 días contados desde la notificación del resultado respectivo del proceso de selección.

Una vez que se haya resuelto el proceso de selección coordinado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, ésta comunicará a los Servicios de Salud la nómina de los profesionales seleccionados que hubiesen aceptado los cargos ofrecidos por los respectivos Servicios de Salud y les son remitidos a los interesados los antecedentes para que sean contratados.

En caso de que los cargos no fueren aceptados después de un tercer llamado en los procesos de selección coordinados por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, y aquellos que quedaren vacantes con posterioridad al proceso de selección, pueden ser provistos dentro del plazo de 90 días siguientes en un proceso de selección a nivel nacional, efectuado por los respectivos Servicios de Salud.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, una vez convocado el Proceso, los médicos cirujanos podrán presentar todos los antecedentes solicitados en las Bases del Concurso para proveer estos cargos de la Etapa de Destinación y Formación y serán sometidos a evaluación. Luego, una vez aceptada la solicitud, se hará un llamado a viva voz en que, de acuerdo a los respectivos puntajes obtenidos por el profesional, se le dará la opción de tomar o no el cargo ofrecido en algún Servicio de Salud del país. Generalmente el profesional será destinado a algún establecimiento que lo requiera por extrema necesidad y, ello generalmente obedece a aquellos que se encuentran en lugares de difícil desempeño y complejo acceso. Aceptado el cargo, el profesional debe presentarse en el Servicio de Salud al que fue destinado y respecto del cual, voluntariamente, ha aceptado la destinación, el 1° de abril siguiente y, allí se dictarán al efecto, las respectivas resoluciones administrativas de contratación (se hace presente que los profesionales funcionarios ¡No firman contrato! Como suele pensarse, pues, se rigen por los actos administrativos que dicte su Jefe Superior y por la Ley.

Es importante hacer presente a los médicos cirujanos que, deben estar muy atentos a los instrumentos de categorización de dificultad del establecimiento en el que se desempeñarán, realizado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, pues, ello será vital cuando en el futuro deseen postular a programas de especialización, lo cual, también se hará mediante concurso público y, un establecimiento de mayor complejidad, dará mayor puntaje para poder escoger bien la especialidad y establecimiento de educación superior en el que querrán desempeñarse. Así las

cosas, el médico cirujano deberá fijarse si el establecimiento de salud está calificado con la letra A, B, C, D o E, siendo la letra A la de mayor dificultad y que implicará un mayor puntaje posterior.

De esa manera, estos médicos darán inicio a su carrera funcionaria en la EDF, en donde podrán mantenerse por nueve años; salvo que deseen desde el tercer año de desempeño postular a los concursos que se convoquen para realizar programas de especialización, según se verá más adelante. Se hace presente, desde ya, en todo caso, que la postulación señalada se puede realizar sólo hasta el sexto año de desempeño. Además, se advierte que el médico en este caso, comenzará realizando funciones como médico general.

2. Ingreso a la etapa de destinación y formación de los médicos ingresados en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 19.664

La ley establece que, sin perjuicio de aquellos médicos ingresados a la Etapa de Destinación y Formación mediante un concurso, los Directores de los Servicios de Salud están facultados para contratar directamente profesionales funcionarios en la Etapa de Destinación y Formación, cuando circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades del Servicio, en forma transitoria y por periodos determinados.

Estas contrataciones pueden disponerse en toda época del año con cargo a la dotación de horas asignadas a esta etapa, sea cual fueren las causas por las que se encuentren disponibles, pero, no pueden exceder al 20% de la dotación de horas asignadas a ella, en cada Servicio.

Aquí, se hace preciso destacar ciertos elementos prácticos que han sido preguntas que a lo largo del tiempo a la Unidad de Defensa Laboral Médica.

En primer lugar, hemos constatado que, existe una cierta confusión al hablarse derechamente del “médico EDF”, atribuyéndolo solamente al “General de Zona”. La EDF (Etapa de Destinación y Formación) es la primera “escala” de la carrera de los profesionales de la ley 19.664, que rige para todos aquellos que ingresan a realizar 11, 22, 33 y 44 horas en los Servicios de Salud, ello, porque el médico que sea contratado de forma directa por la autoridad (sin concurso), igualmente tiene derecho a realizar la carrera funcionaria, aspirando en el futuro a realizar una beca de formación y acceder a la planta superior.

En segundo lugar, llama la atención de que la ley señale que, sólo el 20% de la dotación debe ser de los médicos contratados directamente por el Director, cuando en la práctica, ello no es así. En ese sentido, bien sabemos que, el Director del Servicio, en materia de recursos humanos tiene todas las facultades que correspondan a un jefe superior de un servicio descentralizado, de manera que, al existir necesidades en la red por falta de personal y el considerable aumento de la población usuaria, que conlleva a crecimiento de la lista de espera de atención, justifica sobradamente el ejercicio de la facultad de contratación sin concurso, pues, se requiere urgentemente al personal necesario para palear esos menesteres.

A mayor abundamiento, es sabido que la realización de un concurso público implica la utilización de bastantes recursos humanos y financieros y aquellos para contratar médicos generales de zona, se hacen solo una vez al año y cuando todos los cupos no son ocupados, siguen existiendo brechas de profesionales que también justifican el empleo de esta especial contratación.

3. La Etapa De Planta Superior

3.1. Aspectos Generales

Si bien los médicos recién egresados no pueden ser parte aún de esta etapa, sí es prudente revisar algunos breves aspectos de ella.

Como ya hemos señalado, la carrera funcionaria contempla dos etapas: la Etapa de Destinación y Formación y la Etapa de Planta Superior.

La segunda de estas etapas, la Etapa de Planta Superior, es aquella que contempla el conjunto de cargos públicos permanentes asignados por ley a cada institución. Esta se encuentra integrada por profesionales que, por su formación y experiencia, desempeñen funciones que involucren la aplicación sistemática de sus conocimientos y competencias en beneficio de la población usuaria, en la formación de nuevos profesionales o en la coordinación y supervisión de equipos o grupos de trabajo.

La conformación de la Etapa de Planta Superior consta de tres niveles, que se encuentran asociados a la percepción de la asignación de experiencia calificada. Para el ingreso a esta, se efectuará previamente un concurso público que se encuentra regido por la ley N° 19.198, por el cual se nombrará en calidad de titular de un cargo de planta, en el Nivel I.

La postulación a estos cargos, tal como lo dispone el artículo 6° de la ley N° 19.664, puede hacerse a partir del sexto año de la Etapa de Destinación y Formación.

Una vez que la o el profesional funcionario se encuentre en la Etapa que nos ocupa, deberá someterse a un sistema de acreditación en el o los cargos que sirvan, cada nueve años. Este proceso de acreditación se encuentra regido por el Decreto N° 128 del Ministerio de Salud, que aprueba reglamento sobre sistema de acreditación a que se refieren los artículos 16 y siguientes de la ley N° 19.664. En él se evaluará cualitativa y cuantitativamente los logros alcanzados durante el período por los profesionales funcionarios en el ejercicio de sus funciones, considerando aspectos técnicos, clínicos y organizacionales y comprenderá tanto la superación profesional como el aporte de su gestión a la calidad de los servicios proporcionados a la población usuaria.

El mencionado proceso de acreditación contemplará los parámetros, procedimientos, órganos, modalidades específicas de la profesión y demás normas que sean

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

necesarias para el funcionamiento de este sistema, fundado en criterios técnicos, objetivos e imparciales, que permitan una efectiva evaluación ordenadora en función de la competencia e idoneidad de los profesionales funcionarios.

Para llevar a cabo la acreditación, cada Servicio de Salud deberá aprobar mediante resolución las Bases de este proceso que regirá a los establecimientos de su dependencia para los dos años siguientes. El proyecto de las Bases que se elabore se pondrá en conocimiento de las asociaciones gremiales a que pertenezcan los profesionales funcionarios a fin de que, en el término de diez días hábiles hagan llegar sus observaciones para que la autoridad considere su pertinencia. En este sentido, el Ministerio de Salud debe orientar a los Servicios de Salud respecto al contenido de las Bases que éstos últimos deberán aprobar.

Tales Bases deberán contemplar pormenorizadamente la convocatoria a participar, de acuerdo a las características del Servicio, entre otros aspectos, la apertura y difusión del proceso de acreditación; formularios de presentación y acreditación de antecedentes, fecha de constitución de la Comisión de Acreditación; el plazo, la forma y lugares de presentación y recepción de antecedentes; metodologías específicas de puntuación de los antecedentes presentados para justificar cada factor en las respectivas áreas; forma, lugares y fecha de publicación de los resultados de evaluación preliminares y de listados o nóminas finales. Por último, se hará difusión del proceso mediante la publicación de las bases en lugares visibles de los establecimientos y por otro medio que se estime conveniente, en enero de cada año.

En cuanto a los efectos de la acreditación, las y los profesionales que la aprueben accederán en el respectivo cargo al nivel inmediatamente siguiente, siempre que exista cupo financiero para ello. Esto deberá quedar reconocido mediante resolución dictada por el Director del Servicio de Salud, momento en el cual se percibirá la asignación de experiencia calificada.

En el caso de no existir cupo, estos profesionales pasarán a integrar, por orden de procedencia, según el proceso en que resultaron acreditados, una nómina que llevará el Servicio, en espera de cupo financiero para estos caso. El nuevo monto del beneficio se pagará sólo desde que se genere dicho cupo financiero.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos del plazo en el que los profesionales acreditados deban someterse a un nuevo proceso de este tipo; aquellos que se encuentren en las mencionadas nóminas podrán abonar el tiempo que deban esperar por el cupo financiero para acceder al siguiente nivel de la Etapa, debiendo considerarse, asimismo, los logros alcanzados durante este tiempo por los profesionales en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, las médicas y médicos que no aprueben el proceso de acreditación a que deban someterse, mantendrán su cargo y el nivel en que se encontraren, pero deberán presentar anualmente sus antecedentes para nuevas acreditaciones en ese cargo.

3.2. Asimilación al Nivel I De La Planta Superior

Cabe traer a colación que, el artículo 21 de la ley 19.664 establece que los directores de los servicios de salud podrán, en ejercicio de sus atribuciones, contratar profesionales asimilados al Nivel I de la Planta Superior, siempre que tengan más de seis años de ejercicio profesional y que se difundan públicamente las plazas a proveer.

En ese orden de cosas, precisa señalar dos cosas importantes:

1° Si la ley exige que se esté en posesión del título de especialidad para acceder al cargo de Planta Superior o, a lo menos, asimilado a dicha Etapa; y

2° Si el tiempo que debe permanecerse como prestador de servicios debe ser necesariamente en algún Servicio de Salud del país.

En relación a la primera de las cuestiones señaladas, preciso es indicar que, debe estarse a la regulación correspondiente que, fije la planta de personal del Servicio de Salud al que se quiera ingresar. Ahora bien, si en esa regulación no se exige para ejercer a contrata el empleo al que particularmente se quiera acceder la posesión de estudios de especialización, ello no podrá ser requerido, cuando proceda la asimilación al Nivel I.

Así las cosas, si se revisa la reglamentación respectiva y se da cuenta de que no es necesaria la posesión de título mencionado precedentemente, ello no incide en la idoneidad de un profesional funcionario para ocupar a contrata una plaza del nivel I de le etapa de Planta Superior, sin perjuicio de lo cual la autoridad competente, considerando las necesidades que requieran sus usuarios, pueda ponderar la especialidad obtenida por un médico cirujano como un antecedente al momento de resolver la designación, en la medida que esos estudios, según el caso, sean debidamente documentados o certificados mediante los mecanismos vigentes al efecto, que se verán más adelante. Se hace presente que, la prerrogativa de disponer la incorporación de profesionales funcionarios asimilados al nivel en comento, se encuentra radicada en forma exclusiva en los directores de los servicios de salud.[6]

La segunda de las cuestiones planteadas, a saber, si el tiempo que debe permanecerse como prestador de servicios debe ser necesariamente en algún Servicio de Salud del país o como funcionario, nos hace observar que la ley indica solamente *"(…) siempre que tengan más de seis años de ejercicio profesional (…)"* no precisando si dicho ejercicio debe haberse efectuado en el sistema público o privado de salud, pues, la norma no distingue y, de acuerdo al aforismo jurídico según el cual cuando el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir.

6 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 16.714, de 06 de marzo de 2014.

En cuanto a los médicos que ejercieron sus trabajos en el extranjero ¿Puede considerarse en el cómputo de esos seis años?

Debemos señalar a ese respecto que, la disposición no especifica si los años computables para estos fines deben haber sido servidos en el territorio nacional, con sujeción a la legislación chilena por lo que el tiempo trabajado en el extranjero podrá ser considerado, para los efectos de interés, siempre que puedan acreditarse de manera fehaciente.

En efecto, a modo general, los únicos requisitos que pueden establecerse para asimilar a Nivel I son:

a. Que, la asimilación la haga un director de Servicio de Salud;

b. Que, el profesional contratado en un cargo asimilado al nivel I, tenga más de seis años de ejercicio profesional; y

c. Que, se difundan públicamente las plazas a proveer.

Respecto al ejercicio a honorarios, es discutido si se considera para estos efectos, sin embargo, como el precepto no distingue, es del parecer de esta parte considerar que sí debe tomarse como ejercicio profesional para los efectos en comento.

3.3. Asimilación a Nivel I Planta Superior, Ex Becarios, Autofinanciados.

Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 5° de la ley N°19.664 previene que "Los profesionales no directivos que desempeñen jornadas diurnas en los establecimientos de los Servicios de Salud quedarán sujetos a la carrera funcionaria, la que estará estructurada en dos etapas: la Etapa de Destinación y Formación y la Etapa de Planta Superior".

A su turno, el artículo 15 del citado cuerpo normativo, prescribe que "El ingreso a la Etapa de Planta Superior se efectuará, previo concurso público regido por la ley N°19.198, por nombramiento en calidad de titular de un cargo de planta, en el Nivel I".

Lo anterior, es sin perjuicio de la facultad prevista en el inciso primero del artículo 21 del mencionado texto legal, que permite a los directores de los servicios de salud contratar profesionales asimilados al Nivel I de la Etapa de Planta Superior, siempre que estos tengan más de seis años de ejercicio profesional y que se difundan públicamente las plazas a proveer.

En este contexto, corresponde señalar que la ley 20.982—que fortalece el proceso de ingreso y formación de especialidades médicas, odontológicas y otorga beneficios al personal que indica—modificó la mencionada ley N°19.664, agregando, al reseñado precepto, que para tales efectos "el tiempo servido en calidad de becario, **financiado por el Ministerio de Salud o servicio de Salud,** será también considerado como ejercicio profesional".

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

De este modo, del tenor literal del citado artículo 21 se advierte que el beneficio incorporado por la referida ley N°20.982, se restringe únicamente a aquellos becarios que hayan realizado sus programas de especialización con financiamiento del Ministerio de Salud, por lo que no procede considerar para el cálculo de los seis años de ejercicio profesional, aquellos profesionales que hayan cursado sus respectivos programas de formación, como "autofinanciados" o por modalidad distinta a programas financiados por las entidades públicas mencionadas en el precepto en comento.

4. Remuneraciones de la Ley N°19.664

Como se mencionó anteriormente, los médicos pertenecientes a la EDF están

regulados por la Ley Nć 19.664. En este sentido, el artículo 25ć de esta ley señala que "Los Profesionales funcionarios de Planta y a contrata que cumplan jornadas diurnas de 11, 22, 33 ó 44 horas semanales en los establecimientos de los Servicios de Salud, se regirán por el sistema de remuneraciones que se establece en los artículos siguientes.", lo que vino a finalizar la aplicación de la Ley Nć 15.076 en estos aspectos.

Pues bien, para la comprensión de las remuneraciones de un médico en esta etapa, se debe partir desde ciertos criterios básicos:

1. La remuneración se compone de un "sueldo base" y de distintas "asignaciones".
2. La remuneración varía según la jornada del médico (sueldo base) y, en relación a ciertas asignaciones, según el Servicio de Salud en el que se prestan funciones. Además, en algunos casos toma gran importancia la especialidad que se tenga.
3. Se deben respetar varias formalidades para finalmente percibir la remuneración que corresponda, conforme a derecho.

Dicho lo anterior, cabe mencionar la primera clasificación que estableció el legislador para las remuneraciones de un médico en la EDF, a saber: Remuneraciones Permanentes y Remuneraciones Transitorias.

4.1. Remuneraciones Permanentes

Como se desprende de su denominación, estas se mantienen a lo largo de la carrera funcionaria del médico, desde el momento en que se comienzan a percibir. Dentro de las remuneraciones permanentes, se incluyen:

Sueldo Base

El artículo 27, letra a) de la Ley Nć 19.664 lo define como la "retribución pecuniaria de carácter fijo y por períodos iguales, asignada al cargo o empleo y que constituye

la única base de cálculo para el goce de las demás remuneraciones (…), a excepción de las bonificaciones de desempeño". Esto quiere decir que en relación a él se calculan los porcentajes de cada asignación.

Como se señaló anteriormente, el sueldo base depende de la jornada semanal del médico. En dicho contexto, los montos vigentes al año 2019 son:

- 11 horas semanales: $247.501
- 22 horas semanales: $495.000
- 33 horas semanales: $742.500
- 44 horas semanales: $990.000

Asignación de antigüedad

El artículo 27, letra b) de la Ley Nć 19.664, lo define como el "estipendio que se concede por cada tres años de servicios como profesional funcionario en los Servicios de Salud, con un límite de trece trienios". Los porcentajes correspondientes a cada trienio, son los siguientes:

- **Trienio 1:** 34%
- **Trienio 2:** 44%
- **Trienio 3:** 47%
- **Trienio 4:** 50%
- **Trienio 5:** 53%
- **Trienio 6:** 56%
- **Trienio 7:** 59%
- **Trienio 8:** 62%
- **Trienio 9:** 64%
- **Trienio 10:** 66%
- **Trienio 11:** 68%
- **Trienio 12:** 70%
- **Trienio 13:** 72%

Ahora bien, los servicios que se pueden computar para completar los trienios son aquellos prestados como profesional funcionario, en cualquier calidad jurídica, en los Servicios de Salud o en sus antecesores legales, en organismos considerados en la Ley Nć 19.378 (considerando a las Corporaciones Municipales), o en cargos directivos reglados por el Decreto Ley Nć 249 de 1973. En consecuencia, las funciones prestadas a honorarios no sirven para completar trienios, ya que no se tiene la calidad de profesional funcionario respecto de esos servicios.

A su vez, la normativa señala que se podrán reconocer, por una vez, en calidad de planta o a contrata, los servicios prestados en:

1. Municipalidades.
2. Establecimientos de Salud de Fuerzas Armadas y Carabineros.

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

3. Servicio Médico Legal.
4. Gendarmería.
5. Universidades estatales y reconocidas por el Estado.
6. Particulares que ejerzan funciones delegadas de un Servicio Público de Salud.

Por último, vital importancia toma la situación en que se encuentran los becados. En este sentido, los becados regidos por el artículo 43 de la Ley Nć 15.076 y el Decreto Nć 507 de 1991 pueden computar los períodos en que cursan sus programas de especialización para efectos de completar un trienio, siempre que acompañen el certificado de especialidad a sus respectivos empleadores. En este mismo ámbito, la Contraloría General de la República exige, además, que la beca no sea de aquellas autofinanciadas.

Asignación de Experiencia Calificada

El artículo 27 letra c) de la Ley Nć 19.664 lo define como el "estipendio que se otorga en reconocimiento al nivel de calificación técnica y de competencia de los profesionales". Se destaca que esta asignación sólo corresponde a los médicos pertenecientes a la Etapa de Planta Superior, por lo que se deberá ingresar a esta etapa para comenzar a percibirla. Ahora, esto último también depende del cupo financiero que se tenga en el Servicio de Salud respectivo. Por otro lado, existe un porcentaje para cada nivel de esta etapa:

- Nivel I: 40% del sueldo base.
- Nivel II: 82% del sueldo base.
- Nivel III: 102% del sueldo base.

Asignación de Reforzamiento Profesional Diurno

El artículo 27, letra d) lo define como el "estipendio destinado a retribuir el desempeño profesional en jornadas diurnas en los establecimientos de los Servicios de Salud". Se caracteriza porque se otorga a los médicos en EDF y en Etapa de Planta Superior, en porcentajes de 28% y 108% del sueldo base, respectivamente.

Asignación de Permanencia:

El artículo 27, letra e) la define como aquella "retribución que se otorga solo a los profesionales funcionarios que se desempeñen en los servicios de salud, atendida la calidad de especialistas o subespecialistas certificados e inscritos en el Registro de Prestadores Individuales de la Superintendencia de Salud…". Corresponde tanto a los funcionarios en la EDF como de la Planta Superior, en los porcentajes que a continuación se señalan:

- 40% del sueldo base para las jornadas de 44, 33 ó 22 horas semanales.
- 10% del sueldo base para las jornadas de 11 horas semanales.

Se caracteriza la asignación de permanencia en el sentido de que se paga mensualmente, independiente del número de especialidades o subespecialidades que el médico tenga certificadas e inscritas.

Regularmente se consulta por esta asignación en la Unidad de Defensa Laboral, denominándose por los médicos como la "asignación de especialidad". En general, las preguntas dicen relación sobre el momento en que se percibe, para lo cual no basta con tener la especialidad. Tal como se dispone en su definición, el requisito esencial para percibir este estipendio es la inscripción de la especialidad en el registro de la Superintendencia de Salud (la que debe estar vigente desde este momento, cuya responsabilidad es del médico) y la obtención del respectivo certificado, el que debe ser presentado al empleador. Así las cosas, la normativa expresamente señala que se pagará desde el día primero del mes siguiente a dicha presentación.

Sin perjuicio de lo anterior, es habitual que no se pague en el mes que corresponde, ya que existe una demora en la tramitación de resoluciones exentas que formalicen su entrega. Por lo anterior, se paga de forma retroactiva en una liquidación de sueldo accesoria, desde el mes siguiente al de presentación del certificado de inscripción de la especialidad.

4.2. Remuneraciones Transitorias

Son aquellas remuneraciones que pueden variar a lo largo de la carrera funcionaria del médico, ya que están sometidas a revisión transcurrido un determinado tiempo, para verificar si se mantienen las condiciones que las originan. Dentro de este grupo se contemplan las siguientes asignaciones:

Asignación de Responsabilidad

El artículo 28, letra a) de la Ley Nć 19.664 dispone que es aquella "destinada a retribuir la importancia o jerarquía de los cargos directivos y el ejercicio de funciones de dirección, coordinación, supervisión o mando encomendadas a los profesionales."

Esta asignación corresponderá a:

1. Aquellos que desempeñen cargos en la Planta de Directivos, en alguna de las jornadas del artículo 1ć.
2. Aquellos que desempeñen funciones de las contempladas en Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 22 horas semanales (de lunes a viernes).
3. Aquellos que desempeñen estas funciones en los Servicios Clínicos o Unidades

de Apoyo, en calidad de planta o a contrata, siempre que las horas dedicadas sean iguales o superiores a 222 horas semanales (de lunes a viernes). Sólo a través de concurso interno (artículo 3ć de la Ley Nć 19.198).

En cuanto al porcentaje que se paga por este estipendio, la normativa señala que no podrá ser inferior al 10%, ni superior al 130% del sueldo base.

Asimismo, para precisar el porcentaje, se toma en cuenta el grado de complejidad de los establecimientos y los niveles jerárquicos de los cargos directivos o relevancia de las jefaturas.

En el caso que un médico tenga más de un cargo o función que dan lugar a la asignación de responsabilidad, se optará por la que entrega un mayor porcentaje.

Asignación de Estímulo

El artículo 28, letra b) de la Ley Nć 19.664 lo define como el "estipendio que podrá otorgarse por las horas de la jornada semanal que los profesionales funcionarios desempeñen en actividades, lugares o condiciones especiales o por las competencias profesionales exigidas para determinados puestos de trabajo que el Servicio de Salud correspondiente requiera incentivar para cumplir los planes y programas de salud."

Este estipendio se caracteriza porque se paga en virtud de 3 conceptos, a saber:

1. **Jornadas prioritarias:** Que corresponden al desempeño de funciones en los horarios diurnos que cada Servicio de Salud defina como necesarios para una mejor atención al público usuario.

2. **Competencias profesionales:** Que corresponden a la valoración de un determinado puesto de trabajo sobre la base de la formación, capacitación y especialización o competencias del personal que lo ocupare. En este concepto se incluyen a las "especialidades en falencia"

3. **Condiciones y lugares de trabajo:** Suponen el desarrollo de actividades en lugares aislados, o que impliquen desplazamientos en lugares de difícil acceso; o que presenten condiciones especiales de desempeño que sea necesario estimular. Ejemplo: Las funciones que impliquen riesgos para la salud, turnos de llamada, turnos de residencia (sólo para los médicos en EDF ingresados por el artículo 8ć de la Ley Nć 19.664, con jornada de 28 horas en establecimientos de baja complejidad), EDF artículo 8ć en misión de estudios, etc.

Es otra de las asignaciones que más inquietud produce en los médicos, ya que su entrega es diferente a las demás. Lo anterior se explica en el sentido de que depende netamente del Servicio de Salud en que se desempeñe el profesional, de sus recursos y necesidades.

Así las cosas, este estipendio se formaliza a través de una resolución fundada del Servicio de Salud respectivo, en virtud de la cual se informan los criterios

CAPÍTULO V.
Segundo estatuto de médicos cirujanos, la ley 19.664.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

considerados, la especialidad y porcentajes asignados. Junto con lo anterior, cabe señalar que el Director del Servicio de Salud debe evaluar la mantención de esta asignación, a lo menos cada 3 años, momento en que valora si han cambiado las condiciones que la generaron.

En cuanto al porcentaje, esta asignación puede ir desde un 10% hasta un 180% del sueldo base, según lo dispuesto en el inciso 2ć del artículo 35 de la Ley Nć 19.664. Sin embargo, el año 2015 se celebró un convenio entre el Ministerio de Salud y el Colegio Médico de Chile, mediante el cual se aumentó el porcentaje mínimo a un 40% del sueldo base para todas las especialidades.

En algunos casos, este convenio es desconocido por los Servicios de Salud, por lo que se hace necesaria una gestión formal de reclamo para recibir el porcentaje correspondiente.

Relacionado con el porcentaje de esta asignación, la normativa dispone que puede ser pagada por más de un concepto (jornadas prioritarias, competencias profesionales o condiciones y lugares de trabajo). Pero, en su totalidad, la asignación de estímulo no puede sobrepasar el 180% del sueldo base del médico beneficiado.

Bonificación de desempeño individual:

Está asociada al proceso de calificaciones. Se paga anualmente al 30% de los profesionales funcionarios mejor evaluados durante el año inmediatamente anterior a aquél en que se efectúe el pago, siempre que hayan sido calificados en Lista 1 o Lista 2, Buena.

Los porcentajes son de un 10% para el 15% mejor evaluado; y de un 5% para los que sigan en orden descendente de evaluación, hasta completar el 30% de los mejores evaluados. Por otro lado, la base de cálculo es el total de las remuneraciones por sueldo base, asignación de antigüedad y de experiencia calificada, cuando corresponda, percibida durante el año evaluado

Bonificación por desempeño colectivo

Tiene por objeto reconocer el cumplimiento de las metas establecidas en el programa de trabajo de cada establecimiento, acordado con la Dirección del Servicio de Salud. Su monto corresponde al 10%, siendo la base de cálculo el total anual de las remuneraciones, por concepto de sueldo base, asignación de antigüedad y de experiencia calificada, cuando corresponda, percibida durante el año en que cumplieron el programa de trabajo.

CAPÍTULO VI.

Los programas de especialización médica.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

1. Generalidades

Uno de los atractivos concretos que pueden observarse al momento de ingresar como profesional funcionarios a los establecimientos de los Servicios de Salud, es la posibilidad de acceder a los cupos y al financiamiento que la misma Administración del Estado ofrece a aquellos que han permanecido o que se comprometan a permanecer en el servicio público.

Ello, porque uno de los procesos más relevantes para los médicos que inician su carrera funcionaria, es su especialización en alguna rama de la medicina. Por supuesto que existe la posibilidad de que el médico pueda financiar por sí mismo algún programa académico de especialización en alguna entidad educacional que ofrezca los cursos y postgrados respectivos. Estos son los que en la jerga común se denominan "autofinanciados". Sin embargo, nos centraremos solamente en aquellos programas que ofrece el Ministerio de Salud, por medio de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, los Servicios de Salud o las entidades empleadoras correspondientes.

2. Formas De Ingreso

3. Acceso a programas de especialización de médicos que ingresaron a la EDF por el proceso de selección contemplado en el *artículo 8° de la ley 19.664*

Estos profesionales funcionarios gozan de igualdad de oportunidades para acceder a los programas que ofrezca el Servicio o el Ministerio de Salud.

Los requisitos generales que establece la ley para estos profesionales funcionarios son:

1°.- Haberse desempeñado previamente, por un lapso no inferior a tres años, en el nivel primario de atención de uno o más Servicios de Salud o en establecimientos de salud Municipal. Tratándose de profesionales funcionarios dependientes de los Servicios de Salud, se considerará como desempeño en atención primaria aquel

realizado en Hospitales Tipo 3 y 4, consultorios, postas rurales u otras unidades semejantes de igual complejidad de atención. Con todo, respecto de profesionales de Hospitales Tipo 3, el Subdirector Médico del respectivo Servicio de Salud certificará el tiempo durante el cual dichos servidores se hubieren desempeñado en labores de esa naturaleza.

A mayor abundamiento, debemos agregar que, establecimientos de atención primaria de salud, son aquellos de complejidad baja, con una alta cobertura de población y de atención ambulatoria. Se comprenden acá, los consultorios generales urbanos, que son aquellos cuya población asignada no puede llegar hasta los 30.000 habitantes; consultorios generales rurales, esto es, los que atienden localidades que poseen entre 2.000 y 5.000 habitantes, teniendo como límite 20.000 habitantes. Estos consultorios entregan atención ambulatoria en el nivel primario, pero con una dotación menor de recursos. Dependen de un consultorio urbano u hospital Tipo 4. Se comprenden acá, los Centros de Atención Familiar (CESFAM), el Centro Comunitario de Salud Familiar (CCSF), el Centro de Salud Rural (CSR), el Centro de Salud Urbano (CSU), el consultorio de Salud Mental (COSAM), el Servicio de Atención Primaria de Urgencia (SAPU), las postas rurales (PR) y las Estaciones Médico Rurales (EMR); establecimientos de salud municipal.

Por su parte, los profesionales funcionarios dependientes de los Servicios de Salud que, si bien, se desempeñan en el nivel secundario, para estos efectos se consideran del nivel primario de atención de salud, siempre que se desempeñen en Hospitales de mediana complejidad y comunitarios, consultorios, postas rurales u otras unidades semejantes de igual complejidad de atención.

Los Hospitales son aquellos establecimientos destinados a tratar pacientes que han sido derivados desde los establecimientos de atención primaria, o bien, integrados de emergencia. En la actualidad los hospitales se clasifican en Establecimiento de menor complejidad y Establecimientos de Autogestión en red.

Los Establecimientos de menor complejidad, aquellos que realizan actividades de atención abierta, cerrada y de urgencia, de baja complejidad, que desarrollan principalmente actividades de nivel primario y algunas de especialidad, de acuerdo a su rol dentro de la Red Asistencial que integra y en el área de competencia que determine el Director de Servicio en consulta con el Consejo de Integración de la Red Asistencial. A su vez estos se clasifican en establecimientos de mediana y baja complejidad.

Los Hospitales de mediana complejidad (ex - tipo 3), son establecimientos de menor complejidad con menos de cien camas de dotación, ubicados en localidades urbano-rurales de más de 10.000 habitantes con un área de influencia no superior a 30.000 habitantes.

Por su parte, los hospitales de baja complejidad (Ex - tipo 4), son establecimientos de con menos de cien camas de dotación, ubicado en localidades urbano-rurales de más de 10.000 habitantes con un área de influencia no superior a 30.000 habitantes.

Por otro lado, se hace presente que, se considerará para el cómputo de los tres años, el tiempo durante el cual el profesional funcionario haya hecho uso de su feriado legal, de licencia médica o maternal, de permisos con goce de remuneraciones para desarrollo de sus competencias y aquellos casos en que, por decisión de la autoridad y por períodos transitorios y determinados, se le encomienden otras actividades relacionadas con la atención primaria.

4. Acceso a programas de especialización de médicos que ingresaron a la EDF por contratación directa contemplada en el *artículo 9° de la ley 19.664*, médicos regidos por la ley 19.378 y recién egresados: los becarios.

La posibilidad de especialización no sólo se encuentra contemplada para aquellos médicos cirujanos que ingresaron a la EDF por concurso público, sino que, los demás profesionales, que ingresaron por contratación directa de un Director de Servicio y aquellos, a que el Ministerio convoca, siendo recién egresados del pregrado.

Así las cosas, el artículo 11 de la ley 19.664 establece que los demás profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación y aquellos regidos por el Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal podrán acceder a programas de perfeccionamiento o especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio, en los términos establecidos en el artículo 43° de la ley N° 15.076.

En ese entendido, los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico-farmacéutica o bioquímica. Los otros empleadores de los demás Servicios Públicos podrán otorgar becas de perfeccionamiento a sus profesionales funcionarios en la Universidad de Chile o en otra universidad del Estado o reconocida por éste y en los Servicios de Salud, conservándoles el goce de su remuneración en las condiciones que fije el reglamento.

La concesión de estas becas se hará por concurso. La duración de ellas no podrá ser inferior a uno ni superior a tres años; serán incompatibles mientras dure el período de adiestramiento con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario y tendrán el horario que determine el reglamento

Los recién egresados podrán participar en el “Concurso de Becas para profesionales de la última promoción (CONISS)”, mientras que los profesionales que ingresaron en virtud del artículo 9° de la ley 19.664, lo pueden hacer, junto con los profesionales regidos por la Ley 19.378 o la Ley 15,076 a través del denominado “Proceso de Selección para acceder a cupos en programas de especialización para médicos cirujanos regidos por el Artículo 9 de la Ley 19.664 (CONE SS), así como también mediante el Proceso de Selección para acceder a cupos en programa de especialización para médicos cirujanos con desempeño en la atención primaria de salud, contratados por la ley N° 19.378 o por el artículo 9° de la Ley N° 19.664 (CONE APS)

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

5. Comisionados De Estudio

Son aquellos profesionales que habiendo ingresado por el artículo 8 de la Ley 19.664 accedieron a un cupo en algún programa de formación a través del concurso destinado al efecto, ingresando a desarrollar el referido programa en virtud de una comisión de estudio, la cual es una especie de comisión de servicio, mediante la cual se le encarga al funcionario el desempeño de funciones ajenas al cargo, en este caso en concreto sería el dar cumplimiento a las obligaciones docentes asistenciales que emanan programa de formación, manteniendo su calidad de funcionarios.

Contraloría General de la República respecto a los comisionados en estudio ha señalado lo siguiente: las comisiones de estudio son una especie de comisión de servicio consistente en obligaciones que se imponen al funcionario con respecto a labores de perfeccionamiento o capacitación relacionadas con la naturaleza y fines del organismo que las ordena y con las labores que el servidor debe desarrollar de acuerdo a su cargo, de manera que su cumplimiento corresponde al ejercicio del empleo que ocupa en el organismo de origen, cuya propiedad conserva.

En este contexto, mantienen los mismos derechos y deberes que tenían mientras ejercían sus funciones en el establecimiento para el cual se desempeñaban, agregándose las obligaciones docentes asistenciales referidas, las que se desarrollaran en el apartado de las obligaciones de los becarios, por ser las mismas para los comisionados en estudio.

Dentro de los derechos que mantienen se encuentra el pago por las horas extraordinarias que realicen en virtud del programa de formación, las que deberán ser pagadas por el Servicio de Salud de origen, el cual en principio debiese ser retribuido con descanso compensatorio o en su defecto pagar en dinero el valor de las horas con el recargo de un 50%. Sin embargo, si dicho trabajo en exceso no está en el marco del programa, el pago corresponderá al establecimiento que ordenó dichas horas (sea con descanso compensatorio o con el pago de las horas.

En cuanto al beneficio de alimentación, concesión facultativa, reconocido por la ley N° 20.799, que dispone que los establecimientos de salud dependientes de los Servicios de Salud podrán proporcionar y financiar alimentación a los funcionarios de planta y a contrata que se desempeñen en ellos. Como los comisionados en estudio mantienen su calidad de funcionarios, tienen derecho a recibir este beneficio, siempre que el centro de salud entregue dicho derecho a sus funcionarios.

6. Becarios

Becarios son los profesionales que gozan de una beca de especialización, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud o de las Universidades. En ningún caso son funcionarios públicos, por lo que sus derechos y obligaciones se encuentran en el artículo 43 de

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

la Ley 15.076 y los reglamentos contenidos en los D.S 507 del año 1990 y D.S. N° 91 de 2001, ambos del Ministerio de Salud y por el convenio que firmen.

El artículo 43° de la ley 15.076 señala que, los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico-farmacéutica o bioquímica.

La concesión de estas becas se hará por concurso. La duración de ellas no podrá ser inferior a uno ni superior a tres años; serán incompatibles mientras dure el período de adiestramiento con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario en los términos del artículo 13° y tendrán el horario que determine el reglamento.

6.1. Derechos De Los Becarios

Los becarios tienen únicamente los derechos que el reglamento y el artículo 43 de la Ley 15.076 les reconoce, así lo ha confirmado Contraloría General de la República que ha dictaminado que los médicos becarios carecen de la calidad jurídica de funcionarios públicos, y en ese carácter, no tienen más derechos que los expresamente reconocidos en la citada ley N° 15.076 y en la reglamentación especial a que se encuentran sujetos en el goce de las becas

Estos derechos son los siguientes:

a. Pago de estipendios

El becario tiene derecho a estipendios mensuales, al cual el funcionario tiene derecho durante el desarrollo del programa, es decir un monto de dinero que comprende:

- Sueldo Base por 44 horas semanales;
- Agnación Familiar;
- Asignación especial de 15%, calculada sobre un sueldo base de 44 horas semanales de trabajo de la ley N°19.664;
- Asignación del artículo 8° quáter de la ley N°15.076, que comprende un 32% del sueldo base, un 10% de la suma del sueldo base.

Este estipendio podrá ser incrementado por el Ministerio de Salud hasta en un 100% para programas de interés nacional, fundado en razones epidemiológicas o de desarrollo de modelos de atención de salud, más los derechos o aranceles que impliquen el costo de la formación.

De acuerdo a lo que ha señalado Contraloría General de la República, estos estipendios no constituyen remuneraciones, lo que trae como consecuencia que, si se termina anticipadamente el programa, dichos estipendios deben ser devueltos al organismo que concedió la beca.

b) Pago durante la inducción

Si se realiza un período de inducción, el becario tiene derecho al pago de estipendio durante el tiempo que esta se desarrolle.

c) Feriado Legal

El reglamento le reconoce el derecho al feriado legal, en los términos que corresponde a los funcionarios públicos afectos a la ley N°15.076, así lo establece el artículo 14 del DS 507, el cual además establece expresamente que no podrán acumularse períodos de feriado.

d) Pago de la Asignación de cambio de Residencia.

Los becarios tienen derecho a percibir la asignación de cambio de residencia, cuando para hacer uso de una beca de especialización deban cambiar su lugar habitual. Así lo establece expresamente el artículo 29 de la Ley 15.076 y lo ha reiterado la Contraloría.

e) Derechos Previsionales.

Los becarios tienen derecho al pago de cotizaciones previsionales, por lo que los servicios de salud correspondientes deberán efectuar las imposiciones tanto de salud como las cotizaciones en AFP, las cuales se calcularán sobre el valor del sueldo Base por 44 horas semanales y de la Asignación especial de 15%, calculada sobre un sueldo base de 44 horas semanales de trabajo de la ley N°19.664.

f) Licencia médica por enfermedad.

Los becarios tienen derecho a hacer uso, en los mismos términos que los demás profesionales funcionarios, de licencias médicas por enfermedad. Se destaca que el becario en este caso, debe remitir la licencia médica dentro del plazo de tres días hábiles a la dirección del servicio de salud que corresponda y comunicar a los Directores del campo cínico y centro formador tal circunstancia.

g) Beneficios relacionados con la Protección a la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar.

En esta materias, se aplican e las normativas que expresamente se señalan en el Rglamento. Al respecto, señala el Reglamento que las becarias y becarios, cuando corresponda, gozarán de:

- Derecho al pago de sala cuna, siempre que las becas sean financiadas por el Ministerio de Salud o por los Servicios de Salud; y
- Derecho a descanso y licencia de maternidad. Al no existir referencia a otra normativa, conforme al principio de legalidad que rige eminentemente en Derecho Público, los becarios y becarias no tendrían más derechos que los ya señalados.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Ello, no deja de ser discutible, desde que la protección a la maternidad, como un conjunto de derechos integrantes de la seguridad social -además de su reconocimiento expreso en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo-, ha sido recogida en tratados internacionales ratificados por Chile, como acontece con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por Chile, el que en su artículo 9 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, precisando el reconocimiento especial de protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, debiendo concederles a las que trabajen, licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En ese mismo sentido se adoptó el Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad ratificado por Chile..

De lo indicado se desprende que, en la actualidad, las becarias que coticen para los distintos regímenes de protección social, tienen derecho a acceder a las coberturas que ellos otorgan y, por tanto, a invocar los beneficios que correspondan a la maternidad derivados de aquella cobertura, en razón de lo cual, tales derechos no pueden ser restringidos, como actualmente lo hace el Reglamento de Becarios.

Tal presupuesto no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad y restringirla solamente a lo indicado en el Decreto N°507 ya referido.

Bajo ese entendido, deben ser extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las becarias.

h) Facilidades para que el médico pueda finalizar su beca

Si durante los dos últimos meses de la beca el becario debiera rendir pruebas o exámenes, el Director del establecimiento asistencial otorgará los permisos y facilidades pertinentes.

i) Reconocimiento del tiempo realizado en beca.

Los becarios además tendrán derecho a que el tiempo servido en las becas, sea reconocido por los empleadores para los efectos del goce de trienios de la ley 15.076. Asimismo, los turnos realizados durante los programas de formación, serán considerados para efectos de liberación de guardia nocturna, días domingo o festivo, regulado en el artículo 44 del DFL N° 1 de 2001.-

6.3. Deberes Del Becario

a) Cumplir con las obligaciones docentes asistenciales.

Dentro de este deber, se encuentra el deber de cumplir la jornada de 44 horas y con los turnos nocturnos, sábados, domingos y festivos que deba cumplir, de acuerdo con las regulaciones del programa.

Asimismo, deberá cumplir con las actividades asistenciales en el o los campos clínicos de acuerdo al programa de formación aprobado para dicha especialidad.

b) Cumplir con las obligaciones administrativas.

Deben de Acatar las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de los establecimientos donde desarrollan su programa de formación.

El becario dependerá administrativamente del Director del campo clínico al cual haya sido destinado, y en el ámbito docente, al centro formador respectivo, los que supervisarán el cumplimiento del programa, y para cuyo efecto designará un tutor o director de beca para cada uno de los becarios.

Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los becarios, cumplir con un sistema de control horario que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa, tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde le corresponda desempeñarse.

c) Recuperar el tiempo en el que hizo uso de licencia.

El reglamento señala que el centro formador podrá fijar plazos de recuperación, de lo cual se desprende el deber del becario de recuperar el tiempo de formación perdido al estar haciendo uso de licencia médica. Por su parte la autoridad deberá disponer de la prórroga del período de beca.

d) Otorgar caución.

La última modificación al Reglamento Becario mantuvo el deber jurídico de que, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del becario y profesional en PAO, se deberá constituir previamente una garantía, la que consistirá en una póliza de seguro, boleta bancaria o cláusula penal constituida mediante escritura pública. A juicio exclusivo del jefe superior de la entidad beneficiaria, se podrá aceptar otra garantía suficiente.

Esta garantía deberá garantizar el total de los gastos que se originen con motivo de la ejecución del programa, incluidas las matrículas y aranceles del centro formador y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%.. Cuentan con las potestades para hacer la estimación de los desembolsos que se deriven del incumplimiento, el Director de Servicio o el Subsecretario de Redes Asistenciales en su caso y el límite de la estimación que estos realicen no podrá exceder de un tercio de los gastos ocasionados con motivo de la ejecución de los programas.

El incumplimiento del período asistencial obligatorio, inhabilitará al médico a postular para ser contratado o designado en cualquier cargo de la administración del Estado, hasta por un lapso de seis años; sin perjuicio de hacérsele efectiva por la autoridad correspondiente la garantía, administrativamente y sin más trámite.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

De acuerdo a la normativa vigente y con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de desempeño, el profesional deberá constituir previamente, cuando corresponda, una garantía equivalente a los gastos originados con motivo de la ejecución del programa y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%.

7. Sobre ejecución de programas de formación en subespecialidad, en calidad de ¿becarios o comisión de estudios?

Se ha planteado la situación de que un Servicio de Salud ha otorgado a sus médicos cirujanos, recientemente terminando beca de especialidad primaria, una carta de apoyo para financiar programa de subespecialidad. Luego, se les comunica que, atendido el hecho de que no pueden ser asimilados a la planta superior no pueden ser enviados a dicha formación en calidad de funcionarios en comisión de servicios, sino que, en calidad de becarios, manteniendo las mismas condiciones que han detentado hasta este momento.

A este respecto, precisa señalar que, el artículo 46 de la ley Nć 19.664 dispone que *"Sin perjuicio de los programas de perfeccionamiento y de especialización dirigidos a los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación, los Servicios de Salud podrán otorgar comisiones para concurrir a congresos, seminarios, conferencias, u otras actividades de similar naturaleza, incluso para programas de postítulo o posgrado conducentes a la obtención de un grado académico."* Por su parte, el dictamen Nć 45.042, de 2004, de la Contraloría General de la República, puntualizó que el citado artículo permite disponer comisiones para asistir a los eventos que indica a todos los profesionales funcionarios, ya sea que pertenezcan a la Etapa de Destinación y Formación o a la de Planta Superior, puesto que en este punto la norma no distingue. Además, previene que dicha preceptiva no establece restricciones en cuanto a la naturaleza de las actividades que pueden ser objeto de una autorización de esa especie, por lo que se extiende a las subespecializaciones. Sin embargo, el mismo dictamen hizo presente que las comisiones reguladas en el mencionado artículo 46 difieren de las señaladas en el artículo 10 de la ley N° 19.664, el cual, como se ha dicho, se aplica exclusivamente a quienes integran la Etapa de Destinación y Formación, toda vez que, de conformidad con las disposiciones contempladas en el decreto N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud -reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización-, estas últimas poseen un estatuto jurídico particular (para los médicos generales de zona).

De este modo, se advierte que el artículo 46 de la ley N° 19.664 es una norma general que beneficia, a los profesionales funcionarios incorporados a la Etapa de Destinación y Formación en todos aquellos casos en que, en virtud del principio de especialidad, no sean aplicables sus artículos 10 y 11.

Así las cosas, la situación en que un profesional funcionario solicita voluntariamente acceder a un programa sin someterse a un concurso y, en cuyo favor, se dispone una comisión, resultaría irregular, pues, se encuentra impedido de acceder por esa

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

vía a tal beneficio y sin cumplir con los requisitos que la normativa exige para tal fin, como lo es el desempeño previo en el nivel primario de atención de uno o más servicios de salud o en establecimientos de salud municipal.

A mayor abundamiento, necesario es puntualizar que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley N° 19.664, pertenecen a la Etapa de Destinación y Formación los profesionales funcionarios que se encuentran en período de perfeccionamiento y desarrollo de sus competencias y que sean contratados por los Servicios de Salud para desempeñar preferentemente funciones de carácter asistencial.

Ahora bien, según lo prescrito por el artículo 8° del indicado texto legal, el ingreso a la indicada etapa se efectúa mediante un proceso de selección a nivel nacional, sin perjuicio que, conforme lo dispone *el artículo 9° del mismo cuerpo de normas, los directores de los Servicios de Salud pueden contratar directamente profesionales funcionarios en la Etapa de Destinación y Formación, cuando circunstancias fundadas lo justifiquen en razón de necesidades del servicio, en forma transitoria y por períodos determinados.*

Luego, es menester hacer presente que el artículo 10° de la referida ley establece, en lo que interesa, *que el ingreso a los programas de especialización de los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación, incorporados a ella a través del proceso de selección señalado en el artículo 8° (generales de zona), se dispondrá mediante comisiones de estudio, y que tales programas de especialización no podrán tener, en forma continuada o por acumulación de períodos, una duración inferior a un año ni superior a tres.*

A su turno, el artículo 11 del mismo texto legal dispone que *los demás profesionales de la indicada etapa, esto es, los que no ingresaron a aquélla mediante el referido proceso de selección, también pueden optar a programas de especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio de Salud, en los términos establecidos en el artículo 43 de Ley N° 15.076, norma esta última que trata de las becas que pueden ofrecer los aludidos servicios y las universidades, destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, las que tienen una regulación jurídica diversa de las comisiones de estudio antes referidas.*

Expuesto lo anterior, cabe expresar que el ordenamiento jurídico no ha precisado, ni de forma general ni de manera específica para la materia que ahora nos ocupa, el concepto de especialidad, de manera que *tal expresión debe entenderse referida en términos amplios, comprensiva tanto de las especialidades como de las subespecialidades, especialidades derivadas o de segundo grado.*

Por lo demás, lo antes expresado se encuentra en armonía con lo manifestado por la Contraloría General mediante el *Dictamen N° 12.848, de 1996*, el cual precisó, en el ámbito de los concursos convocados para proveer cargos de profesionales funcionarios, que atendido que la ley no ha señalado lo que debe entenderse por

especialización o especialidad, ha de estarse a lo preceptuado en tal sentido *por el artículo 5° del Decreto N° 110, de 1963, del Ministerio de Salud, según el cual las especialidades y, por ende, las especializaciones correspondientes, se dividen en especialidades de primer grupo y de segundo grupo y, siendo estas últimas las derivadas de las primeras, sólo cabe entender que las especialidades del segundo grupo equivalen a las subespecialidades o especialidades derivadas.*

Luego, para los fines de lo establecido en los artículos 10° y 11 de Ley N° 19.664, debe colegirse que tales preceptos legales, al referirse a los programas de especialización, sin hacer distingos de ninguna naturaleza, *comprenden tanto las especializaciones como las subespecializaciones.*

De lo anterior se concluye que los profesionales de la Etapa de Destinación y Formación *pueden acceder a programas de subespecializaciones, bajo la modalidad que corresponda según la forma de ingreso a la señalada etapa, conforme lo expresado, en razón de que, como* ya se anotó, las normas antes citadas no distinguen en cuanto al tipo de especialidad que se pretende obtener con los programas de que se trata.

Las normas contenidas en los artículos 10° y 11 de Ley N° 19.664 no se refieren a los profesionales de la Etapa de Planta Superior, sino que, tal como ya se expresó, a quienes pertenecen a la etapa formativa de la carrera funcionaria.

De esta forma, los profesionales funcionarios, independientemente de la planta a que pertenecen y de la modalidad de acceso a las actividades de especialización o subespecialización, *deberán cumplir con los requisitos de ingreso a tales programas fijados por las entidades que los impartan, lo que podrá significar que los postulantes a aquéllos deban poseer, además del título profesional pertinente, alguna especialidad previa, dependiendo de la normativa que cada entidad haya establecido para tales efectos.*

8. Explicaciones Sobre Las Modificaciones Al Decreto Supremo N° 507, Que Aprueba Reglamento De Becarios De La Ley N° 15.076, En El Sistema Nacional De Servicios De Salud

En el año 1990, se dictó por la Autoridad Competente, el Reglamento de Becarios, que en definitiva, vino a estructurar los programas de formación de especialistas que eran financiados por el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o, por los diversos Servicios de Salud del país.

Este mecanismo de financiamiento, tiene un fin último, que es que los médicos cirujanos, una vez que adquieran una especialidad primaria o derivada, permanezcan por un tiempo determinado prestando sus servicios en la red asistencial de alguno de los Servicios de Salud del país, con el objeto de palear la gravísima falta de especialistas que, desde ese entonces ya, era patente. De esta forma, se diseñó un modelo en virtud del cual, las entidades administrativas respectivas, deben

estudiar las brechas de especialistas existentes en sus territorios y, por una parte, solicitar al Ministerio de Salud, financiamiento con el fin de formar a sus propios profesionales funcionarios o, disponer de sus patrimonios propios para lograr ese objetivo. Asimismo, atendida la gran necesidad imperante, el Ministerio del ramo, a través de su Subsecretaría de Redes Asistenciales, también comenzó a convocar a concursos para otorgar cupos en los programas de formación, a médicos cirujanos, recién egresados.

Así las cosas, conviene puntualizar, en cuanto a la modalidad de desempeño del profesional durante su formación, la existencia de la siguiente clasificación:

1° Médicos que realizan su programa de formación en calidad de becarios: aunándose en esta categoría, aquellos a que se refiere el artículo 11 de la ley 19.664 (demás profesionales funcionarios, a saber, quienes ingresaron previamente al Servicio de Salud por contratación directa del Jefe Superior del Servicio o los médicos APS municipal) y recién egresados que postulan a los respectivos concursos, conforme al numeral 1° del artículo 18 del Decreto 507, de 1990, del Ministerio de Salud.

2° Médicos que ejecutan su programa en comisión de estudios: subsumiéndose en este grupo, especialmente, los profesionales funcionarios que antes de realizar el programa de formación, ingresaron a la Etapa de Destinación y Formación como funcionarios públicos en razón de un concurso público convocado para tal efecto. Son los llamados médicos generales de zona. Ellos, deben estar a lo menos tres y a lo más seis años, para poder ingresar a un programa.

3° Médicos que ejecutan su formación en misión de estudios: aquellos médicos que desempeñándose previamente en los establecimientos de APS municipal, acceden a los concursos para misiones de estudio, conforme al artículo 43 de la ley 19.378.

Teniendo presente lo anterior, necesario es comentar que en este informe, nos referiremos a la primera clasificación de profesionales, a saber, los becarios.

Visto lo anterior, es menester destacar la importancia de este Reglamento, en razón de que el mismo, establece que la Beca no constituye ni cargo ni empleo, y no les son aplicables ni las normas del Estatuto Administrativo respectivo, ni de la ley 15.076. De esta forma, el Decreto 507, constituye precisamente el Estatuto Especial que regulará, específicamente, la relación particular que existe entre estos profesionales y la Administración del Estado, pues, los aspectos académicos, si bien, son mencionados por el Reglamento que nos atañe, son principalmente regulados por los Reglamentos Internos de cada Facultad o Escuela de Medicina en que se desempeñen los profesionales.

El Reglamento, presenta algunos nuevos conceptos, con el fin de precisar el lenguaje técnico que contextualiza la situación de estos profesionales, agrega expresamente la obligación de registrar horario de los profesionales, establece expresamente una excepción a la duración máxima del programa, regula la interrupción del programa

y establece de manera correcta que se mantienen las inhabilidades del artículo 11, establece especiales casos de duración del tiempo del compromiso asistencial obligatorio y, además, regula las consecuencias de renunciar, ser eliminado del programa de formación, haciendo la clara diferenciación en relación a aquellos que terminando el programa de formación, incumplen total o parcialmente su obligación de permanencia en el Sistema Público de Salud.

En ese entendido, es sumamente importante destacar el hecho de que esta modificación de Reglamento responde a una inminente necesidad de palear con una problemática general dentro del Estado y sobre lo que mucho se ha escrito, que es la precarización del empleo público y, aunque de acuerdo a lo mencionado por el reglamento, la beca no constituye empleo, de todas formas, ello no obsta a que dicha precarización no alcance a los becarios.

Además y, tal como lo manifestó el Ministerio de Salud para fundar su Decreto, la realidad nacional ha cambiado considerablemente en los últimos 28 años, en cuanto a la cantidad de usuarios del sistema y de profesionales que se forman, así como el reconocimiento general de derechos fundamentales de los servidores, de manera que, ajustar la normativa a esta realidad, es muy atingente.

Visto todo lo anterior, procederemos a observar el nuevo texto del Reglamento y, posteriormente a analizar las modificaciones más importantes, en lo que nos atañe como Unidad de Defensa Laboral.

Análisis De Las Modificaciones Más Importantes Del Decreto Supremo 507, De 1990, Del Minsal

1. El nuevo inciso tercero del artículo 2°.

Como hemos observado, el nuevo inciso reza lo siguiente: "Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los becarios, cumplir con un sistema de control que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde les corresponda desempeñarse."

Sobre el particular, conviene puntualizar que de acuerdo a la regulación actual, la beca no constituye cargo o empleo y, por ello, no son aplicables las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2006, del Ministerio de Hacienda, que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, ni las normas del Estatuto especial que rige a los médicos, entre otros profesionales de la salud.

Así las cosas, debemos tener presente que los profesionales que cumplan un programa de especialización en los establecimientos dependientes del Sistema Nacional de Servicios de Salud, cualquiera sea la institución responsable del desarrollo de dicho programa, estarán obligados a acatar las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de tales establecimientos.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Por su parte, tal como señala el artículo 7° del Reglamento de Becarios, estos profesionales, dependerán administrativamente del Director del campo clínico al cual haya sido destinado, y en el ámbito docente, del centro formador respectivo, los que supervisarán el cumplimiento del programa, y para cuyo efecto designará un tutor o director de beca para cada uno de los becarios.

En este punto, es dable considerar si dentro de esas normas internas a las que quedan sujetos los becarios, también se ven consignadas las de registrar el horario como los demás funcionarios del servicio.

Al efecto, precisa señalar que, la ley establece precisamente el deber que tienen los funcionarios de cumplir cabalmente con su jornada de trabajo, prestando personalmente los cargos que han de desempeñar y, además, se ha establecido el deber que tienen los Jefes Superiores de los Servicios de velar por el cumplimiento íntegro de esa obligación funcionaria, debiendo disponer al efecto los medios idóneos para controlar la hora de llegada y salida de los funcionarios que se desempeñan en el establecimiento respectivo.

Por su parte, es necesario considerar que la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, establece en sus artículos 61, letra d), y 65, inciso tercero, respectivamente, la obligación de todo funcionario de cumplir con la jornada de trabajo y de desempeñar su cargo en forma permanente durante dicho período.

Enseguida, el artículo 72 del citado Estatuto Administrativo, se refiere a las consecuencias jurídicas que acarrea para el empleado tanto la inobservancia del cumplimiento efectivo de la jornada prevista para el ejercicio de sus labores, como los atrasos y ausencias reiteradas, sin causa justificada.

Ahora bien, de las referidas disposiciones, puede apreciarse que todos los servidores, sin distinción alguna, están sujetos al deber de cumplir con la jornada y el horario establecido para el desempeño de su trabajo.

Conviene puntualizar que, a los becarios no pueden aplicarse las normas legales mencionadas precedentemente, por cuanto, por expresión misma del artículo 1° de su especial estatuto, se encuentran excluidos de la aplicación de la mencionada normativa. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, el artículo 10 de su respectivo reglamento señala que, la jornada de desempeño del becario será de 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos nocturnos, sábados, domingos y festivos que deba cumplir, de acuerdo con las regulaciones del programa. Además, agrega el precepto que, las actividades asistenciales que, debidamente supervisadas, deba cumplir el becario, se desarrollarán fundamentalmente en el campo clínico al cual ha sido destinado, sin perjuicio de los que deba cumplir en otros campos clínicos, de acuerdo al programa de formación aprobado para dicha especialidad.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Así las cosas, observamos que el reglamento que complementa el artículo 43 de la ley 15.076 establece, en ese sentido, la obligación de cumplir jornada de 44 horas por parte del becario y, además, la obligación de permanencia en el establecimiento. Ahora bien, la misma reglamentación entrega al Director del campo clínico al que ha sido destinado el becario, la facultad de supervisar, fiscalizar o, como se quiera, controlar el cumplimiento de las diversas obligaciones que se establecen para los becarios, entre las cuales, puede encontrarse la de controlar el cumplimiento de la jornada establecida en el mentado artículo 10.

Por otro lado, una de las principales preocupaciones de los médicos cirujanos que detentan la calidad de becarios, es el hecho de que la misma Contraloría establece la posibilidad de ejecutar descuentos a los mismos, en caso de atrasos, ausencias injustificadas, etcétera.

De esta forma, debemos considerar que, como ya se ha expuesto en reiteradas ocasiones en el presente informe, los becarios han sido excluidos expresamente de las normas del Estatuto Administrativo, de forma tal que, sólo les son aplicables las reglas de su propio reglamento y el artículo 43 de la ley 15.076.

La posibilidad de ejercer descuentos a las remuneraciones de los funcionarios públicos se encuentra contemplada en el artículo 72 del Estatuto Administrativo que establece *"Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones, salvo que se trate de feriados, licencias, permiso postnatal parental o permisos con goce de remuneraciones, previstos en el presente Estatuto, de la suspensión preventiva contemplada en el artículo 136, de caso fortuito o fuerza mayor. Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito el jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados, considerando que la remuneración correspondiente a un día, medio día o una hora de trabajo, será el cuociente que se obtenga de dividir la remuneración mensual por treinta, sesenta y ciento noventa, respectivamente."*

La regla legal transcrita precedentemente NO resulta aplicable a los becarios, por lo que ya hemos explicado a lo largo de este informe y, revisadas particularmente las disposiciones que sí les son aplicables, no se encuentra alguna que establezca estos descuentos, de forma que, no existe un sustento para que la dirección del establecimiento los realice.

Sin embargo, conviene puntualizar, que ello no obsta al hecho de que sí se aplique una sanción más grave al becario que no cumpla con sus obligaciones de cumplir la jornada del programa, pues, como hemos visto, el reglamento concede a la autoridad la facultad de observar e informar el cumplimiento de las obligaciones docentes asistenciales de los becarios y, en caso de que se observe un incumplimiento a dichas normas, implicará que se ponga término a la beca, dentro del marco de la juridicidad respectiva. Además, el no cumplir la jornada puede considerarse como una inobservancia al principio de probidad al que están sujetos todos los servidores públicos, incluidos los becarios, pues, no puede concebirse dentro de un Estado

de Derecho, a personas que se encuentren excluidas de cumplir con un recto obrar dentro de la administración.

Por último, debemos señalar que, la ley y el reglamento no establecen qué mecanismo debe utilizarse precisamente para efectos de controlar la jornada de los servidores—entre los cuales se encuentran los becarios—, quedando ello entregado a la discreción, en este caso concreto del Director del campo clínico: de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, 35 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que establece que la administración superior y control del Establecimiento corresponderán al Director, 36 letra c) del mismo Decreto con fuerza de ley que otorga al director del establecimiento la facultad de organizarlo internamente, el Jefe Superior del Hospital es el único que puede establecer el mecanismo de control de.

Visto lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha sido conteste en este punto, señalando al efecto que:

(…)

"Puntualizado lo anterior, y en lo que respecta a la posibilidad de establecer para una clase de servidores un mecanismo distinto que controle su jornada de trabajo, cabe indicar que, atendido que ***las normas legales referidas no regulan el sistema que debe necesariamente implementarse para dicho objeto, tal aspecto es parte de las materias que le corresponde definir y establecer al jefe superior del servicio".*** *(El énfasis es nuestro). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los oficios N°s 16.598, de 1991; 12.550, de 1996; y 26.022, de 2002, al precisar que corresponde a las autoridades superiores de los organismos implementar el o los procedimientos que estimen convenientes para asegurar la asistencia al establecimiento y su permanencia, como, asimismo, adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva las responsabilidades por su inobservancia.*

Al efecto, la autoridad correspondiente, mediante documento formal dictado para tal efecto, puede disponer uno o más mecanismos internos de fiscalización, que sean eficaces y pertinentes, para verificar la asistencia y puntualidad en el trabajo de los empleados adscritos a cada uno de éstos, teniendo en consideración las diversas tareas que ejecuta el personal del establecimiento, cuando atendida la clase y la forma en que se realizan dichas labores aparece razonable establecer distinciones al respecto.

2. El nuevo inciso primero del artículo 6°.

La disposición establece ***"las becas estarán divididas en periodos anuales, renovables cuando su duración sea superior a un año. La duración total no podrá exceder de tres años, salvo los casos previstos en el artículo primero de la ley 20.816. Este periodo se desarrollará en forma continuada o por acumulación de***

períodos discontinuos, pudiendo interrumpirse solamente, por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o de la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundamentada del becario y la autorización formal del Centro Formador, caso en el que el becario dejará de percibir el estipendio asociado a la formación durante el tiempo de interrupción, sin perjuicio de mantenerse la inhabilidad señalada en el artículo 11."

En el precepto reglamentario, podemos observar dos particularidades que no se encontraban contempladas en el Decreto original, a saber, la posibilidad de que el programa de formación se extienda más allá de tres años para el particular caso que indica y, además, regula de manera más detallada algunos puntos relativos a la interrupción del periodo de formación (no del periodo asistencial obligatorio, como podría pensarse, lo que se encuentra en otra disposición, según se verá).

Sobre el particular, el artículo 1° de la ley 20.816 establece la situación de programas que pueden durar hasta cuatro años. Indica: *"Respecto de los profesionales funcionarios a que se refieren los artículos 8º y 11 de la ley Nº19.664, que ingresen a programas y becas de perfeccionamiento o especialización a contar del 1 de enero de 2015 o en una fecha posterior, no regirá la limitación relativa a la duración de tales programas y becas establecida en el inciso segundo del artículo 43 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 15.076; ni lo dispuesto en el artículo 10 de la ley Nº 19.664, respecto de la duración máxima de las becas de perfeccionamiento o programas de perfeccionamiento o especialización, pudiendo autorizarse becas o programas de hasta cuatro años de duración.*

Mediante resolución del Subsecretario de Redes Asistenciales, que además deberá ser visada por el Director de Presupuestos, se indicará anualmente las especialidades a las que se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior."

En efecto, a la limitación máxima a que se refiere la norma, era la de tres años que contemplaba la disposición legal recientemente mencionada, que derogó de forma tácita para los casos que indica, en ese aspecto al artículo 43 de la ley 15.076.

En la práctica, bien sabemos, que hay algunas Facultades de Medicina que impartían programas de formación de hasta cuatro años de duración, por lo que se reguló la materia, primero, legalmente y ahora, para armonizar la normativa, se estampa en el reglamento.

Un segundo aspecto que refiere la disposición, es la posibilidad de solicitar *la interrupción de la beca*. Para ello, el reglamento establece los siguientes requisitos:

a) Que, se esté cursando efectivamente un programa de formación de especialistas regulado por la normativa respectiva;

b) Debe hacerse por escrito debidamente fundado en virtud de razones que justifiquen suficientemente la solicitud. Esto quiere decir que no basta con indicar

que se necesita interrumpir la beca o, enunciar solamente, como suele hacerse muchas veces "por razones o necesidades personales", sino que el becario deberá explicar detalladamente el por qué requiere suspender temporalmente su programa, acompañando los antecedentes que funden su requerimiento, en lo posible, y explicar de qué forma el continuar en ese momento en la beca le impide resolver sus problemas inminentes. A modo de ejemplo, podemos señalar como razones fundadas: una determinada enfermedad, la de un familiar que no sea permanente y que no impida la prosecución definitiva de la beca, el hecho de cursar alguna pasantía en el extranjero que requiere de tal interrupción, etc.

c) La autorización formal del Centro Formador. Llama la atención en este punto, que el reglamento confirió solamente la facultad de autorizar la interrupción, a la autoridad competente de cada Universidad que imparte el programa de postgrado conducentes a la obtención de una especialidad. Anteriormente dicha interrupción, debía ser requerida, tanto en el campo formador, como al Director del Servicio de Salud con el que el becario había celebrado el respectivo convenio.

Ahora bien, hay algunos aspectos que, si bien, no menciona la norma, se hace necesario destacar:

a. Las formalidades, lugar de presentación y autoridad del campo formador que deben resolver la solicitud, serán las que establezcan los reglamentos de postgrado u otros, de cada Facultad o Escuela de Medicina.

b. Si bien, la regla no menciona que deba dirigirse alguna comunicación al Director del Servicio de Salud con el que existe el convenio, se aconseja encarecidamente que de todas formas, el becario replique en fotocopia, el escrito presentado en la Universidad y dé el aviso respectivo al mencionado Director. Asimismo, una vez que la Universidad resuelva definitivamente si acoge la solicitud, se recomienda que el mismo becario, consiguiendo copia de la misma resolución, comunique tal circunstancia al Director del Servicio, atendiendo al hecho de que deben detener el pago de los estipendios. Si bien, la Universidad debería hacerlo, hacemos esta recomendación, en virtud del principio de probidad administrativa, a fin de evitar que el becario perciba emolumentos de parte de la Administración del Estado que por reglamentación no le corresponderán.

Por último, cabe destacar, también como manifestación del principio de probidad administrativa—que implica un recto obrar del servidor—el hecho de que se mantiene la inhabilidad del becario contenida en el artículo 11.

En efecto, debemos considerar que el mencionado artículo 11 establece: *"La calidad de becario será incompatible mientras dure el período de formación con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario, en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley 15.076."*

El artículo 13 de la ley 15.076 establece que *"Los cargos y remuneraciones de los*

profesionales funcionarios son compatibles hasta los máximos indicados en el artículo 12°.

Además, son compatibles con el desempeño de cargos docentes hasta un máximo de doce horas semanales, sin perjuicio del cabal cumplimiento de la jornada contratada.

Las compatibilidades e incompatibilidades a que se refiere el inciso precedente, sólo serán aplicables respecto de cargos y horarios contratados por las instituciones señaladas en el inciso segundo del artículo 1°.

Cualquiera que sea la jornada de trabajo que desempeñe el profesional funcionario, no quedará inhabilitado para el libre ejercicio de su profesión fuera de las horas contratadas."

En efecto, lo que se quiso evitar con este precepto, es el hecho de que se burle por el profesional el fin que tiene la interrupción de la beca, el cual, debe atender a razones graves, fundadas, que hagan inminente la misma. En ese entendido, no puede interrumpirse la beca para trabajar en otro cargo o empleo público.

Esto lleva a preguntarnos ¿Puede el profesional becario que ha interrumpido su programa, ejercer labores a honorarios, por ejemplo, en las mismas horas en que ejercía el programa de formación? Entendemos que no, porque la ficción que realiza la nueva norma es que el becario, aunque suspendido, sigue ejerciendo para estos efectos su especialización, sino, sería injusto respecto de aquellos que sí se encuentran cursando regularmente el programa.

3. El nuevo inciso segundo del artículo 12.

El inciso agregado prescribe: *"Para efectos del goce del derecho contemplado en el artículo 44 del DFL N° 1, se considerarán los tiempos que el becario haya prestado durante la realización de la beca, en guardias nocturnas y en días festivos, en los términos que establece el inciso tercero de la norma indicada."*

Este artículo replica lo que se agregó durante el año 2016, al artículo 43 de la ley 15.076.

Ello resulta interesante, por cuanto, al tramitarse el beneficio de liberación de guardia nocturna, la resolución afecta concediendo el beneficio dictada por la autoridad competente (Director del Establecimiento en el que el profesional realiza los turnos), debe ser tomada de razón por la Contraloría General de la República.

Así las cosas, por años, los profesionales que consideraban dentro del cómputo de 20 años para acceder al beneficio, los turnos realizados durante una beca, no accedían al mismo, pues, el Ente de Control representaba las resoluciones que creaban estos cargos en extinción en sus respectivos casos, aduciéndose al efecto

que, al no constituir cargo o empleo la beca, no podía considerar dentro de las dos décadas mencionadas.

De esta forma, a fin de palear tal situación, se hace esta corrección legal y reglamentaria. Sin embargo, de todas formas, no bastará con mencionar que "en la beca hice turnos", sino que deberá acreditarse, considerando que en nuestros días, la mayor parte de los casos son de hace muchos años atrás, donde poco registro queda de esos turnos realizados en el marco de un programa de formación.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 6 de la ley 19.230, los profesionales funcionarios de planta y a contrata de los Servicios de Salud, que cumplan con los requisitos necesarios para acogerse a la liberación de guardia contemplada en el artículo 44 de la ley 15.076, esto es, los profesionales que en forma continua y permanente, durante 20 o más años hayan prestado servicios de guardia nocturna y en días festivos, y deseen ser liberados de esta obligación, deberán solicitar este beneficio a la autoridad competente antes del 31 de agosto de cada año. Posteriormente por resolución de la autoridad competente reconocerá este beneficio.

Junto a esta solicitud se deben adjuntar los documentos necesarios que acrediten esta situación, como por ejemplo la relación de Servicio actualizada, donde se demuestre que se cumple con el requisito los años solicitados en la ley para obtener el beneficio.

En el caso de querer computar los años que el profesional funcionario realizó guardias nocturnas, en el marco de un programa de especialización, y siempre que dichas guardias se encuentren contempladas en el respectivo programa y la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por los Servicios de Salud, se podrá acompañar los documentos señalados en el Decreto N° 11 de fecha 2 de junio de 2017, Reglamento para la aplicación del inciso tercero del artículo 44 de la ley 15.076.

Pues bien, dicho reglamento señala distintos requisitos dependiendo de la fecha de inicio del respectivo programa de formación, a saber:

1. Profesionales funcionarios que inicien su formación a contar del 1 de enero de 2018, deberán cumplir con los siguientes requisitos, señalados en el artículo 5° del Reglamento:

a. Que la beca respectiva haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por un Servicio de Salud, lo que se comprobará mediante copia de la resolución que otorgó la beca.

b. Que el programa de formación de la beca haya contemplado el cumplimiento de guardias nocturnas y en días domingos y festivos, lo cual se acreditará mediante copia de la resolución que otorga la beca, la cual deberá mencionar los turnos que el programa de formación contempla y los periodos en que se realizarán.

Además, al momento de la dictación de dicha resolución deberá adjuntarse el respectivo programa de especialización.

Si dicha resolución no menciona los turnos o no se adjunta a la misma el referido programa de formación, el Ministerio de Salud o el Servicio de Salud, según corresponda, deberá certificar dicha circunstancia.

c) Que el interesado cumplió las guardias nocturnas y en días domingos y festivos que exigía el programa de formación, lo que se acreditará mediante el certificado de aprobación final otorgado por la respectiva Universidad.

A continuación, el artículo 6 del Reglamento señala que las guardias deben haber sido realizadas por los becarios en sistemas de turnos rotativos, sea que se hubiesen realizado en establecimientos públicos o privados, en horario nocturno, domingo y festivos, y en forma regular y permanente, en las unidades que se encuentran definidas para asegurar la atención continua de salud a la población, considerando todos los días del año como hábiles.

2. Profesionales funcionarios que hayan iniciado su formación antes del 1 de enero de 2018, deberán cumplir con los siguientes requisitos, señalados en el artículo 8° del Reglamento:

a. Que la beca haya sido financiada por el Ministerio de Salud o por un Servicio de Salud, lo que se acreditará mediante copia de la resolución que otorgó la beca. En caso de no poder acompañarla se deberá adjuntar un certificado del Ministerio de Salud o del Servicio de Salud, según corresponda, de que cuenta de su financiamiento.

b. Que el programa de formación haya contemplado el cumplimiento de guardias nocturnas y en días domingos y festivos, lo que se acreditará mediante una copia del programa de formación en que participó el solicitante, en donde se exprese claramente la realización de turnos y el periodo en el cual tuvieron lugar dentro de la formación, y que especifique que las guardias desempeñadas por los becarios fueron a través de sistema de turnos rotativos, sea que se hubiesen realizado en establecimientos públicos o privados, en horario nocturno, domingo y festivos, en forma regular y permanente, en las unidades que se encuentran definidas para asegurar la atención continua de salud a la población, considerando todos los días del año como hábiles. En caso que no exista copia del programa, el solicitante deberá presentar un certificado en original, suscrito por la autoridad universitaria respectiva, en el cual conste que dicho programa consideraba la realización de turnos, señalando expresamente los periodos en que se desarrollaron, y si estos fueron rotativos, permanentes y en unidades que atiendan todos los días del año.

c. Que el interesado cumplió las guardias nocturnas y en días domingos y festivos que exigía el programa de formación, lo que se acreditará mediante el certificado de aprobación final de la beca otorgado por la respectiva Universidad.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

La obtención de los documentos necesarios para acreditar los requisitos señalados en los artículos anteriores es de exclusiva responsabilidad de los profesionales funcionarios que soliciten la liberación de guardia, así como también su presentación en tiempo y forma.

4. El nuevo artículo 13.

El artículo indica: ***"Las becarias y becarios, cuando corresponda, gozarán del beneficio establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, siempre que las becas sean financiadas por el Ministerio de Salud o por los servicios de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 43 del DFL N° 1, de 2001."***

A lo que se refiere este nuevo artículo, es al beneficio de Sala Cuna.

Es necesario aclarar a los Directores de los Servicios de Salud, Jefes de Servicio, de Unidades y a Encargados de Departamento de Personas de los Hospitales, Servicios de Salud, municipalidades y demás órganos de la Administración del Estado encargados de velar por la salud de la población, que la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar no son aplicables solamente a los trabajadores del ámbito privado o sujetos a un contrato de trabajo, sino que, a todos los que se desempeñan en los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración pública, de las municipalidades, entre otras. Se aclara además que, las disposiciones de protección ya mencionadas, benefician a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional.

El deber de protección consiste en la exigencia que hace el Código del Trabajo al empleador para que este adopte todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también otorgue los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Asimismo, debe prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores, en caso de accidente o emergencia, puedan acceder de forma oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y/o farmacéutica.

El deber de protección de maternidad consiste en un conjunto de obligaciones que se impone a los empleadores para proteger la maternidad, buscando que no se condicione la contratación de las trabajadoras, su permanencia, renovación de contrato, promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni que se exija para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si la persona se encuentra o no en estado de gravidez.

Este deber de protección comienza desde el inicio del embarazo hasta aproximadamente un año y tres meses después del parto, tiempo durante el cual la trabajadora goza de permisos, subsidios y fueros que permiten su estabilidad en el empleo.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

De esa manera, es obligación del Servicio, siempre y cuando ocupen veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras esté en el trabajo.

Además, en virtud de lo dispuesto por el Código del Trabajo, deben observar las siguientes condiciones:

a. Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad necesarias para su buen funcionamiento. En el caso de las instituciones de la Administración del Estado que se encuentren en una misma área geográfica, podrán (lo que es facultativo), previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cuna para la atención de los niños de las trabajadoras de todas ellas.

b. En periodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas.

c. Cuando se trate de construir o transformar salas cunas, los propietarios de los establecimientos respectivos deberán someter previamente los planos a la aprobación de la comisión técnica del plan nacional de edificaciones escolares del Ministerio de Educación Pública.

d. El mantenimiento de las salas cunas será de costo exclusivo del órgano de la Administración del Estado o, en su caso, el Fisco, quien deberá tener una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños, la que deberá estar preferentemente, en posesión del certificado de enfermería otorgado por la autoridad competente.

Es preciso destacar también, se entiende que se cumple con esta obligación si se pagan los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años. Pero, en este caso, es el empleador quien designará la sala cuna, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la JUNJI. También, en este caso, el empleador es quien deberá asumir el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento.

Por último, se aclara, que este derecho beneficia a quienes se les haya conferido el cuidado personal de un menor de edad, por sentencia judicial.

Respecto a las trabajadoras que realizan turnos nocturnos, no existe duda que también les asiste tal derecho, por cuanto, la ley no hace distinción alguna, razón por la cual, los órganos de la administración del Estado deberán proveer los medios necesarios para que esta exigencia se cumpla como es debido, habilitando incluso salas cunas de funcionamiento nocturno para el cumplimiento de dicho fin.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

No obstante lo anterior, no procede sustituir el beneficio legal de sala cuna por una suma de dinero, para contratar una persona idónea a fin de que cuide, en su hogar, al hijo menor de una funcionaria que cumple turnos nocturnos en un hospital, pues no existe norma legal que así lo faculte.

La ley ha sido expresa en señalar las formas cómo es posible cumplir la obligación de proporcionar sala cuna, a saber, implementando por parte del empleador salas anexas e independientes del local de trabajo, o construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos los establecimientos de los servicios que se encuentren en una misma área geográfica o, finalmente, pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años, todo ello, según el artículo 203 del Código del Trabajo.

Las trabajadoras que desempeñen turnos de noche tienen derecho al beneficio de sala cuna igual que aquellas que cumplen horario diurno, pues el Código Laboral no formula ninguna distinción en cuanto al horario de funcionamiento de las salas cunas, ni de desempeño de las funcionarias, por lo que el empleador está obligado a adoptar las medidas que permitan proveer del servicio de sala cuna en alguna de las formas que expresamente ha previsto la ley, a las servidoras que laboran en horario nocturno.

Sólo en los casos en que el hijo de la funcionaria titular de este derecho presente una condición de salud que requiera cuidados que resulten incompatibles, en términos absolutos y permanentes, con su estadía en una sala cuna, procede excepcionalmente, que el servicio empleador cumpla esta obligación a través de un medio equivalente, entregando directamente a la funcionaria la suma de dinero que, de acuerdo a su presupuesto institucional ha fijado para financiar esta prestación por niño. Ello, en el evento en que, además, la JUNJI certifique que en la ciudad respectiva no existen salas cunas que otorguen atención domiciliaria.

Para tales efectos, el servicio empleador deberá emitir una resolución exenta autorizando este cumplimiento alternativo del derecho de que se trata, la que deberá ser remitida a esta Entidad Fiscalizadora.

De este modo, cuando el menor beneficiario de esta franquicia, presente problemas de salud debe considerarse si su condición de salud resulta compatible con los cuidados que otorga una sala cuna, en cualquiera de las modalidades en que se presta este servicio.

Así, si el estado de salud del menor es compatible con los cuidados que provee una sala cuna, pero por disposición médica debe permanecer en su casa, por encontrarse aquejado de una enfermedad, la entidad empleadora podrá celebrar un convenio con una sala cuna que otorgue atención domiciliaria, en los términos revisados. En cambio, cuando la condición de salud permanente del hijo de la funcionaria sea de tal gravedad que no requiera de los cuidados propios de una sala cuna, sino que de

atención de salud especial, corresponderá que la repartición que deba cumplir esta obligación, la solucione a través de un medio equivalente, bajo las exigencias a que se ha hecho referencia.

5. Agregación realizada al inciso primero del artículo 14.

El artículo 14 del Reglamento establece que, *"El becario tendrá derecho al feriado que corresponde a los profesionales funcionarios afectados a la ley N° 15.076.* ***Sin perjuicio de lo anterior, el becario no podrá acumular períodos del feriado legal referido."***

El artículo 102 del Estatuto Administrativo establece que: *"Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen."*

Cabe destacar que el feriado sólo aprovecha a quienes tiene la condición de funcionarios públicos y mientras la mantengan, esto implica que si sus funciones expiraron o terminó su desempeño, sin haber gozado del feriado, dicho funcionario no podrá reclamar el derecho a hacer uso de él ni exigir su compensación pecuniariamente.

De esta forma, excepcionalmente, se tuvo que establecer en el Reglamento una norma que de manera expresa confiriera este derecho a los becarios.

Ahora bien, para entender a qué se refiere la norma con "acumulación del feriado", debemos remitirnos al Decreto Supremo N° 110, de 1963, del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento de la ley N° 15.076. Así las cosas, el artículo 27 del mencionado Decreto indica: *"El profesional que deseare acumular su feriado devengado al del año siguiente o siguientes, en los casos a que se refiere el inciso 1° del artículo 27° de la ley, lo hará presente por escrito al solicitar la acumulación. En todo caso, cuando se trate de acumular el feriado a que se refiere el artículo 26° de la ley, el profesional deberá fundamentar su solicitud."*

Así las cosas, el artículo recientemente mencionado, refiere al artículo 27 de la ley 15.076, actualmente el 24 (considerando que el Reglamento es del año '63, no se refundió con la ley) que señala que los feriados son de uso obligatorio y podrán acumularse sólo para realizar cursos o estudios de perfeccionamiento en el país o en el extranjero. El inciso segundo de la disposición anotada establece que, Si las necesidades del Servicio impidieren a un profesional funcionario el uso del feriado durante el año correspondiente, sea total o parcialmente, tendrá no obstante, el derecho a gozarlo o a completarlo el año siguiente.

Las anotadas hipótesis legales, no son aplicables a los becarios, en razón de que, en efecto, no requieren hacer cursos de perfeccionamiento—ya están en uno—y, además, al no ejercer un cargo o empleo, no pueden estar llamados a cubrir las necesidades del servicio, sino que, solamente estar en pos al programa de formación de manera estricta.

6. –Modificación al inciso primero del artículo 15 del Reglamento.—

Se hace presente que, como es sabido, el becario tiene derecho a hacer uso de licencia médica, gozando del descanso por enfermedad y todos los beneficios pecuniarios que ello conlleva, es decir, el recibir un subsidio y el pago íntegro de sus cotizaciones previsionales.

La norma se ajusta a lo dispuesto en el Decreto 3, de 1984, del Ministerio de Salud.

Para una acertada inteligencia, debemos considerar que, una licencia médica es el derecho que tiene el trabajador (en este caso, el becario) de ausentarse o reducir su jornada, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, en adelante "el o los profesionales", según corresponda, reconocida por su empleador en su caso, y autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, en adelante "Compin", de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, en adelante "Seremi", que corresponda o Institución de Salud Previsional según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio de incapacidad laboral con cargo a la entidad de previsión, institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda.

La agregación señala ***"remitirla, dentro de los plazos legales, a la Dirección del Servicio de Salud que corresponda y comunicar a los Directores del campo clínico y del Centro formador."***

En consecuencia, como la relación se mantiene con la administración del Estado, debe estarse a lo dispuesto en el 11 del Decreto 3 ya enunciado, que indica: *"Tratándose de trabajadores dependientes, el formulario de licencia, con la certificación médica extendida en la forma señalada en los artículos precedentes, deberá ser presentado al empleador dentro del plazo de dos días hábiles, en el caso de trabajadores del sector privado y tres días hábiles, respecto de trabajadores del sector público, en ambos casos, contados desde la fecha de iniciación de la licencia médica."*

Por lo tanto, el plazo legal para remitir la licencia médica al Servicio de Salud, será de 3 días hábiles contados desde la fecha de iniciación de la licencia. Se hace presente que los días sábados, domingos y demás festivos, no cuentan para efectos de este plazo. Sin embargo, no debe confundirse esa circunstancia con el hecho de que la duración de reposo es de días corridos, por lo que, en tal caso sí se cuentan los mencionados días.

Es importante hacer esta aclaración, en razón de que si no se presenta la licencia dentro de los plazos legales, puede ser rechazada y puede generar problemas por ausentismo al programa cuya justificación se tornará discutible.

Además, se hace presente que no es necesario que el becario sea quien personalmente tenga que ir a presentar la licencia, puede remitirla con un tercero, pero debe asegurarse que el Servicio le entregue el comprobante de recepción.

Se recomienda, sacar copia de la licencia, ya que, es el becario quien debe franquear la remisión de la información a la Universidad y al campo clínico en el que se desempeña, pues, en estos últimos deberá arbitrar posteriormente la recuperación del programa.

7. Agregación del inciso segundo del artículo 17 del Reglamento.

Conviene puntualizar, que el artículo 17 se refiere al periodo asistencial obligatorio que deben ejecutar los becarios una vez terminada la formación.

Se advirtió en la realidad que, gran parte de los profesionales que debían realizar su periodo asistencial obligatorio en zonas extremas pedían el traslado del lugar donde debían ejercer este último o, no lo completaban, o no postulaban a los cupos relativos a esos Servicios de Salud, de forma tal que se consideró como una forma de incentivar la toma de esos cupos, el establecer un tiempo menor de duración de la obligación.

Así las cosas se señalan ***"Excepcionalmente, para zonas geográficas o niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en el mismo acto que aprueba las bases de selección del concurso para el otorgamiento de las becas, podrá definir un periodo de devolución asistencial menor al citado en el inciso anterior. Asimismo, podrá definir un periodo menor para especialidades que sean declaradas en falencia. Con todo, tales periodos en ningún caso podrán ser inferiores al tiempo de formación."***

Se hace presente que se ha entregado la facultad plena de definir esta situación, a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, de forma tal que, esta es la única que de oficio, puede dictar el acto administrativo debidamente motivado o fundado, para determinar un periodo asistencial obligatorio menor, lo cual, se hace en el acto de definir las bases del concurso.

8. Modificación del artículo 18 del Reglamento.

Se reemplazó el antiguo numeral 2° por lo siguiente: ***"Podrán postular a estas becas para acceder a programas de especialización:***

2°.- Los profesionales con más de cuatro y menos de seis años de ejercicio profesional. Si se tratare de profesionales titulados fuera del país, el plazo se contará desde la fecha en la que dicho título ha sido revalidado en Chile."

Se eliminó la exigencia de edad máxima para postular a programas de formación, sin embargo, se establece tiempo máximo y mínimo de ejercicio profesional, no distinguiendo si dicho ejercicio profesional se ha realizado en el sector público o privado de salud.

Llama la atención la redacción de la norma, pues, la regla es que se computa el plazo de ejercicio profesional, es decir, que efectivamente el médico haya trabajado en el

ejercicio de la medicina. Entendemos, por el sentido de la norma, que no basta que el médico titulado en el extranjero revalide el título, sino que, además, debe ejercer profesionalmente la medicina en Chile para poder postular, no computándose el tiempo trabajado en un país foráneo.

9. –Modificación del artículo 19.

El artículo 19 establece el deber del becario suscribir un convenio con la Subsecretaría de Redes Asistenciales o con el respectivo Director del Servicio de Salud, en el que constarán sus derechos y obligaciones.

Se agrega el inciso segundo que indica: ***"Durante el primer mes de iniciada la beca, la Subsecretaría de Redes Asistenciales o la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, aprobará mediante resolución el convenio antes mencionado, el cual, contendrá además, el programa de formación y señalará expresamente los periodos que desempeñará en sistema de turnos."***

Es destacable que se haya impuesto a la Subsecretaría o al Servicio el aprobar dentro de un plazo determinado el convenio, pues, en la práctica pasan años, incluso los tres para recién exigir a los becarios la firma del convenio so pena de, a esas alturas, inhabilitarlos. Es más, incluso actualmente, hay médicos terminando el periodo asistencial obligatoria y recién les hacen firmar las escrituras a esas alturas para regularizar la situación.

En ese entendido, nos parece un buen avance el hecho de que se fije un plazo para que las Direcciones de Servicio o la Subsecretaría deba aprobar los convenios.

10. Modificación al artículo 21.

Resulta interesante este artículo, por cuanto regula la jornada en la que debe realizarse el Periodo Asistencial Obligatorio.

Hasta antes de la modificación del reglamento, el periodo asistencial obligatorio debía realizarse en jornada completa, la cual, conforme al primer inciso del artículo 12 de la ley 15.076, es de 44 horas semanales.

Así las cosas, se hace presente que, que la única posibilidad de reducir la jornada de desempeño en el ejercicio de esta obligación, era que se asumiera otro cargo público compatible, y el límite era de 22 horas.

Ahora, con la modificación, si bien, aun rige el límite de reducción de hasta 22 horas semanales, sí se agrega una alternativa, a saber, el hecho de que el ex becario pueda solicitar la reducción, sin necesidad de asumir otro cargo y extender proporcionalmente el periodo de desempeño obligatorio. Esto opera, de acuerdo a la normativa de la siguiente forma:

a. Es a solicitud de parte: de acuerdo a la regla, el médico es quien solicitará al **Director del Servicio** (no del Hospital CESFAM, etc,), por escrito, la reducción

de horario y extensión del Periodo Asistencial. Para ello, debe fundamentar su solicitud, pues, ante todo, debe conciliarse su solicitud con el interés general, más que el particular, atendiendo al principio de probidad administrativa, de forma tal que, no puede ser una razón meramente personal, sino de aquellas que justifiquen el cambio y que no quede más alternativa que ejecutar la obligación bajo ese modo.

b. Es discrecional del Director del Servicio: el Director debe resolver ajustado a derecho, revisar los antecedentes, y su decisión, positiva o negativa, siempre debe estar fundada, atendiendo al principio de imparcialidad de los procedimiento administrativos, que exigen siempre exponer las razones de hecho y de derecho en que se funda una decisión de la autoridad. Ahora bien, se hace presente que no es obligatorio para el Director, es decir, no por el hecho de que el ex becario haga la solicitud, deba necesariamente accederse a ella, por lo que, no se constituye con esta modificación un derecho para el profesional, sino que, una facultad para la Administración.

c. Además, debe tenerse presente que debe observarse siempre las necesidades del servicio, si éstas son tales, que no es posible acceder a la solicitud, puede denegarse. Por ello, es importante que el profesional funcionario, al momento de pedir la reducción de horario y extensión del tiempo de devolución, debe tener presente las condiciones en las que se desempeña, las necesidades de los usuarios, entre otros.

11. Modificación al artículo 24.

El anterior inciso primero del artículo 24 del Reglamento, establecía que podía ponerse término a la beca, inhabilitar y cobrar la totalidad de la garantía constituida por el becario, al incumplir "cualquier deber en el programa de formación", de forma tal que, la norma daba a luz a las mayores arbitrariedades y medidas desproporcionadas por parte de los Encargados de Formación de los servicios, que presionaban a los becarios para aceptar cualquier condición, so pena de sancionarlos. Por ejemplo, médicos que debían firmar los convenios, al no estar de acuerdo con una de las cláusulas escritas en los mismos, se oponían y buscaban su modificación. Los Servicios de Salud, negaban tal modificación, y presionaban a los médicos para firmar la escritura. Frente a ello, se les exigía sin más la firma y, pese a estar en desacuerdos, finalmente el médico terminaba suscribiendo el instrumento, por cuanto, le llegaban correos amenazándolos con que serían inhabilitados y les cobrarían toda la multa, si no cumplían con el deber de firmar. Esto, resulta una solución práctica y genera una mayor igualdad de condiciones al momento de negociar y revisar que los convenios se ajusten a la ley.

Por otro lado, esta modificación, se concilia con el artículo 25 del Reglamento, el cual, establece sanciones y reembolsos, sólo en casos calificados y no por cualquier incumplimiento, sin más.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

12. Modificación al artículo 25 del Reglamento.

Esta creemos, es una de las modificaciones más importantes que ha sufrido el Decreto Supremo N° 507, al responder a un clamor que desde hace ya un par de años se estaba realizando, en torno al principio de proporcionalidad reconocido en la aplicación de sanciones administrativas, cuestión que se encuentra ampliamente aceptada en nuestra jurisprudencia y que, resulta un gran avance que se plasme en las normas legales y reglamentarias.

El nuevo artículo 25, distingue diversas situaciones que nosotros mismos ya veníamos alegando, pues, no podemos sancionar con el mismo rigor a quien lamentablemente no puede aprobar un programa de formación, frente a aquel que habiéndolo completado, no se presenta a cumplir su periodo asistencial obligatorio, dejando a la red asistencial desprovista de sus servicios, sin justificación suficiente.

Lo primero que debemos destacar, es que creemos que el inciso primero del artículo 25 que señala ***"No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente."***

Resulta evidente, porque nadie puede estar obligado a lo imposible de ejecutar. Pero además, porque resulta ser que el artículo 12 de la ley 19.664, establece que, el profesional tiene la obligación de hacer el periodo asistencial obligatorio y que el incumplimiento de "esa obligación" implica la sanción, de forma tal que, la modificación reglamentaria anotada, aclara un tema obvio, pero además, se concilia de mejor manera con la ley.

Visto lo anterior, veamos las distintas hipótesis que contempla el artículo:

a. Renuncia del Becario;

b. Eliminación por rendimiento;

c. Eliminación por incumplimiento de las normas den centro formador;

d. Eliminación por falta de aptitudes requeridas para continuar con el programa.

Analicemos cada una de ellas:

1.- Renuncia del Becario.

Una definición que se ajusta al contexto que nos encontramos desarrollando, es la del Estatuto Administrativo que establece que, *"La renuncia es el acto en virtud del cual el funcionario manifiesta a la autoridad que lo nombró la voluntad de hacer dejación de su cargo."*

En ese entendido, podríamos decir que, la renuncia del becario es el acto en virtud del cual, éste manifiesta al Centro Formador, su decisión de no continuar asistiendo

al programa de formación, haciendo dejación de su calidad de alumno regular.

Ni la ley ni el reglamento regulan el procedimiento que debe seguirse ante la renuncia del becario, sin embargo, para ello, sólo que debe ser presentada ante la Subsecretaría de Redes Asistenciales o Dirección del Servicio, según corresponda. Así las cosas, obviamente, la renuncia debe ser por escrito y presentarse en la oficina de partes del órgano de la administración respectivo, dirigida a la superioridad del Servicio.

Por su parte, se recomienda fundar la renuncia, no decir solamente que se debe a problemas personales, como suele hacerse en algunos casos, pues, ello no dará lugar a discutir la culpabilidad o no en la acción cometida.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de acceder a otro programa de formación, después de renunciar, antiguamente, sólo podía hacerse si el becario presentaba esa renuncia dentro de los 30 días posteriores al inicio de la beca. Ahora, se amplió la posibilidad y el tiempo para renunciar, manifestándose en la norma ***"El becario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa siempre que haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre."***

Por último, la regla general, es que la renuncia del becario implique la obligación de restituir los fondos desembolsados para su formación. En ese entendido, de acuerdo al inciso segundo del artículo 25 se establece que debe reembolsar:

a. gastos con motivo de ejecución del programa: incluyendo aranceles, matrículas y estipendios;

b. gastos derivados del incumplimiento (un tercio de los gastos con motivo de ejecución del programa; y

c. todo lo anterior, incrementado en un cincuenta por ciento.

La diferencia con la antigua reglamentación, es que en estos casos, todo el cálculo se hará en razón de lo que efectivamente se gastó, es decir, si el becario estuvo un año, será un arancel, una matrícula y doce estipendios, la base de cálculo de todo lo anterior.

No se inhabilitará al profesional.

No es renuncia durante el periodo asistencial obligatorio.

2. Eliminación de la beca, por rendimiento, por incumplimiento de las normas del centro formador o por falta de aptitudes.

Queda a criterio del Centro Formador, de acuerdo a su normativa interna evaluar estos aspectos y, en casos de que el becario no cumpla con los supuestos impuestos

por el mismo, debe ser eliminado. El centro formador se limitará a informar dicha expulsión al director del Servicio de Salud o a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, según corresponda.

Con el mérito de ese informe, el Director o Subsecretario, deberá dar inicio a un procedimiento administrativo, conforme a las normas de la ley 19.880, con el fin de esclarecer la veracidad de los hechos, a saber, conocer los reales motivos de la eliminación y dar lugar al profesional para que ejerza su derecho a defensa, de forma tal que, así, legalmente dicte un acto terminal ordenando el reembolso en los mismo términos explicados para la renuncia.

En este punto, cabe destacar que, para postular a un nuevo programa de formación, solamente puede hacerlo, quien haya sido eliminado del programa, por falta de aptitudes para continuar el programa. Los demás, no.

No se inhabilitará al profesional.

Incumplimiento Del Periodo Asistencial Obligatorio

Conviene hacer un último acápite sobre el incumplimiento del PAO.

Como hemos visto, los profesionales que renuncien o sean eliminados del programa, no tiene obligación de ejecutar este compromiso, de acuerdo a las razones que ya se han explicado.

Sin embargo, aquellos médicos que completen su etapa formativa y, con ello, se hace actualmente exigible la obligación de realizar un periodo asistencial obligatorio, de forma tal que, su incumplimiento en cualquier momento acarreará como consecuencia, la ejecución de la totalidad de reembolsos y garantía constituida y, además, será inhabilitado por hasta seis años para acceder a la Administración del Estado, es decir, respecto de ellos, se mantiene como siempre, las sanciones administrativa.

Se hace presente que, el periodo asistencial obligatorio debe ejecutarse sin interrupción alguna y, aunque se esté, por ejemplo, en el quinto año del mismo y se incumple, la sanción será la misma que la que se aplique a aquel que no se presentó a cumplirlo jamás, pues, la modalidad de la obligación es de ejecución completa, es decir, no se entiende cumplida sino, hasta que se haya llegado al doble del tiempo de la formación, no admitiéndose cumplimientos parciales.

9. Explica retroactividad de las modificaciones reglamentarias más importantes, al decreto supremo n° 507, de 1990, del ministerio de salud.

En ese entendido, procederemos a revisar si las principales modificaciones operan con efecto retroactivo:

A.- Normas que rigen hacia el futuro, pero que se aplican a todos los becarios y profesionales en PAO, pues, no distinguen.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

1.- Artículo 6. Establece la posibilidad de que la beca (no el periodo asistencial obligatorio) pueda interrumpirse por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundada del becario y la autorización formal del Centro Formador.

2.- Numeral 2° del artículo 18. Elimina el requisito de edad y establece que pueden postular a las becas, los profesionales con más de cuatro y menos de seis años de ejercicio profesional.

3.- Artículo 19. Se agrega el deber de que se apruebe el convenio para la formación y que contenga el programa y los periodos en que deben hacerse turnos.

4.- Artículo 13. Reconoce el derecho para los becarios y las becarias, para acceder al beneficio de sala cuna, siempre que la beca sea financiada por el Ministerio o algún Servicio de Salud.

5.- Artículo 21. Establece que el periodo asistencial obligatorio debe hacerse en jornada completa, pero que la jornada puede reducirse hasta 22 horas, siempre que el profesional asuma otro cargo público. Ahora bien, se agregó que también esta jornada puede reducirse hasta 22 horas, sin necesidad de que se asuma otro cargo público, pero extendiendo proporcionalmente el PAO, atendiendo las necesidades del Servicio.

Aquí, no es necesario preguntarse si las normas operan o no con efecto retroactiva, porque la posibilidad de pedir la interrupción de la beca, los requisitos para ingresar a becas, el deber establecido en el artículo 19, son situaciones futuras que deben quedar encasilladas bajo el alero de la nueva normativa.

En relación al artículo 21, se había señalado que sólo regiría para el futuro en el sentido de que no sería aplicable a los profesionales que iniciado su periodo asistencial obligatorio antes de la modificación reglamentaria, situación que no tiene asidero alguno, porque la norma no hace distinción y, el profesional puede pedir en cualquier momento de ejecución del PAO, el cambio de modalidad. Por ejemplo, si hoy hay un profesional que le queda un año para devolver, no hay nada que le prohíba el pedir reducir su jornada a 22 horas y en vez de uno, devolver dos años, siempre considerando, en todo caso, que es una facultad del Director, atendiendo las necesidades de su Servicio, acceder a esta solicitud.

B.- Los preceptos que establecen beneficios especiales para los interesados, sí operan con efecto retroactivo, conforme al artículo 52 de la ley 19.880.

1.- Artículo 12. Considera como útil el tiempo desempeñado como becario para efectos de computar el plazo para el beneficio de guardia nocturna, siempre que la beca sea financiada por el Ministerio o algún Servicio de Salud.

Esta norma especial, si bien, ya estaba en la ley 15.076, si opera con efecto retroactivo para situaciones anteriores, es decir, para aquellos que antes de la modificación hizo

la beca y ahora quieren postular al beneficio de liberación de guardia nocturna, por ser una norma más beneficiosa para los interesados.

C.- Preceptos que establecen las sanciones por renuncia, mal rendimiento académico, sí operan con efecto retroactivo.

El nuevo artículo 25, distingue diversas situaciones. Lo primero que debemos destacar, es que creemos que el inciso primero del artículo 25 que señala "*No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente.*"

Resulta evidente, porque nadie puede estar obligado a lo imposible de ejecutar. Pero además, porque resulta ser que el artículo 12 de la ley 19.664, establece que, el profesional tiene la obligación de hacer el periodo asistencial obligatorio y que el incumplimiento de "esa obligación" implica la sanción, de forma tal que, la modificación reglamentaria anotada, aclara un tema obvio, pero además, se concilia de mejor manera con la ley.

Visto lo anterior, veamos las distintas hipó-tesis que contempla el artículo:

a. Renuncia del Becario;

b. Eliminación por rendimiento;

c. Eliminación por incumplimiento de las normas den centro formador;

d. Eliminación por falta de aptitudes requeridas para continuar con el pro-grama.

Analicemos cada una de ellas:

1. —Renuncia del Becario.

En cuanto a la posibilidad de acceder a otro programa de formación, después de renunciar, antiguamente, sólo podía hacerse si el becario presentaba esa renuncia dentro de los 30 días posteriores al inicio de la beca. Ahora, se amplió la posibilidad y el tiempo para renunciar, manifestándose en la norma *"El becario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa siempre que haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre."*

Por último, la regla general, es que la renuncia del becario implique la obligación de restituir los fondos desembolsados para su formación. En ese entendido, de acuerdo al inciso segundo del artículo 25 se establece que debe reembolsar:

a. gastos con motivo de ejecución del pro-grama: incluyendo aranceles, matrículas y estipendios;

b. gastos derivados del incumplimiento (un tercio de los gastos con motivo de ejecución del programa; y

c. todo lo anterior, incrementado en un cincuenta por ciento.

La diferencia con la antigua reglamentación, es que en estos casos, todo el cálculo se hará en razón de lo que efectivamente se gastó, es decir, si el becario estuvo un año, será un arancel, una matrícula y doce estipendios, la base de cálculo de todo lo anterior.

No se inhabilitará al profesional.

No es renuncia durante el periodo asistencial obligatorio.

2. —Eliminación de la beca, por rendimiento, por incumplimiento de las normas del centro formador o por falta de aptitudes.

Queda a criterio del Centro Formador, de acuerdo a su normativa interna evaluar estos aspectos y, en casos de que el becario no cumpla con los supuestos impuestos por el mismo, debe ser eliminado. El centro formador se limitará a informar dicha expulsión al director del Servicio de Salud o a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, según corresponda.

En este punto, cabe destacar que, para postular a un nuevo programa de formación, solamente puede hacerlo, quien haya sido eliminado del programa, por falta de aptitudes para continuar el programa. Los demás, no.

No se inhabilitará al profesional.

¿Por qué debe operar con efecto retroactivo?

En primer lugar, debemos destacar que el "operar con efecto retroactivo", implica que aquellos profesionales que fueron sancionados por resoluciones anteriores (con inhabilitación y cobro total de la multa), y cuyas sanciones no han sido ejecutadas o se encuentran en vías de ejecución, pueden verse beneficiados por las reglas señaladas precedentemente.

Visto lo anterior, debemos destacas:

1°.- Sobre el particular, el artículo 3° de la ley 19.880, aplicable a la materia por disposición del artículo 2° del mismo texto legal, establece que: *"Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.*

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia."

2°.- El Decreto supremo N° 507, efectivamente resulta ser un acto administrativo, como asimismo el que lo modifica.

3°.- Que, como acto administrativo y al no existir otra norma que establezca lo contrario, necesario es hacer presente que el artículo 52 de la ley 19.880 establece que *"Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros."* Así las cosas, tratándose de derecho administrativo sancionador, se debe tener en cuenta el *principio pro reo*, es decir, al haberse establecido una sanción más favorable, debe aplicarse ésta frente a la que antiguamente se pretendía.

4°.- Que, luego, debe estimarse que el acto administrativo en comento sólo establece que debe reembolsarse los gastos de formación en proporción a lo que se alcanzó a formar el profesional.

5°.- El artículo 61 de la ley 19.880 establece que, los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado. Dogmáticamente la revocación se concreta en una resolución administrativa destinada a poner término a los efectos jurídicos producidos por un acto administrativo regular, cuando la Administración estima conveniente hacerlo cesar por exigirlo el interés general. De este modo, la clave de la potestad revocatoria estriba en la tensión que se origina entre el interés público que exige la modificación de una situación jurídica existente y la seguridad jurídica del particular sobre la mantención de su statu quo intangible, derivado de la regularidad jurídica del acto administrativo que se pretende revocar.

6°.- Nuestra jurisprudencia judicial entiende la potestad revocatoria como aquella destinada a derogar o dejar sin efecto un acto administrativo por razones de mérito, oportunidad o conveniencia: "(…) ante nuevos escenarios fácticos o necesidades públicas cambiantes, aparece razonable dotar a la Administración de una especial potestad revocatoria que sea de su exclusiva y discrecional competencia, a fin de eliminar los efectos inconvenientes o inoportunos de un acto administrativo" (Corte Suprema, 23 de junio de 2011, Rol N° 6379-2011).

7°.- Que el motivo o causa de la revocación dice relación con la inconveniencia, inoportunidad o carencia de mérito de los efectos jurídicos derivados de un acto administrativo válido respecto del interés público, es decir, el resultado de una nueva apreciación sobre una determinada situación que tiene como conclusión una inadecuación de la misma con el interés público. Ello es consecuencia de un juicio realizado hoy sobre lo que se produjo antes, determinando que la decisión tomada antaño no conviene en la actualidad a los intereses administrativos.

8°.- De esta forma, conviene puntualizar que, los cambios que implica el reglamento consisten, primero, en establecer que los becarios que, entre otros aspectos, son eliminados de los programas de formación o renuncian, no tienen obligación de realizar un periodo asistencial obligatorio, se omitió para ellos la sanción de inhabilitación y el pago total de la garantía constituida, pasando a solventar solamente los gastos efectivos de la formación.

Por esta razón, es procedente, a la luz de la nueva normativa que puede operar retroactivamente y deben revocarse las sanciones que, como se indicó, se encuentran en plena ejecución, pues, es más beneficioso para los interesados.

10. Becas FOREAPS O FOREBAS

En Octubre del año 2013, la contraloría General de la República, mediante el Dictamen N° 65651N13, referido a este programa de *especialización, señaló respecto de FOREBAS que: "no se ajusta a la normativa legal que regula la materia…y…deberá arbitrar las medidas para que no se efectúen nuevas convocatorias a este programa de formación en tanto no se regularice su modalidad de desarrollo…" Es decir, ya se gestaba desde hace tiempo cuestionamientos hacia este programa de formación, en cuanto a su duración, personas que podían postular y tiempo de devolución.*

Estas becas contemplaban un programa de especialización de seis años o cuatro años, en donde se destinaba cierta cantidad de horas para realizar la formación y otras para realizar inmediatamente la práctica asistencial obligatoria, de manera que, completados los seis años, los médicos beneficiados no tendrían que continuar el ejercicio del periodo asistencial obligatorio.

Para mejor entendimiento, debe tenerse en consideración que el objetivo general del programa de especialización en cuestión, contemplaba, en definitiva, que los profesionales contribuyan a mejorar la resolutividad de los establecimientos del nivel primario de atención de salud, fortaleciendo además la interacción entre los Componentes del sistema público de atención y la vinculación social de las Facultades de Medicina y de los hospitales con la comunidad.

Ahora bien, debe tenerse presente, que conforme a los lineamientos planteados en el concurso público FOREAPS, se estableció que la ejecución de los periodos asistenciales se efectuaría en centros de salud de atención primaria de salud. Por su parte, se estableció que la Escuela de Postgrado de cada facultad participante propone la periodicidad y fechas de los intercambios, entre el Hospital y Consultorio, de acuerdo a las respectivas realidades, para la mejor implementación posible del programa en sus componentes académicos y asistenciales. Así las cosas, el tiempo dedicado al consultorio debe ser considerado como una actividad docente-asistencial, esencial en el plan de especialización: del total de 44 horas semanales de contrato, el tiempo destinado en los consultorios a labores asistenciales directas corresponderá a 22 horas semanales, con un rendimiento de 4 consultas por hora en medicina interna. Las restantes 22 horas se distribuirán en 11 horas para actividades

de promoción y prevención de salud; visitas domiciliarias; y 11 horas de actividades académicas de formación clínica y en Salud Pública, actividades administrativas, de trabajo con los tutores, de capacitación del equipo de salud y de investigación y estudios.

Como vemos entonces, contemplando todo ese programa de horas, se terminaba la beca y nada había que "devolver".

Sin embargo, la Contraloría General de la República intervino, ante la consulta de un médico en la Región de la Araucanía y desestimó la posibilidad de que haciendo los seis años de formación se entendía todo cumplido, ordenando, en definitiva, que los médicos debían completar, además, tres años adicionales de "periodo de práctica asistencial obligatoria", para completar los presupuestos legales. Todo se suscita con Dictamen de la CGR 65651 de 2013 que reza: *"La Contraloría Regional de La Araucanía ha remitido a esta Sede Central la presentación de doña XXXXXX y don XXXXX, participantes del "Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud", por medio de la cual consultan sobre la procedencia de hacerles exigibles el deber de realizar un periodo asistencial de tres años de duración al finalizar la etapa de formación, que fue incorporado con posterioridad a su ingreso en calidad de becarios.*

Requerido su informe, el Servicio de Salud Araucanía Sur manifestó que se solicitó a los profesionales que habían accedido a dicho plan de perfeccionamiento en el año 2012, la modificación de los convenios celebrados por ellos con dicha repartición, a fin de incluir la obligación que ahora cuestionan, por cuanto ella se encuentra contemplada en la resolución exenta N° 563, de 23 de mayo de 2012, del Ministerio de Salud, que aprobó el programa al que se han adscrito los reclamantes.

Por su parte, esa Secretaría de Estado señaló que si bien la exigencia de que se trata se añadió a través del anotado acto administrativo -dictado luego del ingreso de los interesados a la referida especialización-, ésta se encontraba establecida en normas vigentes con anterioridad a la creación de ese plan de estudios, como son las disposiciones de la ley N° 19.664 y del decreto N° 507, de 1990, de esa cartera, que cita.

Asimismo, el Ministerio reconoce que en la implementación del plan al que se refiere la consulta, no se observó lo dispuesto por el artículo 11 de la recién citada ley, en orden a que quienes accedan a programas de especialización deben haberse desempeñado previamente durante tres años en el nivel primario de atención, señalando que considera que dicho error no puede devenir en fuente adicional de provecho para los recurrentes, liberándolos de la obligación de desempeño posterior a la beca que le impone el ordenamiento jurídico, a pesar de que ésta no se encontraba formalmente incorporada al programa, ni a los convenios que suscribieron para su cumplimiento.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Finalmente, expresa que la mencionada iniciativa ha tenido un impacto positivo en el nivel de atención primaria de salud, pues no sólo produjo ahorros y múltiples externalidades positivas en el buen uso de recursos humanos y materiales disponibles en los niveles de mayor complejidad de atención que la red de establecimientos públicos puede ofrecer a su población usuaria, sino que, además, permitió poner en ejecución un mecanismo de atracción eficaz para que los médicos optaran por desempeñarse en ese nivel, pudiendo de esa manera proveer de atención en áreas de especialidad que no existían antes de su implementación.

Al respecto, cabe considerar que por medio de la resolución exenta N° 57, de 2011, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, se aprobó el Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud, al amparo del cual los peticionarios fueron seleccionados para cursar sus respectivas becas.

Éste previó, en lo medular, que, para su implementación, los servicios de salud suscribirían convenios con los municipios de conformidad al artículo 23, letra l), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y contratarían profesionales en la etapa de destinación y formación, con jornadas de 44 horas semanales y remuneraciones de la ley N° 19.664, quienes se desempeñarían en atención primaria de salud y alternadamente desarrollarían sus periodos de formación, combinándolos en partes iguales, durante un periodo igual a seis años, sin que se alterase el programa académico con respecto a su diseño en tiempo completo, esto es, durante tres años y no estableciendo otro requisito de postulación que el tener la calidad de médico, preferentemente recién egresado.

A su turno, la resolución exenta N° 563, de 2012, del Ministerio de Salud, dictada, como se adelantó, con fecha 23 de mayo de dicha anualidad, aprobó un nuevo programa de formación en la materia, en el cual se contempla, además de las condiciones mencionadas anteriormente, que finalizada la etapa de formación, los profesionales ingresados al programa a contar del año 2012 deberían cumplir con una fase de período asistencial obligatorio (PAO) de tres años de duración, prioritariamente en alguno de los centros asistenciales del Servicio de Salud al que pertenecen.

Sobre la materia, es útil expresar que la letra l) del artículo 23 del anotado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, confiere al Director de los Servicios de Salud, la facultad de celebrar convenios con las respectivas municipalidades para contratar profesionales funcionarios en la etapa de destinación y formación, con desempeño en establecimientos de atención primaria de salud municipal.

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la ley N° 19.664, los profesionales funcionarios de la etapa de destinación y formación que no han

ingresado como resultado del proceso de selección contemplado en el artículo 8° del mismo texto legal, podrán acceder a programas de perfeccionamiento o especialización que ofrezcan los Servicios de Salud o el Ministerio, en los términos establecidos en el artículo 43 de la ley N° 15.076, siendo necesario, para acceder a ellos, haberse desempeñado en el nivel primario de atención en uno o más Servicios de Salud o en establecimientos de salud municipal, por un lapso no inferior a tres años.

De otro lado, el inciso primero del referido artículo 43 de la ley N° 15.076 previene, en lo pertinente, que los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico farmacéutica o bioquímica. Añade su inciso segundo, en lo que interesa, que la duración de las becas no podrá ser inferior a uno ni superior a tres años.

Luego, el artículo 17 del decreto N° 507, de 1990, del Ministerio de Salud, que aprueba el reglamento de becarios de la referida ley N° 15.076, preceptúa que el término de la beca implica el compromiso u obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial, a continuación del período formativo, en calidad de funcionario, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, por un lapso igual al doble del de la duración de la beca.

En el mismo orden de ideas, el artículo 18 del decreto N° 91, de 2001, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la ley N° 19.664, dispone que los profesionales funcionarios que no han ingresado a través del proceso de selección del artículo 8° de la ley, que accedan a programas de especialización en calidad de becarios, tendrán la obligación de desempeñarse por un tiempo equivalente al doble del período de duración de los programas.

Pues bien, de la normativa citada se desprende, en concordancia con lo manifestado por ese Órgano de Control en el dictamen N° 10.864, de 2013, que el programa al que se refiere la consulta no se ajusta a la normativa legal que regula la materia, toda vez que, entre otros vicios, permite acceder a becas de especialización como profesionales funcionarios a quienes no cumplen los requisitos para ello.

Sin embargo, y dado que tales facultativos ya se encuentran cursando su especialización en tal calidad, corresponde aplicarles su estatuto jurídico, debiendo concluirse que a tal efecto han de considerarse dentro de la categoría de aquellos que no han sido seleccionados en conformidad al artículo 8° de la ley N° 19.664, dado que no fueron sometidos al proceso que se contempla en dicho precepto, por lo que inequívocamente se encuentran sujetos a la obligación de desempeñarse

por un lapso equivalente al doble que el de la duración de la beca, y que, habida consideración que a pesar de encontrarse repartido en seis años, el programa académico corresponde sólo a tres, se encuentra ajustada a derecho la exigencia de realizar un período asistencial de tres años de duración al finalizar la etapa de formación, con la cual se completa el duplo exigido por dicha normativa.

No obstante lo indicado, es dable también colegir que dicha obligación resulta aplicable no sólo a aquellos que iniciaron su especialización a partir del año 2012, como prevé el programa aprobado por la resolución exenta N° 563, del mismo año, antes referida, sino respecto de todos los que se encuentren cursando en tal calidad dicho programa de formación, cualquiera sea el año en que se hubiere iniciado.

Ahora bien, en relación con los argumentos que el Ministerio de Salud expone en abono del Programa de Formación de Médicos Especialistas en la Atención Primaria en el Sistema Público de Atención de Salud, debe recordarse que de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los organismos públicos se encuentran sujetos al principio de juridicidad, en virtud del cual sólo pueden ejercer aquellas potestades que expresamente se les han conferido por el ordenamiento jurídico, por lo cual, las razones de mérito que se esgrimen para justificar su implementación al margen de las normas que regulan la materia, no liberan a dicha Cartera de Estado de su deber de someterse a esa preceptiva.

En razón de lo expresado, esta Entidad Fiscalizadora cumple con manifestar que el organismo reclamado deberá arbitrar las medidas para que no se efectúen nuevas convocatorias a este programa de formación en tanto no se regularice su modalidad de desarrollo."

Como vemos, efectivamente la Contraloría impugnó la legalidad de estos programas, lo cual, en efecto es correcto si nos atenemos al estricto rigor de la ley. Sin embargo, por un tema de justicia, tampoco podemos desconocer que sería un enorme perjuicio dejar a estos médicos desprovistos de sus especializaciones en curso.

Efectivamente, tal como señala la contraloría, todo este proceso "no se ajusta a la normativa legal que regula la materia, toda vez que, entre otros vicios, permite acceder a becas de especialización como profesionales funcionarios a quienes no cumplen los requisitos para ello", de manera tal que la autoridad, no se ha ajustado a la normativa vigente, violándose con ello lo dispuesto en el artículo 6° y 7° de la Constitución, ya vistos más arriba, razón por la cual, el acto que dio lugar a las becas FOREBAS, adolece de vicios administrativos que dan lugar a su nulidad.

Los actos administrativos adolecen del vicio de ilegalidad o violación de la ley cuando el objeto de ellos está en contradicción con las normas jurídicas a las cuales deben conformarse. Es una violación de la ley del fondo. Y una variante del vicio

de ilegalidad se refiere al motivo del acto, es decir, al conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que lo justifican. A su vez esta variante puede referirse a una errada o falsa aplicación de la norma jurídica por error en la naturaleza o existencia de los elementos fácticos, y también por suposición dolosa o intencional de los elementos fácticos que debieran darse para justificar el acto.

De esa manera, el incumplimiento de las exigencias que el ordenamiento jurídico dispone para la validez de los actos administrativos implica, en definitiva, *la conculcación de dicho ordenamiento*, y en tal caso, este mismo establece sanciones para aquel incumplimiento, las cuales varían según la gravedad de la infracción.

11. Proceso De Habilitación Por Parte De Universidades:

El proceso de habilitación corresponde a una instancia de selección de médicos cirujanos para acceder a los cupos de programas de especialidades médicas, practicados por las universidades, en donde en general existe una revisión de antecedentes curriculares y académicos de los postulantes, entrevistas personales y evaluación de aptitudes y habilidades para el ingreso al respectivo programa de formación.

Sobre el particular, conviene mencionar que con fecha 1 de diciembre de 2017, se suscribió entre la Subsecretaría de Redes Asistenciales, las Facultades de Medicina, el Colegio Médico, la agrupación de Médicos Generales de Zona y ASEMECH un protocolo de acuerdo en el cual, se indica que las universidades haciendo uso de su autonomía, podrán decidir aplicar o no, procesos de habilitación para el ingreso a la especialidad. En caso de que la entidad decida realizar el proceso, éste deberá considerar tres etapas:

1°. Análisis curricular como instancia inicial;

2°. Entrevista con comisión evaluadora (mínimo dos miembros, uno de los cuales deberá representar a la dirección de postgrado y uno a los miembros del programa) y evaluación psicológica; y

3°. Etapa de retroalimentación al postulante. Las evaluaciones psicológicas podrán ser convalidadas entre las diferentes casas de estudio.

Se establece en el protocolo de acuerdo que los mínimos curriculares a evaluar para cada concurso, serán definidos por una mesa técnica integrada por las universidades, agrupaciones y el ministerio de salud, con el fin de establecer criterios base de la evaluación. Las universidades pueden usar el ranking ministerial como herramienta para delimitar el número de intereses a afectar.

Cada centro formador tendrá la facultad de establecer la ponderación de los criterios que serán evaluados en el proceso de habilitación, así como el porcentaje relatico sobre el total, de cada una de las instancias de evaluación que decidan aplicar. La ponderación deberá contar en una rúbrica.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Visto lo anterior, conviene puntualizar que el artículo 1ć de la ley 21.091 establece que la educación superior es un derecho, cuya provisión debe estar al alcance de todas las personas, de acuerdo a sus *capacidades y méritos* sin discriminaciones arbitrarias, para que puedan desarrollar sus talentos; asimismo, debe servir al interés general de la sociedad y se ejerce conforme a la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los principios que la ley establece y que deben observar las Casas de Estudio son el de *autonomía,* esto es, que el sistema reconoce y garantiza la autonomía de las instituciones de educación superior, entendida ésta como la potestad para determinar y conducir sus fines y proyectos institucionales en la dimensión académica, económica y administrativa, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley. Asimismo, las instituciones de educación superior deben ser independientes de limitaciones a la libertad académica y de cátedra, en el marco de cada proyecto educativo, orientando su ejercicio al cumplimiento de los fines y demás principios de la educación superior, buscando la consecución del bien común y el desarrollo del país y sus regiones.

Por su parte, el artículo 11 de la referida ley 21.091, establece un sistema de acceso a las instituciones de educación superior, el cual, debe ser transparente y objetivo y debe considerar, entre otros, la diversidad de talentos, capacidades o trayectoria previa del estudiante. Ahora bien, establece la ley que *la determinación de los requisitos y criterios de admisión de cada carrera y programa de estudios para la selección de los postulantes siempre será efectuada por la institución de educación superior respectiva, de conformidad a la normativa vigente.*

De esa forma, observamos que la ley permite que las instituciones de educación superior pueden desarrollar instrumentos específicos complementarios para la admisión de sus estudiantes, los cuales, en todo caso, deben respetar los principios que rigen el sistema de acceso y no puede impedir la ejecución de instrumentos de admisión de aplicación general. Los principios que debe observar son los de no discriminación arbitraria, transparencia, objetividad y accesibilidad universal.

Ahora bien, podemos observar que estos instrumentos particulares que tienen las casas de estudios, son permitidos por el legislador expresamente por lo que su utilización y aplicación se ajusta a derecho.

No obstante lo anterior y, teniendo presente que esta clase de instrumentos nacen de la mencionada autonomía universitaria, quisiera hacer una breve reflexión sobre el concepto a la luz de la jurisprudencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha cumplido una función importante en la determinación del contenido de la autonomía universitaria. La línea jurisprudencial actualmente vigente en la materia está marcada por el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, 2.731 de 2014. Dicha sentencia, identifica los elementos nodales de la configuración actual de la autonomía universitaria.

Para los efectos de lo que aquí importa, es necesario destacar sus principales argumentos:

- el TC reconoce que la autonomía universitaria no se encuentra reconocida expresamente por la Constitución, aunque se desprende de ella (c. 27);
- tanto la libertad de enseñanza como la autonomía universitaria están destinadas a garantizar el ejercicio del derecho constitucional a la educación; por esta razón, el ámbito eventualmente objeto de protección es solo el "adecuado" para la consecución de sus fines, especialmente vinculados a la educación, razón por la cual se trata de una autonomía limitada. En definitiva, la libertad de enseñanza no sería un fin en sí misma, sino que está concebida para garantizar el derecho a la educación, razón por la cual si la autonomía se hace incompatible con el derecho a la educación, cede frente a éste (c. 14);
- es el Legislador el órgano constitucionalmente competente para determinar la forma en que una universidad debe cumplir con el ordenamiento vigente, señalando cuales son las condiciones y deberes que debe cumplir; en el ejercicio de dicha función, el Legislador reconoce como límite el contenido esencial de la autonomía universitaria que, en conformidad con lo establecido en el art. 104 de la Ley General de Educación, radica en la autonomía académica de la universidad. Así, el ámbito de intervención que le cabe al Legislador en la regulación de la autonomía financiera y administrativa, siendo todavía limitado, es algo mayor (c. 30);
- reconoce que la autonomía universitaria puede ejercerse en virtud de lo que la ley disponga e, incluso, en ausencia de regulación legal; pero nunca contra la ley. A juicio del Tribunal Constitucional, es evidente que la autonomía universitaria tiene límites y que estos se encuentra configurados por el Legislador, lo que explica que el ordenamiento jurídico contemple la revocación del reconocimiento legal y, de pleno derecho, la pérdida de su autonomía (c. 31).

Desde tal punto de vista, esta autonomía no puede erigirse como una puerta que permita la entrada de irregularidades y arbitrariedades por parte de las universidades, de modo que, si bien, como hemos visto, pueden valerse de estos procesos de habilitación para el ingreso de estudiantes a programas de especialización, siempre que respeten los principios mencionados en este informe y no cometan violación de los derechos fundamentales en los procesos de entrevistas, como se venía haciendo hace tiempo.

Ahora bien, debe tenerse claro que no es óbice a la aplicación de estos instrumentos de selección, el concurso al que convoca el ministerio de salud mediante su subsecretaría de redes asistenciales o los servicios de salud, pues, la oposición de antecedentes tiene una finalidad distinta, en donde, en general, lo que se mide principalmente es el desempeño previo en la administración del Estado. Lo que se puede repetir es la carpeta académica del postulante, pero, ello no implica una ilegalidad.

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

12. Análisis de las modificaciones establecidas por decreto 6, de 22 de agosto del año 2018, del ministerio de salud (para comisionados de estudios)

Con fecha 22 de agosto del año 2018, se publicaron en el Diario Oficial, los Decretos N° 6 y N° 7° del Ministerio de Salud. Ambos cuerpos normativos vienen a consagrar una serie de reformas y modificaciones que intentan establecer un equilibrio entre las potestades conferidas a los distintos Servicios de Salud, y los derechos de los becarios y comisionados de estudios.

El presente capítulo intentará reproducir y explicar las modificaciones más importantes contenidas en el Decreto N° 6 del 22 de agosto del año 2018, el cual viene en modificar el Decreto N° 91, que aprueba el Reglamento sobre Acceso y Condiciones de Permanencia en Programas de Especialización a que se refiere la ley 19.664. En otras palabras, se intentará explicar las modificaciones que por el Decreto N° 6 experimentó el Reglamento N° 91, con aplicación y vigencia para los Médicos en Etapa de Destinación y Formación (EDF) de la ley N° 19.664, que acceden Programas de Perfeccionamiento a través de una comisión de servicios o de estudios.

1. DEFINICIONES: Para efectos de comprensión e interpretación adecuada del Decreto N° 91, se incorporan en el artículo 1° un nuevo inciso tercero, el cual contempla definiciones de suma relevancia que serán de utilidad para la comprensión del cuerpo normativo. Así las cosas, se otorga una definición legal a los conceptos de:

- Año Académico: Periodo de tiempo habilitado en que los centros formadores desarrollan las actividades académicas y docentes asistenciales en un programa de formación, que no necesariamente coincide con el año calendario.
- Campo Clínico: Establecimiento de salud en el cual se desarrolla parte de un programa de formación para la obtención de una especialidad.
- Centro Formador: Universidad que imparte programas de postgrado conducentes a la obtención de una especialidad.
- DFL 1, de 2001: Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.076.
- Sistema Nacional de Servicios de Salud: Organismos dependientes del Ministerio de Salud, señalados en el artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

2. OBLIGACION DE INFORMAR: Se establece una nueva obligación para el Director del campo clínico en el cual el profesional funcionario esté desarrollando el programa de especialización, consistente en el deber de informar a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, a la Dirección del Servicio de Salud correspondiente y al centro formador respectivo, de los casos en los cuales

el profesional funcionario en periodo de formación, no esté dando debido cumplimiento a las normas internas del respectivo campo clínico, para la adopción de las medidas pertinentes por parte de la autoridad. Esto pone de relieve la importancia del cumplimiento de las normas internas del campo clínico, pues de lo contrario, el incumplimiento de estas, o el incumplimiento de las normas docentes asistenciales o administrativas por parte del profesional funcionario, pueden dar pie a que la Dirección del Servicio de Salud respectivo, ponga término a la comisión de estudios mediante resolución fundada.

3. CONTROL HORARIO: Tal como se ha podido advertir, las modificaciones del Decreto N° 6 ponen énfasis en el cumplimiento de obligaciones docente asistenciales y de obligaciones administrativas. Dentro de estas últimas se incorpora con la modificación legal del 22 de agosto de 2018, como parte integrante de dichas obligaciones administrativas, el cumplimiento estricto el nuevo inciso segundo del artículo 13 del Decreto N° 91 establece que: " Se entenderá como parte de las obligaciones administrativas de los profesionales funcionarios, cumplir con un sistema de control horario que permita registrar y controlar su asistencia a las actividades definidas en el programa, tanto en el centro formador como en los campos clínicos donde le corresponda desempeñarse". De esta manera, el eventual incumplimiento de la obligación administrativa del control horario se eleva a la categoría de obligación administrativa dentro del proceso de formación académica, y su incumplimiento podría llevar al término de la comisión de estudios, en conformidad a lo prescrito en el inciso primero del artículo 13° del Decreto N° 91.

4. CAUSALES DE TÉRMINO ANTICIPADO DEL PROGRAMA FORMADOR. SANCION ESPECÍFICA: Donde se innova de manera favorable para los profesionales funcionarios en Etapa de Formación, es en el reconocimiento de las denominadas causales de término anticipado del programa de formación académica. Estas causales son las siguientes

a. Renuncia del profesional funcionario al programa de formación,

b. Falta de aptitudes requeridas continuar con el programa de formación,

c. Eliminación por rendimiento académico

La innovación de que introduce la reforma legal del Decreto 6 al Decreto 91 en esta materia dice relación, además de consagrar estas causales como causales legales de término anticipado de beca, con el establecimiento de una sanción única y específica y de derecho estricto aplicable a estos tres casos de término anticipado, cual es la obligación de reembolso. En este orden de ideas, el inciso primero del artículo 14° del Decreto 91 señala expresamente: *"Además de la causal prevista en el artículo anterior, el programa de formación podrá terminar anticipadamente por renuncia del profesional funcionario, por falta de aptitudes requeridas para continuar con el mismo, o por eliminación a causa de rendimiento académico.* ***En estos casos el profesional funcionario deberá reembolsar los gastos por concepto de matrículas y aranceles que haya efectuado el Servicio de Salud por el tiempo de permanencia en el respectivo programa".***

CAPÍTULO VI.
Los programas de especialización médica.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Esta norma zanja a favor del profesional funcionario, una situación que muchas veces era utilizada judicialmente por los distintos Servicios de Salud, cual es el cobro de la garantía por incumplimiento del programa de formación académica. En efecto, antes de la modificación del 22 de agosto del año 2018, muchos Servicios de Salud, al existir una reprobación académica del profesional funcionario (término anticipado), y de esta forma, al verse el mismo en la imposibilidad de terminar el programa y de iniciar, consecuencialmente, el periodo Asistencial Obligatorio, demandaban judicialmente al profesional funcionario, solicitando al tribunal la aplicación de dos sanciones exorbitantes, a saber, la ejecución total de la cláusula de garantía contemplada en los convenios de formación académica y, por otra parte, la inhabilitación del funcionario para ejercer en el sistema público de salud por 6 años, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto N° 507, Reglamento General de Becarios, el cual establece la sanción administrativa de inhabilitación del becario a ser contratado en cualquier cargo de la Administración del Estado, hasta por un lapso de seis años; sin perjuicio de hacérsele efectiva por la autoridad correspondiente la garantía, en el caso de incumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio. Se aplicaba el razonamiento por parte de la autoridad de que el profesional funcionario, al renunciar o ser reprobado académicamente, no podría llevar a cabo la devolución o periodo asistencial obligatorio, y de esta forma se buscaba la aplicación de la garantía y la inhabilitación por 6 años para desempeñarse laboralmente al interior del sistema público de salud.

Con la modificación del artículo 14 del Decreto N° 91, se establece expresamente que todos los casos de término anticipado de programas de formación académica (renuncia, falta de aptitudes o eliminación) tiene una única, exclusiva y excluyente sanción administrativa, cual es el reembolso o devolución del dinero efectivamente gastado o financiado por parte del Servicio de Salud respectivo, esto es: arancel y matrícula por el tiempo de permanencia en el respectivo programa por parte del profesional funcionario. No procede entonces, la aplicación de garantía ni de inhabilitación alguna en contra del comisionado.

Finalmente, en materia de renuncia, contempla el inciso final del artículo 14° el derecho a solicitar a la autoridad administrativa, la posibilidad de eximirse del pago o reembolso. ¿Cuándo? Sólo respecto de renuncias al programa de especialización fundadas en situaciones de salud que afecten al profesional funcionario o a alguno de sus familiares que dependan de él, y que sean incompatibles con las actividades de formación académica. ¿Ante quien se presenta esta solicitud? Esta solicitud de eximición del pago o reembolso se presenta sólo ante la Subsecretaría de Redes Asistenciales, quien fallará y determinará, caso a caso, la pertinencia y procedencia del beneficio de eximir al profesional funcionario de la obligación de reembolso.

5. PROCEDIMIENTO DE RENUNCIA. NUEVA POSTULACIÓN A PROGRAMAS: Junto con establecer el detalle de las causales de término anticipado al programa de formación académica, quiso el legislador del Decreto N° 6 detenerse en regular la renuncia a los programas de formación académica, como también sus consecuencias.

En primer término, en relación con el procedimiento administrativo de renuncia, se establece expresamente por el reglamento, que el órgano competente para la recepción de las solicitudes de renuncia de cada profesional será la Subsecretaría de Redes Asistenciales o la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda.

En segundo término, un elemento de suyo favorable para cada profesional funcionario es la consecuencia aparejada con la renuncia, cual es el hecho de que el profesional funcionario que renuncie a su programa de especialización podrá volver a postular a un nuevo programa de especialización financiado por el Ministerio de Salud, siempre que haya presentado su renuncia antes del tercer semestre. También podrá volver a postular el funcionario declarado sin las aptitudes suficientes para continuar con el programa. Esta posibilidad de volver a postular a un nuevo programa de formación académica marca una diferencia notable, respecto de aquellos profesionales eliminados por razones académicas de los distintos programas de formación, o de quienes hayan incumplido las obligaciones administrativas o docentes asistenciales, quienes por expreso mandato legal, no podrán volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o el Ministerio de Salud.

6. PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO DE EXCEPCION: Finalmente, la última norma a destacar dentro de las modificaciones introducidas por el Decreto N° 6 del año 2018, fue el establecimiento de dos beneficios relacionados con el ejercicio del Periodo Asistencial Obligatorio:

A. **El establecimiento de un Período Asistencial Obligatorio Excepcional Reducido:** Se consideró por parte del legislador beneficiar e incentivar al profesional funcionario que ejecute, al término de su periodo de formación, un periodo asistencial obligatorio reducido o excepcional a la regla general en cuanto a la extensión, para aquellos casos donde la devolución vaya a ser materializada en zonas geográficas niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas. En efecto, prescribe el inciso segundo del artículo 18° del Decreto N° 91: *"Excepcionalmente, para zonas geográficas o niveles de atención donde exista una especial necesidad de especialistas, la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en el mismo acto que aprueba las bases de selección del concurso para el otorgamiento de las becas, podrá definir un período de devolución asistencial menor al citado en el inciso anterior, Asimismo, podrá definir un período menor para especialidades que sean declaradas en falencia. Con todo, tales períodos en ningún caso podrán ser inferiores al tiempo de formación"*.

B. **El derecho a solicitar de solicitar rebaja de la jornada de devolución a 22 horas semanales:** Esta segunda alternativa, corresponde a un derecho creado por la modificación legal introducida por el Decreto N° 6 del año 2018, que a su vez permite al profesional funcionario no someterse a la clásica jornada semanales de devolución de 44 horas semanales, pudiendo a partir del año 2018, solicitar la devolución en una jornada parcial de 22 horas semanales, con el consecuente aumento del periodo (años) de devolución. En este sentido, el inciso cuarto del artículo 18° del Decreto N° 91 establece que: *"Excepcionalmente, el compromiso*

de desempeño podrá cumplirse en jornadas de hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público. También podrá cumplirse en jornadas de 22 horas semanales, cuando la Dirección del Servicio lo determine, a solicitud del profesional, considerando las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencial por el tiempo proporcional restante". De esta forma, como se advierte de la lectura de la norma en comento, se permite la solicitud de rebaja del funcionario al Servicio de Salud respectivo, lo cual permite mayor flexibilidad al profesional funcionario y a la propia Administración del Estado, respecto del ejercicio y ejecución del periodo de devolución.

13. Programas de formación en el contexto de la pandemia que nos afecta:

13.1. Instrucciones y orientaciones para profesionales en programas de formación de especialistas

13.1.1. Asignación de tareas ajenas a los respectivos programas

13.1.2. Algunas consideraciones iniciales

La Subsecretaría de Redes Asistenciales, ante la contingencia en que nos encontramos, ha emitido una serie de instrucciones relativas a las comisiones de estudios, becas, misiones de estudios y periodo asistencial obligatorio que se han visto alterados por la suspensión de los procesos formativos por parte de las distintas Facultades y Escuelas de Medicina del país.

Las orientaciones que serán dadas, deben ser siempre leídas teniendo en consideración la situación excepcional y de emergencia en la que nos encontramos, no obstante lo cual, no debe perderse de vista que la ley sigue rigiendo mientras no se disponga lo contrario.

13.1.3. Respecto de todos los profesionales que se encuentran cursando sus especializaciones, quedan a disposición del director del campo clínico y, autoriza a los directores de los servicios de salud para disponer su retorno a los servicios de los cuales dependen.

Esta situación resulta factible, en atención a que la Reglamentación respectiva establece que, los profesionales funcionarios que cumplan un programa de especialización en los establecimientos asistenciales dependientes de los Servicios de Salud, cualquiera sea la institución responsable de dichos programas, estarán obligados a acatar las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de tales establecimientos.

Ahora bien, respecto a los médicos que ingresaron a la EDF en virtud del artículo 8° de la ley 19.664 y aquellos que se encuentran en misiones de estudios, también resulta posible el disponer su retorno a los respectivos servicios. **¿Por qué?** Porque

recordemos que la comisión de estudios y la misión de estudio, son especies de comisiones de servicios, las cuales, han de ser entendidas como el ejercicio de ciertas tareas ajenas al empleo que se ocupa, aunque propias del organismo en que se desempeña, consistentes en la capacitación y perfeccionamiento del personal en razón de las necesidades de los respectivos servicios o municipios.

En estos casos concretos, la comisión de servicios tiene por objeto que los médicos *ejecuten un conjunto de actividades curriculares destinadas a la formación de especialistas en las distintas áreas del conocimiento de las profesiones indicadas por la ley. En otras palabras, los profesionales dejan el lugar y sus actividades habituales (la atención de los usuarios de los servicios públicos de salud), con el fin de estudiar en pos a las necesidades del servicio.*

Visto lo anterior, es sabido que las distintas Casas de Estudios del país, han suspendido sus actividades académicas, razón por la cual, la finalidad de las comisiones ya mencionadas, se torna imposible de ejecutar, razón por la cual, las mismas carecen de objeto y, la autoridad está plenamente facultada para suspenderlas y, el efecto consecuencial de ello, es que el profesional debe retornar a sus funciones originales.

Por otro lado, no se debe perder de vista que las jefaturas de los servicios gozan de plenas facultades para disponer, establecer las condiciones, finalizar o suspender las comisiones de servicios y requerir a sus funcionarios el ejecutar funciones para los que se encuentran contratados.

En ese entendido, el Estatuto Administrativo señala *es obligación de un funcionario público obedecer las órdenes emanadas de un superior jerárquico y si aquel estima que es ilegal un mandato impartido por este, debe representarlo por escrito y si el superior reitera la orden en igual forma, el funcionario deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que la hubiere insistido*. Copias de las comunicaciones que representen la orden como de la que la reitera, deberán ser enviadas a la jefatura superior respectiva dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha de esta última comunicación.

De esa manera, el funcionario no tiene la posibilidad legal de no ejecutar las órdenes de su jefatura, sino que, solamente advertir alguna ilegalidad para evitar su responsabilidad.

Por su parte, respecto de los profesionales becarios, quisiera hacer algunos alcances, por cuanto, en el Memorándum en comento, señala igualmente, respecto de ellos que el Director del Servicio respectivo puede ordenar su retorno al servicio.

Sobre el particular, recordemos que la beca no constituye cargo o empleo y no le son aplicables los preceptos de la ley 15.076 ni el Estatuto Administrativo. En ese sentido, los becarios no tienen un cargo público al cual adosarse al momento de tener que ir a ejecutar sus labores al Servicio de Salud de origen y, en ese sentido, existe poca claridad en el instructivo de la Subsecretaría de Redes Asistenciales

analizado, respecto a cómo se procederá, por lo que la lógica jurídica aconseja que, en esos casos, *deberán contratarse a estos médicos en conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 19.664, esto es, contratación directa en los servicios, por las necesidades de éstos, disponiéndose a su vez, la interrupción de la beca por fuerza mayor.*

Por ende, el término "retorno" no es preciso en este caso.

13.1.4. Prórroga de la etapa de destinación y formación que excederá a nueve años de duración y de los programas de formación que se encuentren pendientes.

Atendido el hecho que, se prolongarán los procesos de formación mucho más allá de lo que estaba previsto, debe tenerse presente que, el Director del Servicio de Salud, tiene la facultad de prorrogar la etapas de destinación y formación hasta once años (originalmente debe durar nueve), precisamente para que los profesionales puedan completar sus estudios.

13.2. Casos De Médicos Que Deben Empezar Su Periodo Asistencial Obligatorio

El Memorándum en análisis, establece que en tales casos, los profesionales deberán presentarse a cumplir su periodo asistencial obligatorio para el día 1° de abril del año respectivo, en los respectivos Servicio de Salud y dar natural cumplimiento al PAO, teniendo en consideración que, una vez que se retomen las actividades académicas, deberá retornar a las mismas.

Debemos tener presente que, en estos casos, quienes se encuentran obligados a hacer PAO son los becarios y los médicos en misión de estudios. Respecto de los primeros, al momento de tener que volver a cumplir sus funciones académicas, deberá ponerse término a la contrata transitoria, pues, recordemos que respecto a las becas, rigen las normas sobre incompatibilidad horaria y no puede el profesional tener un cargo superpuesto a la jornada de 44 horas en que debe hacer la beca. Los médicos en misiones de estudio, serán nuevamente comisionados de servicio, manteniendo el cargo.

13.3. Médicos que iniciarán su etapa de destinación y formación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 19.664

El Documento de la Subsecretaría señala que, no se difiere el inicio de sus funciones. Ello es factible, de acuerdo a la legislación vigente.

13.4. Asignación por cambio de residencia y pago de pasajes y fletes

Si bien, no lo trata el memorándum de la Subsecretaría, creemos pertinente, detenernos en este punto, haciendo ciertas distinciones:

1) Profesionales EDF que deben retornar a su cargo de origen por disposición de la autoridad:

"Los profesionales funcionarios de planta y a contrata que sean destinados a un lugar diferente de su residencia habitual, tendrán derecho a los beneficios que contempla el artículo 93°, letra d), de la ley N° 18.834, a menos que hayan solicitado su traslado." Luego, se debe tener presente que, "Las posteriores destinaciones en esta etapa, que impliquen un cambio de residencia, sólo darán lugar al pago de los beneficios de pasajes y flete, en la forma establecida en el precepto citado en el inciso anterior.

Por tal razón, en estos casos, como se trata de cambio de residencia que se ordena dentro de la misma EDF, sólo da derecho al pago de pasajes y flete que deba desembolsar el profesional funcionario. No procede una nueva asignación por cambio de residencia.

2) Becarios:

Como se dispone su nueva contratación para que pueda asumir funciones en el Servicio de Salud respectivo, debe tenerse en consideración que la única forma en que pudieran asumir un cargo, es a través de la contratación en virtud del artículo 9 de la ley 19.664, en etapa de destinación y formación, por lo que sí tiene derecho a la asignación por cambio de residencia y a pago de fletes y pasajes. Se hace presente que, esta asignación se da por una vez y, cuando deba retomar su beca, no corresponde el pago de la asignación, porque no está iniciando la misma. Sólo fletes y pasaje.

13.6. Algunas Preguntas Y Respuestas Frecuentes

Becarios

1. Becarios: ¿puede suspenderse, a solicitud del becario, un programa de formación de especialistas (de los financiados por el ministerio o los servicios de salud?

El artículo 6° del Reglamento de Becarios establece "Las becas estarán divididas en períodos anuales, renovables cuando su duración sea superior a un año. La duración total no podrá exceder de tres años, salvo los casos previstos en el artículo primero de la ley N° 20.816. Este período se desarrollará en forma continuada o por acumulación de períodos discontinuos, pudiendo interrumpirse solamente, por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o de la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundamentada del becario y la autorización formal del

Centro Formador, caso en el que el becario dejará de percibir el estipendio asociado a la formación durante el tiempo de interrupción, sin perjuicio de mantenerse la inhabilidad señalada en el artículo 11."

En definitiva, lo que quiere decir que es posible suspender las becas, siguiendo un procedimiento, consistente en que el becario debe hacer la solicitud formal y por escrito, aunque la norma no explica el procedimiento, se debe la carta al centro formador, en este caso, a la Dirección de Postgrado para que coordine con el Servicio de Salud respectivo la suspensión. Luego de ello, debe ser el Servicio y la Universidad quienes deben emitir la autorización.

2. becarios: ¿Puede la autoridad del servicio de salud, disponer el "retorno de un becario al servicio de salud con el que ha celebrado el convenio?

En conformidad al Ordinario C/32 N°714/2020 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, se podría eventualmente requerir el retorno a los Servicios de Salud de los cuales dependen, a todos los profesionales que cursan un programa de formación. Sin embargo, creo que el acto administrativo en comento no es del todo preciso en relación a los becarios, por lo que va a explicarse:

Bien es sabido que los becarios (profesionales que optan por un cupo de formación como recién egresados, o tras haber cursado tres años como EDF pero contratado directamente por un Director de Servicio conforme al artículo 9ć de la ley 19.664, funcionarios de APS municipal que renuncian a su cargo en la entidad edilicia o corporación municipal para incorporarse a la beca), no tienen la calidad de profesionales funcionarios, por cuanto el artículo 1 del Reglamento de Becarios establece precisamente que la beca en estos casos no constituye cargo o empleo, indicando la misma preceptiva que no se encuentran sujetos a lo dispuesto en la ley 15.076 (ni la 19.664) ni al Estatuto Administrativo.

A la luz de lo señalado anteriormente, cabe preguntarse desde el punto de vista jurídico ¿Son dependientes del Servicio para que pida su retorno? En primer lugar, no puede hablarse de un retorno, desde que estos profesionales no tienen un cargo al cual "retornar", ni tampoco existe disposición legal que establezca que están sujetos a obedecer una comisión, destinación o encomendación de funciones.

Lo único que se establece en el Reglamento de Becarios a cuyas normas son las únicas a las que se encuentran sujetos es que los profesionales que cumplan un programa de especialización en los establecimientos asistenciales dependientes del Sistema Nacional de Servicios de Salud, cualquiera sea la institución responsable del desarrollo de dicho programa, estarán obligados a acatar las normas y disposiciones que regulan el funcionamiento de tales establecimientos.

Por su parte, el becario dependerá administrativamente del Director del campo clínico al cual haya sido destinado, y en el ámbito docente, al centro formador respectivo, los que supervisarán el cumplimiento del programa, y para cuyo efecto designará un tutor o director de beca para cada uno de los becarios.

De esa forma, la dependencia que se establece es en relación al establecimiento que constituye el campo clínico en que se desempeñan estos becarios, que dicen relación especialmente con normas de probidad y acatar el funcionamiento del mismo. Sin embargo, merece duda el hecho de que un becario quede a la disposición discrecional de estas autoridades, pudiendo incluso ordenarse actividades que no digan estricta relación con su programa de formación. Desde tal punto de vista, creemos que, para que se pueda disponer de actividades ajenas totalmente al programa de especialización por parte de los directores de los establecimientos, debe concurrir sin duda la voluntad del becario y una contratación debidamente retribuida, según se verá detalladamente en otra pregunta sobre la remuneración u honorario por tales actividades.

En cuanto al retorno, también me parece del sumo razonable observar la voluntad del becario y, asimismo si se dispone que debe desempeñarse en el Servicio de origen, deberá realizarse la debida contratación del profesional, porque ni siquiera en este momento (antes del PAO) existe un cargo al que adosarse.

3. BECARIOS: Si se ordenan turnos a los becarios, por parte del Director del Campo Clínico ¿Debe retribuirse esa actividad?

Como ha sido explicado, el becario depende administrativamente del director del campo clínico en el que ejecuta su programa de formación, y queda sujeto a la reglamentación interna del señalado establecimiento. Sin embargo, ello no puede implicar que esté a plena disposición del mismo, es decir, no existe normativa legal que habilite al director de dicho campo clínico para asignar tareas ajenas al programa de formación a los becarios, sin que se disponga formalmente su contratación (siempre que sea compatible con el programa si este se encuentra sin suspensión), y deben ser debidamente retribuidas, pues, no resulta ajustado a derecho que, el Estado se enriquezca indebidamente a raíz del trabajo de los becarios que además de realizar su formación, deban cubrir las necesidades del servicio en cargos públicos cuyas plazas no han sido proveídas.

Se hace presente que, incluso para reemplazos, existen límites en el tiempo de contratación de los becarios y, asimismo, ni siquiera puede ser en horas de la beca.

Asimismo, si la Universidad, cualquiera sea ésta, suspende la formación en virtud de su autonomía, los estipendios deberían dejar de enterarse a los becarios, pues, la beca precisamente es el financiamiento proporcionado por una entidad de las señaladas en el artículo 43 de la ley N°15.076, destinado a permitir la especialización de profesionales, el cual incluye el pago de matrícula, arancel, estipendio mensual y las demás asignaciones y bonificaciones que determinen las leyes. Si el profesional no se está formando, no se cumple el esencial presupuesto para recibir estipendio. El estipendio no puede destinarse al pago de lo que realmente constituye un honorario o remuneración por servicios asistenciales que el profesional deba ejecutar, ajenos al programa mismo.

4. Becarios: ¿puede un becario ejecutar labores de apoyo, voluntariamente, en algún otro establecimiento durante la pandemia?

La calidad de becario será incompatible, mientras dure el período de formación, con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario, en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley Nć 15.076.

Por su parte, el artículo 13 antes referido establece que *"Cualquiera que sea la jornada de trabajo que desempeñe el profesional funcionario, no quedará inhabilitado para el libre ejercicio de su profesión fuera de las horas contratadas"*.

Así, las jornadas laborales de los profesionales funcionarios, acorde al citado artículo 12, no pueden exceder las 44 horas semanales en los términos descritos en dicho precepto, sin perjuicio de las jornadas parciales ahí contempladas.

De la normativa reseñada, se aprecia que el estatuto especial en análisis admite que los becarios ejerzan libremente su profesión fuera de su jornada de perfeccionamiento.

No obstante, la misma preceptiva previene que el desarrollo de tal actividad por parte del becario es incompatible con los cargos o empleos de profesionales funcionarios 'en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley N° 15.076'.

Ahora bien, debe destacarse que tal como lo señala el inciso segundo de dicho artículo 13, las incompatibilidades únicamente serán aplicables respecto de los 'cargos y horarios' a que alude tal precepto.

Así entonces, la limitación para el desarrollo de la actividad profesional fuera de la jornada adiestramiento de los becarios dice relación con los cargos o empleados de profesionales funcionarios.

De este modo, en atención a que en conformidad con el artículo 3°, letra a), de la ley N° 18.834, un 'cargo público' en la Administración corresponde a una plaza contemplada en las plantas o a un empleo a contrata, cabe concluir que la incompatibilidad en estudio rige respecto de dichos cargos, pero no de las contrataciones a honorarios, pues estas últimas no revisten aquel carácter.

En tal sentido, el dictamen N° 46.401, de 2015, expresa que las labores a honorarios no satisfacen las condiciones para entender que son desarrolladas en cargos o empleos como profesionales funcionarios, conforme a lo establecido en el artículo 1° de la citada ley N° 15.076.

Por lo tanto, fuera de su jornada de perfeccionamiento, los becarios pueden desarrollar labores bajo la modalidad a honorarios en las instituciones señaladas en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 15.076.

Con todo, lo manifestado no obsta a la posibilidad de que cuando las necesidades de los Servicios de Salud así lo requieran, de que sus directores autorice la contratación de becarios para efectuar suplencias en los términos del antedicho artículo 12, pero no señala la preceptiva la asignación libre de tareas ajenas al programa.

5. Becarios: "turnos extras" ordenados por la autoridad a los becarios para enfrentar problema de la pandemia: ¿pueden ordenarse? ¿son pagados? ¿existen límites para asignar esos turnos?

Mucho se ha preguntado sobre esta materia. Sobre el particular y a fin de contextualizar, se hace presente que los Campos Clínicos en los que se forman los becarios, disponen la realización de turnos completamente ajenos al programa de formación dispuesto por las respectivas Casas de Estudios, a fin de morigerar las necesidades del servicio en atención a la actual pandemia.

A. Cómo podría disponerse que un becario ejerza turnos ajenos al programa de formación.

Sobre el particular, debemos recordar que los becarios ejecutan su especialización en cargos de 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos nocturnos y en días sábados y festivos que contemplen los programas formativos.

Considerando lo señalado anteriormente, si bien, la normativa establece que los becarios dependen administrativamente del establecimiento que constituye el campo clínico, ello no faculta a la autoridad respectiva a disponer de manera absolutamente libre de estos profesionales, considerando que éstos no son funcionarios del establecimiento (no tienen cargo ni de planta ni de contrata en el Hospital), entendiéndose conforme a la ley y la reglamentación respectiva, que las facultades de dicha autoridad debe ceñirse estrictamente en lo que dice relación con el ejercicio de la beca de especialización.

De esta forma, si bien, lo que se ajustaría a derecho en estos casos, con el fin de que la autoridad pueda disponer turnos ajenos al programa de formación para los becarios, es que se proceda en forma paralela a su contratación, conforme lo dispone el mismo Decreto de Alerta Sanitaria por el Brote del Coronavirus, en que se otorga tanto a la Subsecretaría de Redes Asistenciales como a los Servicios de Salud, la facultad de contratar personal por el artículo 10 del Código Sanitario, además de los mecanismos de contratación previstos en la legislación vigente, por ejemplo, honorarios.

Por tal razón el instructivo de la Subsecretaría de Redes Asistenciales no previene esta situación, y no se ajusta en este punto a lo establecido en la legislación y reglamentación vigentes.

B. Pago de dichos turnos.

Se ha preguntado constantemente de qué forma esos turnos pueden ser pagados, y si se configuraría la institución de horas extraordinarias por los mismos.

Desde ya, conviene aclarar que atendido el hecho de que los becarios no son profesionales funcionarios, no tienen derecho a pago de horas extraordinarias, porque la reglamentación especial por la que se rigen, no contemplan el mismo.

El Decreto de Alerta Sanitaria, sólo faculta a la autoridad para el pago de horas extraordinarias a los funcionarios.

De esta forma, respecto a los turnos ya realizados, deben de todas formas ser pagados, porque lo contrario implicaría un enriquecimiento ilícito para la Administración del Estado, pues, no puede aprovecharse de los servicios prestados por estos profesionales sin la debida retribución. No puede considerarse el estipendio como suficiente para el pago de estas labores, pues, como ya adelantamos, este monto pagado a los becarios está asociado al ejercicio de las actividades formativas. Ahora bien, en este punto, debe tenerse cuidado con el hecho de que la beca se encuentre suspendida por cualquier motivo, que el profesional haya seguido recibiendo el estipendio y ejecutado turnos, pues, en tal caso, podría operar una compensación, por cuanto, durante suspensión no tiene derecho a recibir el estipendio en comento.

Para regularizar la situación, es atendible el hecho de que estos turnos extras puedan considerarse como ejercicio liberal de la profesión, conforme lo permite el artículo 13, disponiéndose la contratación de estos profesionales por estas horas asistenciales (no programa) y, en lo sucesivo, se sugiere que se hagan las contrataciones conforme a la ley.

C. Límite en la ejecución de los turnos

Los turnos extraordinarios que harán los becarios, según se regularicen, verán su límite lo que se pacte en el contrato de prestación de servicios, contrato de trabajo que se celebre conforme al artículo 10 del Código Sanitario. Si la beca se encuentra vigente, no es factible contratarlos en un cargo a contrata, pues la beca de 44 horas semanales, de acuerdo a su estructura hace inviable esta forma de contratación. Incluso si suspendida la beca, se mantiene la incompatibilidad conforme al artículo 6 del Reglamento de Becarios.

D. Las labores asistenciales ajenas al programa de formación, ¿pueden descontarse del periodo asistencial obligatorio?

No. Tratándose aquí de Derecho Público, debemos observar las facultades que la ley otorga estrictamente a la autoridad respectiva y, en caso alguno, se contempla esa posibilidad en la preceptiva aplicable. La única hipótesis de descuento de tiempo de PAO que se observa, es para los EDF artículo 9, y por la mitad del tiempo de desempeño previo al programa de formación, conforme al artículo 18 del DS 91, de 2001 del Ministerio de Salud. Además, el Periodo Asistencial Obligatorio tiene como finalidad que los profesionales se desempeñen como especialistas en los Servicios de Salud con los que han celebrado un convenio y, todas estas actividades actuales no se subsumen bajo tal concepto. (RESPUESTA APLICABLE A LAS MISIONES DE ESTUDIOS).

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM, Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

E. Las universidades no están impartiendo los programas como se tuvo previsto ¿hay algo que pueda hacerse legalmente?

Conviene señalar que, estamos ante un contrato de prestación de servicios educacionales, del cual, emanan derechos y obligaciones para ambas partes, de acuerdo al artículo 1.546 del Código Civil, las obligaciones que emanan del contrato deben ser ejecutadas por las partes al tenor de los derechos y deberes que consagra la Constitución Política y normativas especiales aplicables a esta relación contractual de naturaleza educacional, como lo son aquellas contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2009 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.730, que es la Ley General de Educación, con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2005, que regulan los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa.

Así las cosas, el quid del asunto radica en el hecho de que no se estarían otorgando todas las prestaciones conforme al programa de formación de la respectiva especialidad, de manera que, a priori, podría hablarse de una obligación emanada del contrato de prestación de servicios educacionales que corresponde a una obligación de medios a través de la cual la entidad universitaria se obliga a poner sus esfuerzos materiales e inmateriales al servicio de la labor educativa de los estudiantes, obligación que debe ser cumplida con el estándar de cuidado y diligencia del ciudadano medio por aplicación del artículo 1547 del Código Civil y las obligaciones deben ser cumplidas a la luz de la buena fe, elemento que obliga a la Casa de Estudios como prestador de servicios educacionales no sólo a lo que expresamente fue pactado en el contrato celebrado entre las partes, sino además, a todas las prestaciones que emanen de la aplicación de este principio, es decir, a otorgar todas las condiciones para que los profesionales puedan tener una formación del estándar y acorde a las especialidades que deberán ejercer.

Por su parte, se debe tener claro, que ante todo se está ante la presencia de un contrato en que se destaca como objeto una obligación de hacer, cuya prestación consiste en ejecutar o realizar una actividad, sea material o inmaterial, que en sí misma considerada o junto con su resultado si lo hubiere, beneficia exclusivamente al estudiante y satisface su interés, en tanto representa la utilidad que persigue concretar con el contrato. Es decir, estamos ante un acuerdo en donde una parte se compromete a prestar sus servicios educacionales consistentes en la aplicación de un programa progresivo de enseñanza de conformidad a las normas técnicas aprobadas por el MINEDUC, y la otra parte, remunerar de manera completa o parcial, mediante el pago de un arancel anual o semestral, denominado derecho de matrícula y pagos mensuales, denominados colegiaturas por la prestación de tales servicios.

Desde este punto de vista, podría estarse ante una situación de incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales si en la esencia de la relación, no se están entregando los servicios en la forma pactada y de antemano conocida por las partes.

Se advierte, que la situación planteada escapa de la competencia del SERNAC, por lo que, son aplicables sobre la materia las normas del Código Civil sobre incumplimiento contractual, en un procedimiento de lato conocimiento.

Por su parte, hay que agregar que, todas estas situaciones de han dado excepcionalmente por la existencia de la contingencia actual. Por ello, podría ampararse toda la situación en la fuerza mayor. (RESPUESTAS APLICABLES A TODOS LOS CASOS).

13.7. COMISIONES DE ESTUDIO y misiones de estudios (MGZ Y APS MUNICIPAL)

13.7.1. COMISIONES Y MISIONES DE ESTUDIOS: ¿Puede la autoridad del servicio de salud, disponer el "retorno de un becario al servicio de salud con el que ha celebrado el convenio?

En este punto, como ya se ha señalado previamente, el Instructivo de la Subsecretaría de Redes Asistenciales ha dispuesto que por necesidades del Servicio, puede determinarse que los profesionales que se encuentren en misión o comisión de estudios (ambas constituyen una especie de comisión de servicios), deban retornar a los Servicios o entidades edilicias en las que originalmente se desempeñan.

Sobre este punto, debe precisarse que la comisión de servicios que se dispone para estos profesionales, tiene como objeto la capacitación de los mismos, manteniendo sus vínculos con la entidad que ha dispuesto la mentada comisión. De esta forma, sus desempeños en los campos clínicos están adscritos a los límites de dicha comisión y no para cualquiera actividad asistencial que se disponga en los mismos, de modo que, si se suspende el programa de formación, por cualquier motivo, debe ponerse término de manera temporal a la comisión o misión de estudios, pues, ésta pierde su objetivo al no disponerse de la entrega de contenidos del programa de especialización. En tal caso, en principio, el profesional efectivamente debe retornar a su cargo de origen, consecuencia natural y obvia proveniente de ponerse término a la respectiva comisión. Sin embargo, lo anterior no podría disponerse si la Casa de Estudios no suspende el programa. Ahora bien, para el caso de que el profesional deba permanecer en el Campo Clínico realizando cualquier actividad ajena al programa de formación, por ejemplo turnos Covid, debería disponerse una nueva comisión de servicios con finalidad diversa. No se comparte la idea de la Subsecretaría—se insiste—de que el profesional queda entregado a la absoluta discrecionalidad del Director del Campo Clínico, el cual, debe ceñirse solamente a los términos propios del curso de la especialización.

13.7.2. COMISIONES Y MISIONES DE ESTUDIOS: TURNOS EXTRAS.

A. ¿Quién debe hacerse cargo del pago de los turnos extras en estos casos?

En estos casos, conviene puntualizar que habrá de observarse de dónde proviene la orden de realizar turnos ajenos a los programas de formación. Desde ese punto de vista, no debemos olvidar que los programas de formación se cursan en 44 horas semanales, sin perjuicio de los turnos que contemple el programa respectivo. Desde luego, en estos casos, los turnos se pagan como horas extraordinarias, pues, al mantener estos profesionales la calidad de funcionarios, les asiste ese derecho; salvo aquellos médicos en misiones de estudios que reciban el pago por una jornada inferior a 44 horas durante la especialización. Sin embargo, si las actividades adicionales son ordenadas por el establecimiento que constituye el campo clínico, deberán retribuirse por parte de dicho establecimiento, pues, dichas horas no están contempladas en la comisión de estudios respectiva.

Se hace presente que la Contraloría ha señalado que, cuando un funcionario que se encuentra cumpliendo una comisión de servicios en una repartición deba realizar trabajo extraordinario por decisión de la autoridad administrativa de dicho servicio, procede que le sea otorgado el descanso compensatorio o les sean compensadas las horas extraordinarias mediante su pago, en la forma señalada por la ley, beneficios que deben ser otorgados por el servicio en que el empleado se encuentre cumpliendo sus funciones.

B. ¿Existe límite para ordenar trabajos extraordinarios?

En principio no, pues la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, que rige supletoriamente a los profesionales funcionarios de la Ley 15.076 y al personal regido por la Ley 19.664, no contempla límites al máximo de horas extraordinarias que se pueden ordenar por la autoridad. Sin embargo, el artículo 9° de la Ley n° 19.104 -que reajusta remuneraciones de los trabajadores del sector público- establece que el máximo de horas extraordinarias diurnas cuyo pago podrá autorizarse, será de 40 horas por funcionario al mes, debiendo agregarse que el exceso de horas extraordinarias diurnas que se hayan efectuado sobre ese límite, que no pueden retribuirse con pago de remuneraciones, deberá ser compensado con descanso.

De esta forma, el límite referido por el artículo 9° de la ley N° 19.104, es al pago de las horas extraordinarias diurnas, lo que a contrario sensu, implica que esa restricción no alcanza a las horas extraordinarias nocturnas ni a aquellas que se dispongan en días sábado, domingo o festivos, como tampoco a las que el servicio retribuya con descanso.

13.7.3. PERIODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO

1. A PROFESIONALES se les ha exigido cambiar su horario de 44 horas SEMANALES a DOS o TRES TURNOS DE 28 HORAS a la semana. Algunos con descansos de DOS días

¿Hay alguna normativa que norme cuánto descanso corresponde en estos casos? ¿Como se regularía el pago de horas extras en colegas que los cambian de 44 horas a rotativas de 28 horas?

En primer término, conviene señalar que los médicos en periodo asistencial obligatorio, como funcionarios públicos, se encuentran sujetos a lo que el respectivo cargo implica, es decir, si es de 44 horas semanales, debe respetarse tal límite, de modo que, debe observarse que el artículo 12 de la ley 15.076 establece que en rigor el cargo de 44 horas se ejerce de lunes a viernes con ocho horas cada día y cuatro horas el día sábado. Ahora bien, en general, ello no se ejecuta de esa forma, pues, el mismo precepto establece que los Directores de Servicio tienen la facultad de disponer una distribución distinta de la jornada de acuerdo a las necesidades del Servicio.

Así las cosas, lo que puede hacer realmente la autoridad es redistribuir el cargo de 44 horas semanales, de una manera distinta a la habitual, pero todo aquello que exceda de dicha cantidad se considera como horas extraordinarias, como asimismo el trabajo nocturno que se realice.

Sobre el particular, el artículo 43 de la ley 19.664—que rige la materia—establece que, los Directores de los Servicios de Salud podrán ordenar, respecto de los profesionales funcionarios, la ejecución de trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria y nocturna, y en días sábados, domingos y festivos, cuando hayan de realizarse tareas impostergables.

Se entiende por horas extraordinarias a las que exceden la jornada ordinaria de cargos de 44 horas de un profesional, y por trabajo extraordinario nocturno, el que se realiza entre las veintiuna horas de un día y las ocho horas del día siguiente que no corresponda al sistema de cargos de 28 horas de los establecimientos hospitalarios.

Las horas extraordinarias se compensarán con descanso complementario, el cual será igual al tiempo trabajado, más un aumento del 25%. Los profesionales que deban realizar trabajos extraordinarios nocturnos, o en días sábados, domingos o festivos, deberán ser compensados con un descanso complementario igual al tiempo trabajado, más un aumento del 50%.

Sólo en el caso de que no fuere posible, por razones fundadas, otorgar el descanso complementario a que alude el inciso anterior, se compensará a los profesionales con un aumento de sus remuneraciones ascendente al 25% o al 50% del valor de la hora diaria de trabajo, según fuere el caso. Para los efectos de calcular el valor de la hora diaria de trabajo ordinario, se sumarán el sueldo base, la asignación de antigüedad y la asignación de experiencia calificada, cuando corresponda, y se dividirán por ciento noventa.

El máximo de horas extraordinarias diurnas, cuyo pago podrá autorizarse, será de cuarenta horas por profesional al mes. Sólo podrá excederse esta limitación cuando se trate de trabajos de carácter imprevisto, motivados por fenómenos naturales

o calamidades públicas, que hagan imprescindible trabajar mayor número de horas extraordinarias. De tal circunstancia deberá dejarse expresa constancia en la resolución que ordene tales trabajos extraordinarios.

Mediante uno o varios decretos supremos del Ministerio de Salud, suscritos, además, por el Ministro de Hacienda, podrá exceptuarse de la limitación que establece el inciso anterior a aquellos Servicios de Salud que, por circunstancias especiales, necesiten que algunos profesionales funcionarios trabajen un mayor número de horas extraordinarias.

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

El término de la beca, implica el compromiso u obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo, dejando la calidad de becario, para adquirir la de funcionario.

Como ya anunciamos, el becario debe cumplir un Periodo Asistencial Obligatorio del doble de tiempo de duración de la beca. Generalmente, un programa de formación tiene una duración máxima de tres años, por lo que, en tal caso, el becario, deberá cumplir un compromiso de seis años.

Lugar de Cumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio

Debe cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Redes Asistenciales o el Director del Servicio de Salud respectivo.

En tal circunstancia, no es vinculante para la administración del Estado cualquier cláusula que señale que el profesional debe realizar su fase asistencial en éste o aquel establecimiento, pues, de acuerdo a las facultades de la autoridad, ésta puede destinar al funcionario a donde sea necesario.

Por ejemplo, si el profesional funcionario debe devolver su beca en el Servicio de Salud de Concepción y, se pactó en el convenio de beca que el PAO se realizaría en el Hospital Regional de Concepción, el Director puede meses antes del inicio del mencionado periodo, cambiar la destinación al Hospital San José de Coronel, sin que exista derecho adquirido que reclamar.

Aviso del Lugar de Devolución.

Sí, El reglamento establece que debe avisarse el lugar de destinación del profesional, a lo menos, con seis meses de anticipación al inicio del PAO.

Sin embargo, el reglamento dice “a lo menos”, por lo que el mencionado plazo no es obligatorio para el Director, pues, puede señalar el lugar de destinación incluso en un tiempo menor.

A mayor abundamiento, durante el curso del PAO, el Director fundadamente puede cambiar nuevamente el lugar de destino de sus funcionarios, quienes deben acatar de inmediato esa decisión, por ser un deber funcionario, sin perjuicio de su derecho a oponerse a esa determinación, pero la oposición no implica que el funcionario no deba acatar.

¿El PAO debe ser presencial?

Generalmente se ha consultado si parte de la jornada que deben cumplir los médicos en PAO, puede ejecutarse en horas “semipresenciales”, informando, por ejemplo, de manera remota exámenes.

Sobre el particular, cabe señalar que el término de la beca, implica el compromiso por parte del becario de efectuar una fase asistencial, a continuación del periodo

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

formativo, por un tiempo igual al doble de su duración. Este periodo asistencial obligatorio deberá cumplirse en cualquier establecimiento que determine la Subsecretaría de Salud o el Director del Servicio de Salud correspondiente, y para tales efectos, el ex becario será contratado en jornada completa—esto es, 44 horas semanales, la que sólo podrá reducirse hasta 22 horas semanales en las hipótesis que permite el reglamento.

Ahora bien, considerando que la preceptiva que regula el periodo asistencial obligatorio que debe cumplir el ex becario, no contempla disposición alguna que permita desempeñarlo de manera "semipresencial", cabe concluir que se está impedido de acceder a una solicitud como ésta; salvo los casos contemplados para otorgar teletrabajo producto de la pandemia actual, conforme al dictamen N°3610, de 2020, de Contraloría General de la República.

¿Cuál es la jornada que debe cumplir el funcionario en cumplimiento de su PAO?

La regla general es que, para efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio, el ex becario será contratado con jornada completa, esto es, 44 horas semanales.

¿Se puede rebajar la jornada en que se ejerce el PAO?

Sí. Excepcionalmente, la jornada puede reducirse en dos hipótesis:

1) Cuando el profesional funcionario asuma otro cargo público compatible y, en tal caso, puede rebajarse hasta 22 horas semanales. De esta forma, el profesional podría ejercer cargos:

- 22-22
- 22-28
- 33-11

2) Cuando la Dirección del Servicio lo determine, a solicitud del profesional, en atención a las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencia obligatorio por el tiempo proporcional restante.

¿La reducción de la jornada del PAO, opera para casos en que médicos hayan iniciado su fase asistencial con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones del Reglamento de Becarios?

Se ha cuestionado constantemente por los Servicios de Salud el hecho de que esta segunda hipótesis no operaría con efecto retroactivo, es decir, para aquellos profesionales que iniciaron su fase asistencial obligatoria con anterioridad a la publicación del Decreto N°7, de 2018, del Ministerio de Salud. De esta forma, sostienen que las solicitudes de reducción de jornada que se presentan a contar del 22 de agosto de 2018, fecha de publicación del citado decreto, deben rechazarse.

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Como cuestión previa, cabe precisar que el Decreto N°507, en su redacción original disponía que, para el efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio, el ex becario será contratado en jornada completa. Esta jornada sólo podía reducirse hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público.

Ahora bien, el decreto N°507, de 2018, del Ministerio de Salud, modificó, entre otros preceptos del Reglamento de Becarios, la norma antes señalada, que actualmente dispone: "Para el efecto del cumplimiento del periodo asistencial obligatorio a que se refieren los artículos anteriores, el ex becario será contratado con jornada completa." "Excepcionalmente, esta jornada podrá reducirse hasta 22 horas semanales, cuando el interesado asuma otro cargo público. También podrá reducirse la jornada, cuando la Dirección del Servicio de Salud lo determine, a solicitud del profesional, en atención a las necesidades de la red, extendiendo el periodo asistencial por el tiempo proporcional restante."

La aludida modificación entró a regir desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, el 22 de agosto del 2018.

Asimismo es dable expresar, que la citada disposición no distingue para su aplicación entre profesionales cuyo PAO no se ha iniciado de aquellos que se encuentran desarrollándolo, por lo que es forzoso concluir que los profesionales que comenzaron a dar cumplimiento a ese deber de desempeño antes de la reseñada modificación, pueden igualmente requerir la reducción de su jornada en los términos del nuevo texto de ese precepto.

¿La reducción de la jornada a 22 horas semanales, de acuerdo al nuevo texto del artículo 21 del Reglamento de Becarios, es un derecho para el profesional?

No. La reducción de la jornada procede cuando la dirección del servicio así lo determine, a solicitud del profesional, teniendo presente las necesidades de la red, de manera que fundadamente puede rechazarse la solicitud por parte del Director del Servicio de Salud respectivo. El derecho consiste en hacer la petición, pero el acceder a ello no lo es.

¿Puede rebajarse el tiempo de duración del periodo asistencial obligatorio?

Excepcionalmente sí. Los profesionales funcionarios que no han ingresado a través del proceso de selección del artículo 8° de la ley 19.664, que acceden a programas de formación en calidad de becarios, tendrán la obligación de desempeñarse por un tiempo equivalente al doble del periodo de duración de los programas. Sin embargo, éstos podrán hacer valer para tales efectos el 50% de tiempo de permanencia en la Etapa de Destinación y Formación del respectivo Servicio de Salud, cumplido con anterioridad al acceso a los programas.

Ahora bien, como se dijo, el ordenamiento jurídico establece expresamente el periodo que se puede hacer valer para rebajar el tiempo del correspondiente PAO, a saber, el lapso que el servidor beneficiado con el pago de su especialización ya

permaneció en la propia entidad que la financió o le concedió el cupo para ello, y en la cual ha desarrollado sus labores en la apuntada etapa.

De tal modo, la normativa en examen establece que sólo se puede computar para la finalidad consultada un porcentaje de tiempo en que los interesados se desempeñaron en la EDF con anterioridad al acceso al pertinente programa de especialización en el propio servicio de salud que ha desembolsado los recursos necesarios para su realización o que le ha dado el cupo para acceder a ese beneficio.

¿Se puede interrumpir el PAO?

Excepcionalmente sí. La regla general es que no debe haber discontinuidad en el periodo comprendido entre la iniciación de la beca y el término del periodo asistencial obligatorio posterior.

La interrupción de esta continuidad sólo podrá ser autorizada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales o por el Director del Servicio de Salud correspondiente, siempre que interesado acredite razones excepcionales o de fuerza mayor.

En este caso, se debe tener presente que el derecho consiste en pedir la interrupción, pero no a que efectivamente se acceda a ello, pues, será facultad del Director del Servicio establecer la excepcionalidad de la razón esgrimida o la fuerza mayor invocada. De esta manera, el caso fortuito o fuerza mayor debe provenir de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes y ser imprevisible, esto es, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios y corrientes; e irresistible, es decir, que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerse las defensas idóneas para lograr tal objetivo.

De ello se sigue, que un problema personal previsto, el hecho de querer realizar una nueva especialización, no han de ser razones suficientes para interrumpir el PAO, por ejemplo.

¿Cómo se garantiza el cumplimiento del PAO y de la BECA?

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del profesional, deberá constituir previamente una garantía equivalente al total de los gastos que se originen con motivo de la ejecución del programa, incluidas las matrículas y aranceles del centro formador y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%.

Para estos efectos, el Director del Servicio de Saludo el Subsecretario de Redes Asistenciales en su caso, hará una estimación de los gastos derivados del incumplimiento los que no podrán exceder de un tercio de los gastos ocasionados con motivo de la ejecución de los programas.

De acuerdo al Ministerio de Salud, esta es la fórmula de cálculo de la referida caución:

VARIABLES	DESCRIPCIÓN
A	SUMA DE LOS ESTIPENDIOS SE PERCIBIRAN DURANTE LA BECA (36 MESES)
B	SUMA DE LOS ARANCELES QUE SE CANCELARAN DURANTE LA BECA (3 AÑOS)
(A+B)	COSTO TOTAL DE LA FORMACION
C	FACTOR x1.33 = COSTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO, que significa las actividades asistenciales que dejo de realizar el especialista que nunca volvió, por lo que se debió buscar solucionar de otras formas los servicios no realizados.
D	FACTOR x1.5 = INCREMENTO LEGAL, para los pacientes no tiene precio y es un daño irrecuperable para la salud pública. Daño Moral.
E	TOTAL GARANTIA
FORMULA:	E= [(A+B) x C x D] / UF

¿En qué puede consistir la caución?

La caución podrá consistir en una póliza de seguro, boleta bancaria o cláusula penal constituida mediante escritura pública. A juicio exclusivo del jefe superior del servicio podrá aceptar otra garantía suficiente.

¿Cuándo el profesional es inhabilitado para reingresar a la Administración del Estado?

Sólo el profesional que no cumpla con el periodo asistencial obligatorio, quedará inhabilitado para postular o ser contratado o designado en cualquier cargo de la Administración del Estado, hasta por un lapso de seis años, sin perjuicio, de hacérsele efectiva la garantía.

¿Puede ser el periodo de inhabilitación menor a seis años?

Sí. Es facultativo para la autoridad fijar un tiempo menor, por cuanto, la preceptiva al hablar de “hasta”, permite que pueda ser menor la sanción.

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

¿Es obligatorio para el profesional ejecutar el PAO cuando termina anticipadamente el programa de formación?

No habrá obligación por parte del becario de efectuar una fase asistencial a continuación del periodo formativo cuando él o ella no cumpla con su programa de especialización o éste termine anticipadamente.

¿Cuándo se entiende que el programa de formación termina anticipadamente?

Se entiende que el programa de formación termina anticipadamente, cuando el profesional:

a. Renuncia;
b. Es eliminado por rendimiento académico;
c. Es eliminado por incumplimiento de las normas del centro formador;
d. Es eliminado por falta de aptitudes requeridas para continuar con el programa.

¿A qué se refiere la preceptiva cuando trata de falta de aptitudes requeridas para continuar el programa?

Se refiere a las cualidades personales del becario, las cuales, son periódicamente evaluadas por el centro formador para determinar si posee las actitudes necesarias para obtener el certificado de la especialidad que está cursando.

¿Qué ocurre con el becario que termina anticipadamente su programa de formación?

Si bien, no queda inhabilitado, en todos los casos, deberá reembolsar los gastos con motivo de la ejecución del programa de formación, incluidos estipendios, matrículas y aranceles que haya efectuado el Ministerio o el Servicio de Salud, según corresponda, y aquellos derivados del incumplimiento, todo ello incrementado en un 50%, por el tiempo de permanencia en el respectivo programa.

De acuerdo al Ministerio de Salud, esta es la fórmula de cálculo de la referida caución:

VARIABLES	DESCRIPCIÓN
A	SUMA DE LOS ESTIPENDIOS SE PERCIBIRAN DURANTE LA BECA (MESES DE PERMANENCIA EN EL PROGRAMA)
B	SUMA DE LOS ARANCELES QUE SE CANCELARAN DURANTE LA BECA (TIEMPO DE PERMANENCIA EN EL PROGRAMA)
(A+B)	COSTO TOTAL DE LA FORMACION
C	FACTOR x1.33 = COSTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO, que significa las actividades asistenciales que dejo de realizar el especialista que nunca volvió, por lo que se debió buscar solucionar de otras formas los servicios no realizados.
D	FACTOR x1.5 = INCREMENTO LEGAL, para los pacientes no tiene precio y es un daño irrecuperable para la salud pública. Daño Moral.
E	TOTAL GARANTIA
FORMULA:	E= [(A+B) x C x D] / UF

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Se hace presente que, respecto a los **comisionados de estudios,** conforme al artículo 14 del Decreto Supremo N°91, sólo se encuentran obligados a reembolsar los gastos de aranceles y matrículas, sin más recargos, ni tampoco procede en su caso, la devolución de las remuneraciones percibidas durante el programa.

¿En todos los casos de término anticipado del programa, se puede volver a postular?

No. Sólo en algunos casos y con los límites que establece el reglamento:

a. En caso de renuncia: puede volver a postular a un nuevo programa de formación, siempre y cuando, haya presentado su renuncia antes del inicio del tercer semestre.

b. Eliminado por falta de aptitudes: puede volver a postular a un nuevo programa de formación; salvo aquellos que hayan sido exmatriculados por esta causal con posterioridad al inicio del segundo semestre.

c. Eliminado por rendimiento académico: NO puede volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

d. Eliminado por incumplimiento de las normas internas del campo formador: NO puede volver a postular a un programa de especialización que ofrezca el Servicio o la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

¿Existe algún caso en que el ex becario quede exento de pagar?

Sí, solamente en el caso de renuncias al programa de especialización por situaciones de salud que afecten al becario o a alguno de sus familiares que dependan de él que sean incompatibles con las actividades académicas de aquel. En tal circunstancia, será la Subsecretaría de Redes Asistenciales quien estará facultada para ponderar los hechos y podrá poner término a la beca sin restitución de fondos.

¿Puede el Becario que renuncie al programa de formación por razones de salud propia o de familiares y que se haya aceptado su renuncia sin sanciones, volver a postular a un programa de formación financiado por el Ministerio o Servicio de Salud?

Sí. Puede volver a postular a un nuevo programa que ofrezcan las entidades mencionadas, sin que se estime para tal caso, el tiempo en que presentó la renuncia.

Para el pago de la garantía, **¿Pueden pactarse pagos en parcialidades?**

No. Tratándose de Fondos Públicos, no es posible pactar el pago de la garantía en cuotas.

Suele ocurrir que los Servicios de Salud celebran contratos de transacción con los ex becarios o profesionales que han incumplido el PAO, pactando, en especial,

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

condiciones de pagos diversas para solventar la deuda que los profesionales tienen por el incumplimiento.

Sin embargo, la Contraloría General de la República ha precisado en sus dictámenes, que es de la esencia del contrato de transacción que las partes se hagan concesiones recíprocas, entendiéndose por tales, la renuncia al menos parcialmente a las pretensiones respectivas y que exista un derecho dudoso, actualmente controvertido o susceptible de serlo. La simple renuncia de un derecho que no se disputa no puede ser objeto de transacción.

¿Puedo cambiarme de Servicio de Salud para la ejecución del PAO?

La normativa precisa que los profesionales podrán solicitar cumplir su PAO en un servicio distinto de aquel con el cual se encuentran obligados, para lo cual, se requerirá el acuerdo de los respectivos directores de servicios de salud de origen y de destino, quienes "podrán otorgarlo" sólo en casos calificados mediante resolución fundada.

Para dicha finalidad, los profesionales funcionarios deberán presentar una solicitud fundada ante el Director del Servicio de Salud del que dependan para cumplir su PAO en un servicio distinto de aquel con el cual se encontraren obligados.

¿Cuáles son las causales por las cuales se puede solicitar el traslado de PAO?

- Razones de salud en la persona del profesional o de familiares directos, fehacientemente acreditadas, cuyos tratamientos requieran del cambio o se vean facilitados por el mismo.
- Situaciones personales relevantes, calificadas por el Director, que obliguen al cambio.
- Cambio en las condiciones de trabajo profesional en el Servicio de Salud por razones ajenas al interesado, debidamente acreditadas.
- Situaciones de carácter socioeconómico o familiares graves que afecten en forma directa al profesional o a su familia directa, comprobadas fehacientemente.

¿Son las causales que señala el artículo 20 del Decreto Supremo N°91, las únicas que permiten solicitar el Traslado de PAO?

No. Las que enumera la preceptiva son a modo ejemplar. Cualquier causal fundada, razonable puede dar lugar para que el Director del Servicio las pondere y pueda acceder a la solicitud.

¿Qué pasa si el profesional debe iniciar el PAO y aún no se resuelve su solicitud de traslado de PAO?

En tal caso, deberá presentarse de todas maneras a cumplir su PAO original, pues, la solicitud de traslado no suspende su respectiva obligación.

CAPÍTULO VII.
El periodo asistencial obligatorio.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

¿Puedo solicitar mi Traslado de PAO más de una vez?

Sí. La normativa no establece número límite para solicitar el Traslado de PAO. Es más, siempre que existan razones fundadas para ello, el profesional puede hacer su solicitud, pues, le asiste el derecho de petición ante la autoridad. Sin embargo, no le asiste el derecho a que la autoridad acepte su solicitud, pues, la aceptación depende plenamente de la discreción del Director del Servicio respectivo.

¿Se requiere un procedimiento disciplinario para declarar inhábil al profesional que incumpla su periodo asistencial obligatorio?

No se requiere un procedimiento disciplinario, pues, no se trata aquí de alguna de las sanciones disciplinarias que deba ser dispuesta como consecuencia de un sumario o investigación sumaria, sino que es una medida que una ley especial—como lo es la ley 19.664—contempla como una consecuencia ante el incumplimiento de una obligación particular, cual es, dar cumplimiento al PAO.

Sin perjuicio de lo expuesto, dictámenes de la Contraloría sostienen que los Servicios de Salud deben, antes de imponer la inhabilidad de que se trata, otorgar al interesado la posibilidad de formular sus descargos.

No obstante ello, el profesional que no se presenta deliberadamente a cumplir su PAO, no puede desconocer las consecuencias que se siguen de ello.

CAPÍTULO VIII.
Tercer estatuto especial, de los funcionarios de la atención primaria de salud municipal.
Por Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Respecto de los funcionarios que prestan sus servicios en la atención primaria de salud municipal, se rigen principalmente por la Ley 19.378, que Establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal. Es este cuerpo legal, se regula el régimen laboral, condiciones de ingreso, carrera funcionaria, deberes y derechos de los trabajadores, etc. En caso de existir falta de regulación específica, se aplican de forma supletoria las disposiciones del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales contenidos en la Ley 18.883.

A. DE LOS DISTINTOS TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD

Se contemplan los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimiento de salud, administrados por las municipalidades o las instituciones privadas sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas.

B. LA CARRERA FUNCIONARIA

La carrera funcionaria es el conjunto de disposiciones, y principios que regulan la promoción, la mantención y el desarrollo de cada funcionario en su respectiva categoría, en el caso de los médicos cirujanos se requiere estar en posesión del título profesional de una carrera de a lo menos 8 semestres de duración, ser ciudadano y tener una salud compatible con el cargo.

La ley establece que los funcionarios de atención primaria de salud municipal podrán ser contratados bajo las siguientes modalidades:

1. Contrato a plazo fijo: Son los funcionarios contratados para realizar tareas por períodos iguales o inferiores a un año calendario, el número de horas contratadas bajo ésta modalidad no podrá ser superior al 20% de la dotación.

2. Contrato indefinido: Son aquellos funcionarios que ingresan previo concurso público de antecedentes, de acuerdo con las normas de éste Estatuto, cuyas bases serán aprobadas por el Concejo Municipal y será convocado por el alcalde respectivo. Estos funcionarios tendrán derecho a la estabilidad en sus funciones y su relación laboral solamente terminará por alguna de las causales establecidas en la ley 19.378.

3. Vía permuta, si tiene contrato indefinido como titular en otra Municipalidad, y siempre que ambos municipios lo aprueben.

C. JORNADA, PERMISOS Y FERIADO LEGAL

En cuanto a la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta y cuatro horas semanales. Se distribuirá de lunes a viernes, en horario diurno y continuo, comprendido entre las 08 y 20 horas, con tope de 9 horas diarias.

Esta distribución no será aplicable a aquellos funcionarios cuya jornada ordinaria y

normal de trabajo, por la naturaleza de los servicios que prestan, deba cumplirse fuera de los horarios precitados, sujetándose, a dichos efectos, a la modalidad de distribución que hubieren pactado en sus respectivos contratos. No obstante, podrá contratarse personal con una jornada parcial de trabajo, de acuerdo con los requerimientos de la entidad administradora, en cuyo caso la remuneración será proporcional a la jornada contratada.

El horario de trabajo se adecuará a las necesidades de funcionamiento de los establecimientos y acciones de atención primaria de salud. No obstante, cuando por razones extraordinarias de funcionamiento se requiera el servicio de personal fuera de los límites horarios, fijados en la jornada ordinaria de trabajo, se podrá proceder al pago de horas extraordinarias. El personal contratado con jornada parcial no podrá desempeñar estas horas extraordinarias, salvo que, el establecimiento no cuente con funcionarios con jornadas ordinarias, o no estén en condiciones de trabajar fuera del horario establecido.

Los funcionarios podrán solicitar permisos para ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles en el año, con goce de sus remuneraciones, los que podrán fraccionarse por medios días y serán concedidos por el Director del establecimiento, según las necesidades del servicio.

En relación con el feriado legal, se requiere que el personal se desempeñe al menos 1 año de servicios y será de quince días hábiles (sin considerar los sábados), para el personal con menos de 15 años de servicios y de 20 días hábiles, para quienes tengan 15 años o más de servicios, con goce de todas sus remuneraciones; se podrán solicitar el uso del feriado en forma fraccionada, pero una de las fracciones no podrá ser inferior a 10 días.

El Director podrá anticipar o postergar la época del feriado, a condición de que éste quede comprendido dentro del año respectivo (cuando las necesidades del establecimiento lo requieran), salvo que el funcionario pidiere expresamente, hacer uso conjunto de su feriado con el que le corresponde al año siguiente. Sin poder acumular más de dos períodos consecutivos.

D. REMUNERACIONES

Respecto de las remuneraciones, ésta se reajusta en la misma oportunidad y porcentaje en que se reajusten las remuneraciones del sector público en diciembre de cada año.

CAPÍTULO VIII.
Tercer estatuto especial, de los funcionarios de la atención primaria de salud municipal.
Por Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Constituyen la remuneración:

	El Sueldo Base, que es la retribución pecuniaria de carácter fijo y por períodos iguales, que cada funcionario tendrá derecho a percibir conforme al nivel y categoría funcionaria en que esté clasificado o asimilado de acuerdo con el Título II de esta ley y que se encuentre señalado en el respectivo contrato.
	La Asignación de Atención Primaria Municipal, que es un incremento del 100% del sueldo base a que tiene derecho el funcionario por el solo hecho de integrar una dotación.
	Las demás asignaciones, que constituyen los incrementos a que se tiene derecho en consideración a la naturaleza de las funciones o acciones de atención primaria de salud a desarrollar, a las peculiares características del establecimiento en que se labora y a la evaluación del desempeño funcionario. Estas son: la asignación por responsabilidad directiva; la asignación por desempeño en condiciones difíciles; la asignación de zona y la asignación de mérito.

Asignación de Zona	Asignación por Responsabilidad Directiva	Asignación por Desempeño en Condiciones Difíciles	Asignación de mérito	Asignación por competencia s profesionales
Es un porcentaje del sueldo base, equivalente, en cada caso, al establecido para los funcionarios del sector público según el lugar en que ejecuten sus acciones de atención primaria de salud.	El director de un consultorio municipal de atención primaria tendrá derecho a una asignación de responsabilidad directiva, de un 10% a un 30% de la suma del sueldo base y de la asignación de atención primaria correspondientes a su categoría funcionaria.	Para el caso de los funcionarios que laboren en establecimientos calificados de desempeño difícil por decreto del Ministerio de Salud, por la que tendrán derecho a un porcentaje determinado por el mismo Ministerio (cada 3 años) respecto de sueldo base y la asignación de atención primaria municipal, en relación con una jornada de cuarenta y cuatro horas semanales.	Para funcionarios cuyo desempeño sea evaluado como positivo obtendrán una asignación anual de mérito. La finalidad de la asignación es mejorar la calidad de los servicios de estos establecimientos. Para estos efectos, se entenderá como funcionarios con evaluación positiva a aquellos cuyo puntaje de calificación se encuentre dentro del 35% mejor evaluado en cada categoría de la dotación del respectivo establecimiento, otorgándose un porcentaje según el tramo (11% mejor calificado, bono de hasta 35% del sueldo base mínimo; 11% del tramo siguiente, obtendrá una bonificación de hasta el 20% del sueldo base mínimo; tramo inferior, conformado por el 13% restante, obtendrá hasta el 10% de dicho sueldo base mínimo)	Para médicos cirujanos que posean la especialidad de medicina familiar. Cuyo monto corresponde al 100% de la suma del sueldo base más la asignación de atención primaria de salud. En relación con una jornada de 44 horas semanales. En caso de ser jornadas de 11,22 y 33 horas semanales será equivalente al 25%, 50% o 75% respectivamente *(en los años 2017 y 2018 ha sido medicina familiar, la única especialidad que ha sido determinada por la autoridad, para obtener dicha asignación)

E. EL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

Los funcionarios de una dotación municipal de salud dejarán de pertenecer a ella solamente por las siguientes causales:

a. Renuncia voluntaria: la que debe ser presentada con 30 de días de anticipación a la fecha en que surtirá efecto;

b. Falta de Probidad, Conducta Inmoral o Incumplimiento Grave de las Obligaciones Funcionarias, establecidos fehacientemente por medio de un sumario administrativo;

c. Vencimiento del Plazo del Contrato;

d. Obtención de Jubilación, Pensión o Renta Vitalicia en un régimen previsional;

e. Fallecimiento;

f. Calificación en Lista de Eliminación o en su caso en lista condicional por dos períodos consecutivos o tres acumulados;

g. Salud Irrecuperable o Incompatible con el ejercicio del cargo;

h. Estar Inhabilitado para el ejercicio de funciones en cargos públicos o hallarse condenado por crimen o simple delito, con sentencia ejecutoriada;

i. Disminución o Modificación de la Dotación. En este caso se contempla una indemnización de 1 mes por año de servicio, con un tope de 11 años, para personal con Contrato Indefinido.

CAPÍTULO IX.
Las misiones de estudios de APS Municipal.
Por Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

En relación con el perfeccionamiento profesional de un médico de atención primaria de salud municipal, cabe señalar que los médicos cirujanos que forman parte de la dotación de atención primaria de salud municipal tienen dos modalidades o formas diversas, para poder optar a una especialidad médica financiada por el Estado de Chile.

BECA: La primera de ellas es a través de la obtención de una beca de formación profesional, la cual se encuentra regulada en el artículo 43° de la ley 15.076 en los siguientes términos: *"Los Servicios de Salud y las Universidades del Estado o reconocidas por éste podrán otorgar becas destinadas al perfeccionamiento de una especialidad médica, dental, químico farmacéutica o bioquímica. Los otros empleadores de los demás Servicios Públicos podrán otorgar becas de perfeccionamiento a sus profesionales funcionarios en la Universidad de Chile o en otra universidad del Estado o reconocida por éste y en los Servicios de Salud, conservándoles el goce de su remuneración en las condiciones que fije el reglamento"*. En este caso, el funcionario pasa a denominarse becario, y el marco de sus derechos y obligaciones estará determinado por el Decreto N° 507 del año 1990, denominado Reglamento General de Becarios, y por el decreto N° 91, del año 2001, que aprueba el reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la ley N° 19.664.

MISIÓN DE ESTUDIOS: Esta segunda alternativa, es la modalidad que establece el inciso segundo del artículo 43° de la ley 19.378, que aprueba que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, el cual establece que: *" Los profesionales a que se refieren las letras a) y b) del artículo 5° de esta ley (médicos cirujanos , farmacéuticos, químicos – farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas) podrán participar en concursos de misiones de estudio y especialización, durante todo su desempeño funcionario . Dicha participación consiste en comisiones de servicio, con goce de remuneraciones y con obligación de retornar a su cargo de origen, por lo menos por el doble de tiempo que ésta haya durado"*. En efecto, esta comisión de estudio, tal como señala la norma transcrita, constituye en la práctica una comisión de servicio, en cuya virtud el funcionario, para los efectos de dar cumplimiento a su obligación de perfeccionamiento o capacitación, relacionada con los fines del organismo que las ordena y con las funciones que el servidor o funcionario municipal debe desarrollar según su cargo, se desplaza cumplir funciones laborales formativas, en una entidad diversa a la que pertenece. En otras palabras, se faculta y autoriza al funcionario municipal (que conserva su cargo dentro e la dotación municipal) a concurrir al centro formador (universidad) y al campo clínico respectivo (Hospital) para el desarrollo de su capacitación y formación académica.

Así las cosas, el funcionario municipal comisionado de servicios o en misión de estudios, técnicamente, no tiene la calidad de becario, sino de funcionario municipal en misión de estudios. De esta forma, el hecho y circunstancia de conservar su carácter y condición de funcionario municipal, implica que el comisionado mantiene vigentes los derechos sus obligaciones que prescribe el Estatuto de Atención

CAPÍTULO IX.
Las misiones de estudios de APS Municipal.
Por Pablo Pérez Ojeda, abogado UDELAM

Primaria de Salud Municipal, contenido en la ley 19.378. En efecto, dentro de los derechos funcionarios de los cuales sigue gozando el funcionario en cuestión están: el derecho a las remuneraciones, los permisos administrativos, el derecho a feriado legal, el derecho a solicitar licencias médicas.

INTEGRIDAD DE LAS REMUNERACIONES: ASIGNACION ARTÍCULO 45° LEY 19.378: En su condición de funcionario de atención primaria de salud municipal, el comisionado se ha señalado, tendrá el derecho de mantener el goce íntegro de remuneraciones. Sin embargo, es útil aclarar que la integridad del goce de remuneraciones del funcionario dice relación con la mantención de la totalidad de las remuneraciones de carácter permanente, a saber, sueldo base, asignación de mérito, de desempeño colectivo, etc. Sin embargo, suele ser una materia discutida la no mantención de la asignación del artículo 45° de la Ley N° 19.378. En efecto, la asignación contemplada en la norma jurídica en comento corresponde a una asignación no permanente, en palabras de la ley, es una asignación especial de carácter transitoria, pues sólo tiene una duración anual, y que en todo caso, su principal característica es que corresponde a una asignación de corte discrecional. En efecto, la asignación prescrita en el artículo 45 de la ley 19.378, dice relación con una asignación de carácter transitoria y de carácter discrecional, pues depende la voluntad de un órgano colegiado, a saber, el Concejo Municipal respectivo, donde su procedencia depende, entre otros requisitos, de las necesidades del servicio, siendo ajeno a ese propósito vincularla al pago de intereses particulares o a una persona determinada, u erigirse en un mero capricho de la autoridad. De esta forma, el pago de esta asignación depende de la venia del Concejo Municipal, de las necesidades del servicio y de la disponibilidad presupuestaria anual. Si estos factores no están presentes, no procede el pago de la referida asignación del artículo 45 de la ley 19.378.

El artículo 45 señala expresamente que: *"Con la aprobación del Concejo Municipal, la entidad administradora podrá otorgar a sus funcionarios asignaciones especiales de carácter transitorio. Dichas asignaciones podrán otorgarse a una parte o a la totalidad de la dotación de salud y fijarse de acuerdo con el nivel y la categoría funcionaria del personal de uno o más establecimientos dependientes. En cualquier caso, dichas asignaciones deberán adecuarse a la disponibilidad presupuestaria anual de la entidad administradora. Estas asignaciones transitorias durarán, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año"*. Como se puede advertir, el otorgamiento de esta asignación es facultativo para la autoridad municipal, y más aún, se puede otorgar sólo a una parte de la dotación de salud, todo lo cual torna en discrecional de parte del Concejo Municipal respectivo, el otorgamiento o mantención de dicha asignación para los funcionarios en misión de estudios.

PAO EN CASO DE JORNADA PARCIALES DE TRABAJO: Otro asunto con relevancia práctica en relación con las misiones de estudios de profesionales de atención primaria de salud municipal, dice relación con la jornada de devolución una vez terminado el período de estudios o de formación académica. El problema concreto, se presenta respecto de aquellos miembros de la dotación de profesionales de atención primaria de salud

municipal que no tengan contratada una jornada completa de 44 horas semanales, sino, por ejemplo, la contratación de una jornada parcial de 22 horas semanales de trabajo. En este orden de ideas, surge la interrogante de si el funcionario tendrá que iniciar su Periodo Asistencial Obligatorio con devolución según el régimen general de devolución de los becarios, esto es de 44 horas semanales, o bien en el mismo régimen de jornada de trabajo bajo la cual estaba contratado con anterioridad al inicio de la formación académica.

La interrogante no tiene una solución legal, pero la Contraloría General de la República ha dado la solución a esta situación particular. En efecto, en Dictamen N° 19.277, del 19-07-2019 establece la doctrina de que, en silencio de las bases de postulación de la beca de formación académica que motiva la misión de estudios, y frente a la inexistencia de norma legal que resuelva dicha interrogante, el funcionario de la dotación de atención municipal de salud que cuete con una jornada parcial de 22 horas semanales, deberá iniciar su devolución del Período Asistencial Obligatorio, en la misma jornada parcia de 22 horas semanales. En efecto, el dictamen en comento señala que: *"Sobre el particular, cabe destacar que -a diferencia de lo que ocurre en materia de remuneraciones- de la normativa aplicable no se advierten disposiciones, legales o reglamentarias, que precisen la jornada que deben desempeñar durante el PAO los profesionales funcionarios de los establecimientos de atención primaria de salud municipal que acceden a programas de formación de especialistas bajo la figura de la misión de estudios y no de una beca propiamente tal.*

En razón de lo anterior, y considerando que no se observa en las bases del certamen de que se trata que se haya estipulado la obligación de cumplir el período asistencial obligatorio en una jornada de 44 horas semanales, es menester concluir que los interesados deberán desarrollar su PAO con una jornada laboral equivalente a la que hubieren mantenido durante el desarrollo de sus especializaciones, no siendo procedente su extensión para efectos del cumplimiento de dicha obligación".

LUGAR DE DEVOLUCIÓN PERÍODO ASISTENCIAL OBLIGATORIO: Finalmente, luego de cursar exitosamente la misión de estudios en cuestión, cabe la interrogante de determinar el lugar de ejecución del denominado Periodo Asistencial Obligatorio. Al respecto, si bien es cierto el propio inciso segundo del artículo 43 del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, contenido en de la ley 19.378. indica que le asiste al comisionado de estudios la obligación de retornar a su cargo de origen, por lo menos por el doble del tiempo que éste haya durado, la Contraloría General de la República ha señalado, entre otros, en Dictamen N°28.889 de fecha 21-XI-2018, que el lugar de cumplimiento del Periodo Asistencial Obligatorio de un profesional funcionario que accedió a una especialización mediante comisión o misión de estudios a que se refiere el inciso segundo del artículo 43° de la ley N° 19.378, y que fue financiada por un Servicio de Salud, debe ser determinado por este (Servicio de Salud), sin perjuicio de lo que el convenio de especialización respectivo señale. Esto es, si interviene en el financiamiento de la beca en cuestión el respectivo Servicio de Salud, y salvo

que la escritura pública que contenga el convenio de formación académica señale lo contrario, será el propio Servicio de Salud el que determinará (con acuerdo de la Municipalidad respectiva) el lugar concreto donde el profesional deba realizar su periodo de devolución.

CONCURSO MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD CONE-APS: Este es un proceso de formación académica destinado a médicos generales que se desempeñan en dotaciones de salud de atención primaria de salud municipal, contratados bajo la Ley N° 19.378, o bien por el artículo 9° de la ley 19.664 (contratación directa sin concurso), siendo esta ultima la que identifica a los médicos contratados por los directores de los Servicios de Salud como profesionales en Etapa de Destinación y Formación de la referida ley. Este proceso consta de dos etapas, una primera etapa de formación y una segunda Etapa de Periodo Asistencial Obligatorio.

Entre los requisitos de postulación se incluye el tiempo de desempeño previo, dependiendo de la especialidad a postular, siendo requisito un lapso no inferior a un año de desempeño, a la fecha de postulación, en el nivel primario de uno o más servicios de salud o establecimientos de salud municipal para los aspirantes a especialidades de "interés nacional", excluyendo medicina de urgencia y medicina familiar; otras especialidades requieren de un período mínimo de tres años a la fecha de postulación. Todo lo anterior dependerá de las bases dictadas en conformidad a la ley por parte de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

Entre los rubros evaluados al postular, los ítems de mayor puntuación son: antigüedad funcionaria, trabajo comunitario, cursos de perfeccionamiento, trabajos de investigación y docencia.

Al igual que en los concursos previos, una vez elaborada la lista de puntajes definitivos se procede al ofrecimiento de los cupos de especialización mediante un llamado a viva voz, el cual se realiza en las mismas dos instancias. Es necesario previamente la habilitación del postulante en el centro formador.

El proceso tiene una duración máxima de 9 años en total, correspondiendo a la sumatoria de los períodos en Etapa de Formación y de Periodo Asistencial Obligatorio. Se debe destacar que al momento de la adjudicación del cupo de concurso es posible validar hasta el 50 % del tiempo desempeñado previamente. Durant la Etapa de Formación se mantiene la calidad funcionaria y remuneraciones, conservando la calidad contractual durante todo el ciclo.

CAPÍTULO X.

Profesionales regidos por el Código del Trabajo.

Por Ignacio Avendaño Leyton, Patricia Núñez Vargas

El ejercicio del trabajo médico en el sector privado de salud es un área donde resulta esencial tener conocimiento de la normativa que lo rige, a fin de poder dar cumplimiento efectivo a los derechos y deberes que emanan de ello, evitar la aplicación de sanciones, promover la aplicación de las buenas prácticas laborales, y/o ejercer de manera eficaz y oportuna los derechos que correspondan

Profesionales Cuyo Vínculo Laboral Se Rige Por El Código Del Trabajo.

El Artículo 7 del Código del Trabajo define el contrato individual como "…una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".

Es necesario recalcar que el contrato de trabajo es consensual, por lo que para que exista, solo basta el acuerdo de las partes, respecto de sus elementos, que se analizarán a continuación. Sin perjuicio de ello, el empleador debe escriturarlo, dentro de un plazo de 15 días contados desde la incorporación del trabajador.

Como el contrato de trabajo nace del consentimiento de empleador y trabajador, la escrituración tiene la finalidad de probar la existencia de la relación laboral y los términos en que ella se pactó, buscando certeza para las partes respecto de sus respectivos derechos y deberes.

En caso de no escriturarse el contrato de trabajo, el empleador podría ser multado ante fiscalización de la Inspección del Trabajo, además, se presumirán como verdaderas las cláusulas que señale el trabajador. Respecto de esto último, de todas formas, primará el sentido común, en cuanto a la relación entre los servicios y naturaleza de los mismos, como se regulan según la costumbre, frente a lo que el trabajador señale como pactado.

Ahora bien, en base al concepto dado por el legislador, los requisitos para que exista un contrato de trabajo son:

A) Existencia De Partes: Empleador Y Trabajador. Artículo 3 Del Código Del Trabajo

El empleador, es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. De esta forma, la parte empleadora podrá ser una persona directamente, o una persona jurídica, en caso de que se trate de una empresa.

El Código del Trabajo define a la empresa para efectos laborales y previsionales, como toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. Además, se establece que dos o más empresas serán consideradas con un solo empleador:

- Cuando exista una dirección laboral común
- Cuando exista una similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, exista entre ellas de un controlador común, o cualquier otra circunstancia que el juez pueda tener a la vista para formar su convicción

Este elemento es relevante, en el caso de que el empleador cree artificialmente una serie de empresas en paralelos, con la finalidad de evitar el ejercicio de derechos laborales, por ejemplo, para evitar juntar 20 trabajadoras que le obliguen a otorgar sala cuna, para figurar con un patrimonio menor respecto del que el trabajador pueda demandar, etc.

Por su parte, el trabajador, es la persona natural que presta sus servicios personales, sean intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo. A su vez, el mismo Código define como trabajador independiente a la persona que, en el ejercicio de la actividad de que se trate, no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

B) Prestación De Los Servicios Personales Del Trabajador

Es la principal obligación del trabajador, prestar los servicios para los cuales fue contratado. Ello responde a que el contrato de trabajo se suscribe con especial atención a la persona del trabajador y sus cualidades y formación específica, por lo que no es posible delegar o transferir el trabajo por el cual el trabajador fue contratado, debiendo desempeñar sus funciones de forma directa y personal.

Como contrapartida a esta obligación del trabajador, surge el deber del empleador de proporcionar el trabajo convenido. Por ello, resulta relevante el artículo 10 del Código del Trabajo, que en su número 3, establece como una de las estipulaciones mínimas del Contrato, la determinación de la naturaleza de los servicios a prestarse, pudiendo señalarse dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias

La prestación de servicios personales, además, se realiza por cuenta y riesgo del empleador, es decir, lo favorable o desfavorable de la gestión realizada de un negocio, no afecta al trabajador. De este modo, con independencia de los resultados del negocio, el empleador se encuentra obligado a remunerar al trabajador y a cumplir con el deber de seguridad respecto de él.

A) La Remuneración.

El contrato de trabajo se caracteriza por tener obligaciones recíprocas, es decir, la obligación de una parte es el deber de la otra. La remuneración es la contrapartida del deber de prestar los servicios personales que tiene el empleador.

CAPÍTULO X.
Profesionales regidos por el Código del Trabajo.
Por Ignacio Avendaño Leyton, Patricia Núñez Vargas

El artículo 41 del Código del Trabajo, define la remuneración como "las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo".

De conformidad al artículo 42 del Código del Trabajo, existen distintas categorías de remuneración:

7. Sueldo base

Es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por periodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo. No podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual establecido anualmente por ley.

8. Sobresueldo:

Corresponde al pago de las horas extraordinarias trabajadas. Deben liquidarse y pagarse conjuntamente con las demás remuneraciones, y se pagan con un 50% de recargo por sobre el valor de la hora de trabajo en jornada ordinaria.

9. Gratificación

Parte de las utilidades con las que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. Puede ser legal o voluntaria.

- Gratificación Voluntaria: aquella en que el empleador voluntariamente aumenta la remuneración del trabajador, la cual debe ser superior a la legal
- Gratificación Legal: hay dos tipos o modalidades de pago
- Artículo 47 del Código del Trabajo: Deben pagar gratificaciones a sus trabajadores las empresas que persigan fines de lucro; que estén obligados a llevar libros de contabilidad; y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en el respectivo ejercicio comercial. Debe repartirse una cantidad no inferior al 30% de los excedentes líquidos de la empresa. De este monto, la gratificación de cada trabajador con derecho a ella se determinará en forma proporcional a lo devengado por cada uno de ellos en el respectivo año, incluyéndose en el cálculo aquellos que no tienen derecho. Los trabajadores que llevan menos de un año, también se les paga gratificación, pero proporcionalmente al tiempo trabajado
- Artículo 50 del Código del Trabajo: Permite al empleador abonar o pagar a los trabajadores el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales. En este caso se aplica un tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales al año. Esta forma de pago se otorgar de una sola vez, o en cuotas mensuales. Lo que generalmente se hace es pagar gratificación en 12 cuotas mensuales y se paga conjuntamente con la remuneración mensual.

10. Comisiones:

Porcentaje sobre el precio de las ventas o compras y otras operaciones que efectúa el empleador en colaboración con el trabajador. No importa si el negocio tuvo o no utilidades. Son voluntarias y deben pactarse.

11. Participaciones

Proporción de las utilidades de un negocio determinado, de una empresa o de una o más secciones de la misma. A diferencia de las gratificaciones está debe pactarse expresamente.

12. No constituyen remuneración

Hay una serie de conceptos que pueden otorgarse, pero que no constituyen remuneración, ya que su finalidad es compensar al trabajador por los gastos en que incurre en la prestación de sus servicios personales. De esta forma, no constituyen remuneración:

- La asignación de movilización;
- Asignación de colación;
- Asignación de pérdida de caja;
- Viáticos;
- Prestaciones familiares;
- Pago por desgaste de herramientas;
- Indemnización por años de servicio;
- En general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

D) Subordinación Y Dependencia.

Este elemento es el que permite calificar una relación como laboral propiamente tal. Si bien el legislador no da un concepto de este elemento, son los autores y la jurisprudencia quienes lo han conceptualizado. En específico, la Dirección del Trabajo ha precisado una serie de indicios o manifestaciones de este vínculo que aparecen frecuentemente en las relaciones laborales, entre ellos:

1. Continuidad de los servicios prestados.
2. Obligación de asistencia del trabajador.
3. Cumplimiento de un horario de trabajo.
4. Supervigilancia en el desempeño de las funciones.

- Sujeción a instrucciones y controles de diversa índole, respecto la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y en del deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas.
- Sin perjuicio de los indicios anteriormente señalados, la manifestación concreta de éstos debe analizarse en cada caso que se presente, no siendo requisito que concurran conjuntamente. Además, conforme al surgimiento de nuevas formas de organización de las empresas, desarrollo de nuevas tecnologías que afecten el trabajo desempeñado, surgen y se configuran nuevos indicios.
- La subordinación de un trabajador, puede ser comprendida, a su vez:
  - Subordinación Técnica: Si el empleador tiene el conocimiento técnico del empleador, siendo superior respecto del que posee el trabajador.
  - Subordinación Económica: Se da por la dependencia económica del trabajador, que compromete su capacidad de trabajo a cambio de la remuneración para poder subsistir.
  - Subordinación Moral: Respeto por la figura del empleador, lo que se manifiesta en el deber de fidelidad o lealtad.
  - Subordinación jurídica: Sujeción del trabajador a la dirección y control del empleador.

Terminación Del Contrato De Trabajo

Se encuentra regulada en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo, donde se regulan las causales legales de terminación, así como las formalidades que se deben cumplir y montos a pagar al trabajador al momento del término.

1) CAUSALES SIN DERECHO A INDEMNIZACIÓN.

Dentro de las causales que no dan derecho a indemnización, es necesario distinguir si hubo culpa del trabajador.

a) Sin culpa del trabajador.

- Artículo 159 N° 1: Mutuo acuerdo de las partes.
- Artículo 159 N° 2: Renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador, al menos, con 30 días de anticipación.
- Artículo 159 N° 3: Muerte del trabajador. La muerte del empleador no es causal de término de la relación laboral, en virtud del principio de continuidad de la empresa, o al seguir como empleador la sucesión o herederos del empleador. En cambio, la muerte del trabajador si pone término al contrato, ya que éste se suscribió en atención a las cualidades especiales de la persona.

- Vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo.
- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.
- Caso fortuito o fuerza mayor.

b) Con culpa del trabajador

- Artículo 160 n° 1: Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
- Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
- Conductas de acoso sexual;
- Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
- Injurias proferidas por el trabajador al empleador; o Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y
- Conductas de acoso laboral.
- Artículo 160 n° 2: Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.
- Artículo 160 n° 3: (1) No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; (2) asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
- Artículo 160 n°4: Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
- La salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
- La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.
- Artículo 160 n°5: Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

- Artículo 160 n° 6: El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

- Artículo 160 n°7: Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Finalmente, existe la causal por culpa del empleador, denominada despido indirecto. o autodespido, que es aquella por medio de la cual el trabajador pone término a su contrato de trabajo, por estimar que el empleador ha incurrido en alguna de las causales que se establecen en los Nć 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

En estos casos, el trabajador debe comunicar por escrito a su empleador el término del contrato, con copia a la Inspección del Trabajo, indicando las causales legales que se invocan y los hechos en que se funda.

El trabajador deberá concurrir a los Tribunales de Justicia dentro del plazo de 60 días hábiles, contados desde la terminación del contrato, para interponer la demanda por despido indirecto y si obtiene sentencia favorable, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y legal por años de servicio, ésta última aumentada en un 50% en caso que la causal invocada sea el Nć 7 del artículo 160, o en un 80% en el caso de las causales del Nć 1 y 5 del mismo artículo.

2) Causales Con Derecho A Indemnización.

a) Artículo 161, Necesidades de la empresa

El empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.

b) Artículo 161 inciso 2: Desahucio escrito del empleador

En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, el contrato de trabajo podrá terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva.

Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos. Estas dos causales ya explicadas, no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de

licencia médica, sea por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional.

c) Artículo 163 bis: Procedimiento concursal de liquidación del empleador

Causal que contempla la posibilidad de poner término al contrato de trabajo cuando el empleador sea sometido, por resolución judicial, a un procedimiento concursal de liquidación de sus bienes o de quiebra.

En este caso, la fecha de término del contrato es el día en que se dicte la resolución de liquidación. En este procedimiento se nombra un liquidador, el cual asume en representación del empleador-deudor, y es el encargado de pagar las indemnizaciones que correspondan al trabajador

LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO POR COVID-19 Y QUE FACULTA EL ACCESO A PRESTACIONES DEL SEGURO DE DESEMPLEO, LEY N° 21.227[7].

En vista de la contingencia sanitaria que afecta tanto a nuestro país, como a nivel mundial, se ha hecho necesario realizar ciertas modificaciones de carácter legislativo a fin de proteger las fuentes laborales de los trabajadores y trabajadoras mediante el acceso a las prestaciones del seguro de cesantía.

Cabe señalar que para los efectos de acceder a las prestaciones de la ley en comento el Subsecretario de Hacienda, deberá dictar una resolución fundada en la que señalará la zona o territorio afectado de conformidad a los efectos del acto o declaración de autoridad y, en su caso, las actividades o establecimientos exceptuados de la paralización de actividades. Dicha resolución deberá además ser suscrita por el Subsecretario del Trabajo, previa visación del Director de Presupuestos. Esta resolución estará vigente durante el mismo período de las medidas sanitarias o de seguridad interior para el control del COVID-19.

Ahora bien, el objetivo de la referida ley apunta a proteger la fuente laboral de los trabajadores y trabajadoras, permitiéndoles acceder a las prestaciones y complementos del seguro de cesantía, cuando se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) Se suspenda el contrato de trabajo por acto de autoridad; 2) se acuerde un pacto de suspensión del contrato de trabajo y, 3) se acuerde un pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo.

---

7 Cabe señalar que esta ley no se aplica a los siguientes casos: 1) los trabajadores que no se rijan por el Código del Trabajo, y aquellos que no estén afiliados al Seguro de Cesantía; 2) los trabajadores que hayan celebrado con su empleador un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios al momento de dictarse el acto o declaración de la autoridad de cancelación de actividades y, 3) los trabajadores que se encuentren percibiendo subsidio por incapacidad laboral, cualquiera sea la naturaleza de la licencia médica o motivo de salud que le dio origen, durante el tiempo en que perciban dicho subsidio.

En razón de lo anterior, analizaremos brevemente las situaciones que plantea la referida ley a continuación:

1.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ACTO DE AUTORIDAD.

Esta medida se aplica cuando la autoridad competente establece medidas sanitarias o de seguridad interior para el control del COVID-19 ordenando la paralización total o parcial de las actividades en todo o parte del país y que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados (por ejemplo, en la cuarentena que están viviendo algunas comunas actualmente por el coronavirus) y permite que las y los trabajadores puedan acceder a su remuneración a través del seguro de cesantía (70% el primer mes)[8].

Para determinar la prestación a que tendrán derecho los trabajadores en caso de suspensión del contrato por acto de autoridad, se considerará el promedio de las remuneraciones imponibles devengadas en los últimos tres meses en que se registren cotizaciones, anteriores al inicio del acto o declaración de autoridad.

Ahora bien, la suspensión temporal del contrato de trabajo durante la vigencia del acto o declaración de autoridad tiene los siguientes efectos:

- -Durante la vigencia del acto o declaración de autoridad se suspenden los efectos del contrato individual de trabajo, lo que implica el cese temporal de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, por parte del empleador.

- La ley establece que, pese a la suspensión de los efectos del contrato de trabajo, el empleador estará obligado a pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, con excepción de las cotizaciones del seguro social de la ley N°16.744, las que se calcularán sobre el 100 por ciento de las prestaciones que establece el Título I de la misma Ley de Protección al Empleo para las cotizaciones de pensión y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud.

- Los trabajadores tendrán derecho a licencia médica por enfermedad o accidente, en ambos casos, de origen común, si corresponde, y a los subsidios por incapacidad laboral derivados de las mismas, conforme a lo dispuesto en las normas que rigen la materia, suspendiéndose por dicho período la prestación a que se refiere el artículo 1 inciso primero de la ley 21.227.

8 Al primer mes de suspensión, se cubrirá el 70% del promedio de las remuneraciones imponibles. Si se extiende la suspensión, se pagará el 55% y luego el 45% al tercer mes y un 40% al cuarto mes; el quinto, el 35% y el sexto mes o superior, el 30%.

- Durante el período de suspensión, los trabajadores tendrán derecho a la cobertura del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, se hayan o no pagado las cotizaciones.
- La ley establece que durante la vigencia del acto o declaración de autoridad solamente se podrá poner término a la relación laboral por aplicación de la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo a los trabajadores que no se encuentran acogidos a las prestaciones de la Ley de Protección al Empleo, sin perjuicio de las causales de los artículo 159, número 1 al 5, del Código del Trabajo.

2.- PACTO INDIVIDUAL O COLECTIVO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

Las y los empleadores que vean afectadas, total o parcialmente, sus actividades a causa de la emergencia sanitaria, provocada por el COVID-19, podrán acordar con sus trabajadores, de forma individual o colectiva, un pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo. Este acuerdo permitirá que las y los trabajadores puedan acceder a su remuneración a través del Seguro de Cesantía (70% el primer mes) al igual que en el caso anterior.

Ahora bien, la suspensión del contrato de trabajo por acto de autoridad produce los mismos efectos que la suspensión temporal del contrato de trabajo por actos de autoridad.

Además, se permitirá a las y los empleadores pagar la cotización de pensiones dentro los doce meses posteriores al término de la vigencia de la ordenanza y que no se les aplique intereses, reajustes ni multas.

Por su parte, a las trabajadoras con fuero maternal no se les aplican las normas de la suspensión temporal del contrato de trabajo, ya sea por un acto de autoridad o por la suscripción de un pacto.

En cuanto a los requisitos para que los trabajadores y las trabajadoras puedan acogerse a estos beneficios son:

i. Registren 3 cotizaciones continuas en los últimos tres meses anteriores a la ordenanza.

ii. Registren 6 cotizaciones continuas o discontinuas durante los últimos 12 meses, siempre que, a lo menos, sus últimas dos cotizaciones sean con el mismo empleador en los 2 meses anteriores de la ordenanza.

Por su parte, para efectos de acceder al beneficio es el empleador o empleadora quien deberá realizar la solicitud en línea en el sitio de la AFC.

3.- PACTO DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO

Los empleadores o empleadoras podrán acordar con sus trabajadores, de manera individual o colectiva, reducir hasta en un 50% su jornada de trabajo. En este caso, el

empleador o empleadora deberá seguir pagando la remuneración y las cotizaciones previsionales proporcionales a la jornada pactada.

Con esta medida, los trabajadores recibirán, además, un complemento a su remuneración con cargo a su cuenta individual del seguro de cesantía y, si se agotan esos recursos, podrá acceder al Fondo de Cesantía Solidario que será de hasta un 25% de su sueldo, si la reducción de jornada es un 50% (con tope de $225 mil mensuales). Además, se mantendrán los beneficios tales como aguinaldos, asignaciones y bonos.

En cuanto a los requisitos para acceder al beneficio, el empleador o empleadora deberá cumplir con alguna de las siguientes situaciones:

i. Ser contribuyente de IVA y que su disminución promedio de ventas, por tres meses consecutivos, exceda un 20% respecto del promedio, contados en el mismo período de tres meses del ejercicio anterior.

ii. Que se encuentre en un proceso concursal de reorganización.

iii. Que se encuentre en un proceso de asesoría económica de insolvencia.

iv. Sean empresas, establecimientos o faenas que hayan sido exceptuadas del acto o declaración de autoridad o resolución de autoridad que establezca medidas de seguridad por COVID-19 y necesiten reducir o redistribuir la jornada de trabajo de sus trabajadores para poder mantener su continuidad operacional o para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores.

Asimismo, las y los trabajadores deberán cumplir con un número de cotizaciones mínimas:

i. Si es un trabajador o trabajadora con contrato indefinido, debe tener 10 cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas.

ii. Si es un trabajador o trabajadora con contrato a plazo fijo, por obra, faena o servicio debe tener 5 cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas.

Para acceder a las prestaciones con cargo al Fondo de Cesantía Solidario, dichas cotizaciones deberán haberse registrado en los últimos 24 meses anteriores a la fecha de la celebración del pacto respectivo. Adicionalmente, el trabajador debe registrar las tres últimas cotizaciones continuas con el mismo empleador con quien suscriba el pacto de reducción temporal de jornada.

No podrán pactar la reducción temporal de la jornada de trabajo, aquellos trabajadores que se encuentren gozando de fuero laboral.

Las partes no podrán pactar la ejecución diferida de la reducción temporal de la jornada de trabajo. Todos sus efectos deberán ejecutarse a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de celebración del pacto respectivo.

Una vez finalizado el plazo establecido en el pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo se reestablecerán, de pleno derecho, las condiciones contractuales originalmente convenidas, teniéndose por no escrita cualquier disposición en contrario.

Ahora bien, para acceder al beneficio es el empleador o empleadora quien deberá realizar el trámite en línea en el aplicativo que se habilite en el sitio web de la Dirección del Trabajo (DT), para suscribir el pacto con el trabajador u organización respectiva. Posteriormente es el trabajador, trabajadora o la organización sindical respectiva, quienes deberán aceptar el pacto digitalmente en el mismo sitio web de la DT. Suscrito el acuerdo, se generará el "anexo de contrato de trabajo".

Durante la vigencia de los pactos de reducción temporal de jornada de trabajo, los empleadores que hubieren pactado dicha reducción con uno o más trabajadores no podrán contratar nuevos trabajadores que realicen iguales o similares funciones desarrolladas por aquellos que hubieren suscrito dichos pactos.

Las partes podrán denunciar ante la Inspección del Trabajo los incumplimientos que se deriven de los pactos establecidos en la presente ley, sin perjuicio de la facultad de éstas para recurrir a los Tribunales de Justicia competentes.

Por su parte, no pueden acogerse a esta ley las empresas que según la Resolución Exenta N° 88, del Ministerio de Hacienda, del 06.04.2020 están excluidas de los efectos del acto o declaración de autoridad y las empresas que habiendo contratado o celebrado convenios con el Estado, que se financien íntegramente con cargo a la ley de presupuestos o de subvenciones del sector público, reciban de los servicios o instituciones los pagos correspondientes.

En cuanto al periodo de vigencia de la ley 21.227, esta rige desde su publicación en el Diario Oficial, esto es, desde el 06/04/2020 y su vigencia ha ido extendiéndose. De este modo, dependiendo del tipo de suspensión o pacto, tienen plazos de vigencia distintos, según se indica a continuación:

- Los pactos de suspensión temporal del contrato de trabajo pueden tener vigencia hasta el 06 de septiembre de 2021.
- Los pactos de reducción temporal de jornada, pueden suscribirse hasta el 31 de diciembre de 2021.

CAPÍTULO XI.
Situación de los profesionales a honorarios.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

El contrato a honorarios es otra de las formas por las cuales se rige la contratación en el sector público y privado de salud. En dichos vínculos, la legislación directamente aplicable son las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales que regula el párrafo noveno, Título XXVI, del Libro IV, del Código Civil.

Las ventajas de esta forma de contratación, residen en que los aspectos de la misma, se rigen por la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, lo que acuerden. Ello, por ejemplo, implica que el profesional puede prestar sus servicios de la forma que determine, en el lugar que estime pertinente o en los horarios y días que disponga, sin necesitar autorización para ausentarse, por ejemplo, para ir a congresos. También el sistema de tributación varía.

Sin perjuicio de ello, el trabajo a honorarios también tiene una serie de desventajas, como la inestabilidad del mismo, ya que puede terminar por la voluntad de una de las partes, es el propio médico el que debe procurar pagar sus cotizaciones de salud y previsión, no tiene derecho a vacaciones pagadas, etc.

1. Caracterización del contrato a honorarios

El contrato a honorarios es un contrato que obliga al profesional a prestar un servicio óptimo, según los conocimientos de su propia ciencia; y al destinatario de dicho servicio a pagar el precio pactado.

Es un contrato donde cada parte asume sus riesgos, a diferencia del contrato de trabajo, en que los riesgos son exclusivos del empleador. Así las cosas, si un día van pocos pacientes a una consulta, el médico con contrato de trabajo percibe de todas formas su remuneración, en cambio, el contratado a honorarios percibe solo la cantidad pactada de dinero.

En esta contratación, las partes se ven como iguales, viéndose como pares el profesional y la persona natural o jurídica que contrata sus servicios profesionales. Ello es radicalmente opuesto en el contrato de trabajo, donde el trabajador se ve como la parte débil de la relación, ante el poder (económico, jurídico y disciplinario) del empleador, lo que motiva el otorgamiento de un alto grado de protección.

Otra característica del contrato a honorarios se da por el plazo de prescripción para cobrarlos. De acuerdo al artículo 2521 del Código Civil, los honorarios, entre ellos, los de médicos cirujanos, prescriben en dos años, y para su cobro, es necesario iniciar una acción ante el respectivo juzgado de letras en lo civil.

2. Opciones del profesional que se desempeña a honorarios.

De lo expresado se desprende que el elemento esencialmente diferenciador entre un contrato de trabajo y un contrato a honorarios lo constituye el vínculo de subordinación o dependencia. En atención a dicho vínculo, es que, en los casos en que se busca disfrazar una relación laboral con la forma de un contrato a honorarios, los Tribunales Laborales han considerado como sujetos de derechos laborales, no

solo a aquellos trabajadores que poseen un contrato de trabajo, sino que también, a aquellos trabajadores que cumplen con todos los elementos esenciales de una relación laboral y que no son reconocidos como tales por sus empleadores.

Es por ello, que una de las opciones que se debe evaluar con un abogado, consiste en la posibilidad de demandar la declaración de existencia de relación laboral.

3. Caso de los Servidores que Prestan Servicios A Honoarios En Los Órganos de la Administración del Estado.

De acuerdo a nuestra normativa laboral y jurisprudencia reiterada, la existencia de la relación laboral, esto es, la prestación de servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia se materializa a través de manifestaciones específicas y concretas que denotan claramente la naturaleza de este especial vínculo, tales como la prestación de los servicios en un lugar determinado, el cumplimiento de un horario de trabajo, obligación de registrar asistencia, jornada de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de funciones, la obligación de ceñirse a instrucciones por parte de un encargado superior jerárquico, el pago de una remuneración por esos servicios en forma periódica, entre otros, elementos que aun cuando no se concreten en un contrato de trabajo escrito hacen presumir la existencia de este vínculo consensual en los términos ya anotados, esto es la concurrencia de los indicios de laboralidad.

Existe un error al sostener que los órganos del Estado no están facultados para contratar conforme al Código del Trabajo y que, en su caso, no pueda calificarse la relación subyacente como laboral, haciendo primar normas estatutarias, la legalidad del actuar del órgano, cuando de lo que se trata es de amparar al trabajador que ha sido objeto de esta desigualdad y precariedad en el empleo.

La correcta interpretación de las normas estatutarias, lleva a que debe ser la judicatura laboral la que debe determinar si la relación existente entre las partes es de naturaleza laboral o civil de otro tipo, según sea el caso.

Los órganos de la Administración del Estado se apartan de sus facultades legales actuando fuera de su competencia y en una forma que la ley no prescribe infringiendo flagrantemente lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República, proceden a celebrar estos contratos de honorarios permanentes y para toda actividad estable dentro de la entidad pública. En efecto, ha abusado de la facultad que le concede el Art. 11 de la Ley 18.834 o 4 de la ley 18.883, invocando indebidamente dicha norma para eludir la aplicación del Código del Trabajo generándose un vínculo inestable, defraudando de éste modo la política del Estado de la estabilidad del empleo y proteger a los trabajadores en su dignidad y empleo.

Recordemos que la Administración del Estado puede contratar invocando el Art. 11 de la Ley 18.834 o 4 de la ley 18.883, sí y solo sí, cumple con los requisitos taxativamente señalados en ella. Si cumple, cualquier reclamo en ese sentido deberá desecharse, de lo contrario habrá que determinarse el verdadero estatuto jurídico que rige a

CAPÍTULO XI.
Situación de los profesionales a honorarios.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

las partes, siendo la regla general que regula el vínculo entre las partes vinculadas bajo subordinación y dependencia el Código del Trabajo (Art. 8 CT). Recordemos que el Art. 11° de la Ley 18.834 o 4 de la ley 18.883dice: Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución.

Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales. 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.

En ese contexto, el establecimiento público puede contratar a honorarios siempre que cumpla los siguientes requisitos:

a. Se contrate a un profesional o técnico de educación superior o expertos en determinadas materias.-

b. Cuando deban realizarse labores accidentales.-

c. Que dichas labores no sean habituales.-

d. Que deba contratarse a una persona para cometidos específicos.-

Considerando el punto anterior, debemos concluir un hecho palmario: LA RELACIÓN EXISTENTE NO SE SUBSUME EN EL ART. 11 DE LA LEY 18.834, por lo que las partes no se rigen por dicho contrato.

Ahora el problema que nos convoca es determinar en LA REALIDAD, la naturaleza del vínculo y el estatuto jurídico que rige a las partes. De esa forma, se hace un análisis fáctico de las circunstancias y características que rodearon la respectiva relación.

Conviene traer a colación, reiterada jurisprudencia sobre la materia:

El primer fallo, proveniente de nuestra Excelentísima Corte Suprema ha indicado, en lo pertinente, lo siguiente: *"Que, por último, conforme a lo razonado en los considerandos anteriores se yergue como conclusión indiscutible la existencia de una relación de naturaleza laboral entre las partes, por lo tanto, regida por el Código del ramo y descrita en su artículo 8°. No de otro modo pueden calificarse la subordinación y dependencia, la rendición de cuentas de la gestión, la percepción de un estipendio mensual, circunstancias demostradas plenamente en estos autos y que echan por tierra las defensas de la demandada en cuanto a que se trató de una vinculación celebrada al amparo del inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 18.883, norma que lo permite para cometidos específicos, expresiones que, además, de enfocarse hacia la especificidad necesaria en la tarea de que se trata -lo que en*

el caso no existió-, suponen una transitoriedad o temporalidad lejanas al caso que se ventila en estos antecedentes en que se mantuvo ininterrumpidamente por más de 4 años, de modo que quien ha sido empleador debe asumir sus responsabilidades como tal. (Excma. Corte Suprema, Rol N° 11584-2015)".

De esta forma, todos los elementos que integran la relación de trabajo se encuentran establecidos en la relación de los servicios descritos por esta parte, los que son propios de una relación de trabajo, especialmente aquellos que dan cuenta del vínculo de subordinación y dependencia, a saber:

a. Cumplimiento de una jornada de Trabajo;

b. Control de asistencia diaria;

c. Prestación de los servicios en dependencias del empleador;

d. Los elementos necesarios para la prestación de los servicios eran suministrados por el demandante (computadores, vehículos, etc.);

e. Otorgamiento de descanso o feriado;

f. Supervigilancia y control funcional de parte las autoridades correspondientes de la Ilustrísima Municipalidad de Concepción. Constituyen ellos prácticamente todos los denominados indicios de la subordinación, la cual, como lo han entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia, constituye el elemento central para evaluar la existencia o no de relación laboral..." (La subordinación en el Derecho Laboral Chileno, José Luis Ugarte Cataldo, Editorial Legal Publishing, 2008).

De forma más reciente, la Corte Suprema, en causa Rol N° 16.346-2016, ha establecido de igual manera: "Que, en síntesis, si se trata de una persona natural no sujeta a régimen propio, sea porque no ingresó a prestar servicios en la forma prevista en su preceptiva singular, o porque tampoco lo hizo en las condiciones allí establecidas, planta, contrata, suplente, que es exactamente lo acontecido en autos, inconcuso resulta que la disyuntiva se orienta hacia el vigor del Código del Trabajo o del Código Civil, desde que el artículo 4° de la Ley N° 18.883, permite contratar a honorarios, en general, bajo las normas establecidas para el arrendamiento de servicios personales reglamentado en el Código Civil; pero que, ausentes, excluyen de su ámbito las vinculaciones pertinentes, y corresponde subsumirlas en la normativa del Código del Trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones -prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración, según ya se dijo-, no sólo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla común en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido

en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado democrático de Derecho.

Agrega el fallo en comento: "Que, entonces, la acertada interpretación del artículo 1 ° del Código del Trabajo, en armonía con el artículo 4° de la Ley N° 18.883, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, en la especie un Municipio, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírselo el estatuto especial que regula a la entidad contratante, se desempeñan en las condiciones previstas por el Código del ramo. Bajo este prisma debe uniformarse la jurisprudencia, en el sentido que corresponde calificar como vinculaciones laborales, sujetas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en este caso, una corporación edilicia, en la medida que dichos lazos se desarrollen fuera del marco legal que establece el artículo 4° de la Ley N° 18.883, que autoriza la contratación, sobre la base de honorarios, ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente."

Añade, "Que tal decisión no implica desconocer la facultad de la Administración para contratar bajo el régimen de honorarios que consulta el artículo 4° de la Ley N° 18.883, o sea, cuando necesite de profesionales o técnicos de la educación superior o expertos en determinadas disciplinas y que deban realizar labores accidentales, no habituales, o se trate de la prestación de servicios para cometidos específicos, por la que no se vislumbran problemas de colisión entre las preceptos del citado Código y del estatuto funcionario aludido, sino sólo explicitar los presupuestos de procedencia normativa que subyacen en cada caso para discernir la regla pertinente, y lo será aquella que se erige en el mencionado artículo 4°, siempre que el contrato a honorarios sea manifestación de un mecanismo de prestación de servicios a través del cual la administración municipal, pueda contar con la asesoría de expertos en asuntos precisos, cuando necesita llevar a cabo labores propias y que presentan el carácter de ocasional, específico, puntual y no habituales.

Indica "Que es justamente la dilucidación de estos tópicos de especificidad y ocasionalidad, que deben ser esclarecidos para después decidir el estatuto aplicable a la situación concreta que se analiza, pero se hace necesario considerar lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.883, según el cual, para el cumplimiento de sus funciones propias, cada municipalidad cuenta con una dotación permanente y otra transitoria, conformada por los funcionarios de planta y a contrata, respectivamente, y, además, aquélla compuesta por quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios, modalidad de prestación de servicios particulares, que no confiere a quien los desarrolla la calidad de funcionario público, y sólo le asisten los derechos nacidos del respectivo contrato, de suerte que, lo trascendente en el negocio sub judice, se reduce a aclarar qué son "labores accidentales y no habituales de

la Municipalidad", siendo aquéllas que, no obstante ser propias de dicho ente, son ocasionales, circunstanciales, accidentales y distintas de las que realiza el personal de planta o a contrata; y por cometidos específicos las tareas puntuales, perfectamente individualizadas o determinadas con claridad en el tiempo y que, sólo por excepción, pueden consistir en funciones propias y habituales del ente consistorial."

Bajo la misma línea de argumentación en causal rol N° 31160-2015 de la Excelentísima Corte Suprema, dispone lo siguiente:

"Que, por otra parte, es importante tener en consideración que el contrato a honorarios se ha erigido como un mecanismo de prestación de servicios a través del cual la Administración del Estado puede contar con la asesoría de expertos en determinadas materias, cuando necesita llevar a cabo labores propias y que muestran el carácter de ocasional, específico, puntual y no habitual.

Que los trabajos que se efectúan conforme a esta última calidad jurídica constituyen una modalidad de prestación de servicios particulares, que no confiere al que los desarrolla la calidad de funcionario público, y los derechos que le asisten son los que establece el respectivo contrato; siendo labores accidentales y no habituales del órgano respectivo aquéllas que, no obstante ser propias de dicho ente, son ocasionales, esto es, circunstanciales, accidentales y distintas de las que realiza el personal de planta o a contrata; y por cometidos específicos, es decir, aquéllas que están claramente determinadas en el tiempo y perfectamente individualizadas, y que, excepcionalmente, pueden consistir en funciones propias y habituales del ente administrativo, pero, bajo ningún concepto, se pueden desarrollar de manera permanente conforme dicha modalidad.

Que, por consiguiente, si una persona se incorpora a la dotación de un órgano de la Administración del Estado bajo la modalidad contemplada en el artículo 11 de la Ley N° 18.834, pero, no obstante ello, en la práctica presta un determinado servicio que no tiene la característica específica y particular que expresa dicha norma, o que tampoco se desarrolla en las condiciones de temporalidad que indica, corresponde aplicar el Código del Trabajo si los servicios se han prestado bajo los supuestos fácticos que importan un concepto, para este caso, de subordinación clásico, esto es, a través de la verificación de indicios materiales que dan cuenta del cumplimiento de las órdenes, condiciones y fines que el empleador establece, y que conducen necesariamente a la conclusión que es de orden laboral. Lo anterior, porque, como se dijo, el Código del Trabajo constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, y, además, porque una conclusión en sentido contrario significaría admitir que, no obstante concurrir todos los elementos de un contrato de trabajo, el trabajador queda al margen del Estatuto Laboral, en una situación de precariedad que no tiene justificación alguna.

Que, entonces, la acertada interpretación del artículo 1 del Código del Trabajo, en armonía con el artículo 11 de la Ley N° 18.834, está dada por la vigencia de

CAPÍTULO XI.
Situación de los profesionales a honorarios.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

dicho Código para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírselo el estatuto especial que regula a la entidad contratante, se desempeñan en las condiciones previstas por el Código del ramo. Bajo este prisma debe uniformarse la jurisprudencia, en el sentido que corresponde calificar como vinculaciones laborales, sujetas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en este caso, en la medida que dichos lazos se desarrollen fuera del marco legal que establece el artículo 11 de la Ley N° 18.884, que autoriza la contratación, sobre la base de honorarios, ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente."

CAPÍTULO XII.
Probidad en la función pública y prevención de conflictos de intereses,
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

El ***principio de probidad*** en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular.

Por su parte, existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias.

La propia ley es la que vehementemente expresa que, todo aquel que desempeñe funciones públicas, cualquiera sea la calidad jurídica en que lo haga, deberá ejercerlas en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, con estricto apego al principio de probidad.

En ese sentido, para el debido cumplimiento del principio de probidad, es que se exige a las autoridades y funcionarios una serie de actuaciones concretas para materializar el ejercicio probo de la función pública, sin que se comprometa o se conculque el bien público.

1. DECLARACIÓN DE PATRIMONIO E INTERESES

1.1. ¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A REALIZARLA?

Se encuentran obligados a realizar una declaración de intereses y patrimonio las siguientes personas:

a) El Presidente de la República, los ministros de Estado, los subsecretarios, los intendentes, los gobernadores, los secretarios regionales ministeriales, los jefes superiores de servicio, los embajadores, los ministros consejeros y los cónsules.

b) Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Consejo Nacional de Televisión.

c) Los integrantes de los Paneles de Expertos o Técnicos creados por las leyes N°19.940, N°20.378 y N°20.410.

d) Los alcaldes, concejales y consejeros regionales.

e) Los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

f) Los defensores locales de la Defensoría Penal Pública.

g) Los directores o las personas a que se refieren los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 37 de la ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, y los directores y gerentes de las empresas públicas creadas por ley y de las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria, aun cuando la ley señale que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a la regulación de otras leyes, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o el Banco del Estado de Chile.

h) Los presidentes y directores de corporaciones y fundaciones que presten servicios o tengan contratos vigentes con la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República, sea que perciban o no una remuneración, y los directores y secretarios ejecutivos de fundaciones, corporaciones o asociaciones reguladas en el decreto con fuerza de ley N°1, del año 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades.

i) Los funcionarios que cumplan funciones directas de fiscalización.

j) *Las demás autoridades y personal de planta y a contrata, que sean directivos, profesionales y técnicos de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el tercer nivel jerárquico de la respectiva planta de la entidad o su equivalente. Para establecer la referida equivalencia deberá estarse al grado remuneratorio asignado a los empleos de que se trate y, en caso de no tener asignado un grado, al monto de las respectivas remuneraciones de carácter permanente.*

Las personas contratadas a honorarios que presten servicios en la Administración del Estado, cuando perciban regularmente una remuneración igual o superior al promedio mensual de la recibida anualmente por un funcionario que se desempeñe en el tercer nivel jerárquico, incluidas las asignaciones que correspondan.

k) Los rectores y miembros de las juntas directivas de las universidades del Estado.

1.2. CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO.

La declaración de intereses deberá hacerse **dentro de los treinta días siguientes a la fecha de asunción del cargo.** Además el declarante deberá actualizarla en el mes de marzo y dentro de los treinta días posteriores a la conclusión de su cargo.

La declaración de intereses y patrimonio y sus actualizaciones, deberá hacerse a través de un formulario electrónico disponible para todos los obligados por la ley en la página web http://dpi.minsegpres.gob.cl/, plataforma a la cual se podrá acceder ingresando con su run y clave única.

De esa forma, debe contener:

a. El nombre completo del declarante y de su cónyuge o conviviente civil;

b. La fecha y lugar en que se presenta;

c. Las actividades profesionales, laborales, económicas, gremiales o de beneficencia, sean o no remuneradas, que realice o en que participe el declarante;

d. Bienes inmuebles situados en el país o en el extranjero;

e. Derechos de aprovechamiento de aguas y concesiones de que sea titular el declarante;

f. Bienes muebles registrables, tales como vehículos motorizados;

g. Toda clase de derechos o acciones, de cualquier naturaleza, que tenga el declarante en comunidades, sociedades o empresas constituidas en Chile;

h. Valores, distintos de aquellos señalados en la letra anterior, sea que se transen o no en bolsa, tanto en Chile como en el extranjero;

i. Contratos de mandato especial de administración de cartera de valores;

j. La enunciación del pasivo, siempre que en su conjunto ascienda a un monto superior a cien unidades tributarias mensuales.

OJO: Además, la declaración de intereses y patrimonio deberá **comprender los bienes del cónyuge siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y los del conviviente civil del declarante, siempre que hayan pactado régimen de comunidad de bienes.** La declaración de intereses y patrimonio también comprenderá los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad del declarante y los de las personas que éste tenga bajo tutela o curatela.

1.3. DATOS CONSIDERADOS PERSONALES PARA EFECTOS DE DECLARACIÓN DE INTERESES Y PATRIMONIO.

Los datos declarados por las personas obligadas por la ley vigente a realizar una declaración de intereses y patrimonio, son públicos, por regla general, por existir una ley que habilita a su tratamiento. Por su parte, no son públicos aquellos datos considerados personales según la Ley Nć19.628, sobre Protección a la Vida Privada.

En esos términos, son considerados personales para los efectos de la declaración de patrimonio e intereses, los siguientes:

1. RUT.
2. Estado civil
3. Domicilio
4. Datos sobre participación política o entidades religiosas
5. Ubicación de los inmuebles
6. Datos del registro conservatorio de los inmuebles.
7. Placa patente
8. Número de motor vehículo
9. Número de chasis vehículo
10. Fecha de inscripción vehículo

1.4. DECLARACIÓN POR INTERNET

a) Ingresar a la página http://dpi.minsegpres.gob.cl/ y presionar en el botón de declaración de patrimonio e intereses:

b) Luego, en la página que se abra, presione "Declare aquí":

c) Aparecerá la solicitud de su rut y su clave única otorgada por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Introduzca los datos y presione "Acceder":

Una vez ingresados todos los datos, se desplegará una pantalla en la que deberá entregar la información relativa a sus bienes muebles, inmuebles, tales como, automóviles, terrenos, casas, departamentos, por lo que se recomienda tener los títulos de compraventas de esos bienes, escrituras, inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces, padrón de automóviles, si tiene sociedades, las escrituras de constitución social, inscripción y publicación del extracto social, contabilidad de sus sociedades, de usted como persona natural, tener claridad si participa en una comunidad, etcétera.

1.5. SANCIÓN EN CASO DE NO CUMPLIR DENTRO DE PLAZO O DE MANERA COMPLETA Y EXACTA LA DECLARACIÓN DE PATRIMONIO

Si la persona obligada a efectuar o actualizar la declaración no la realiza dentro del plazo dispuesto para ello o la efectúa de manera incompleta o inexacta, la Contraloría General de la República, de oficio o a petición fundada de cualquier interesado, deberá apercibir al infractor para que la realice o rectifique dentro del plazo de diez días hábiles, notificándolo por carta certificada.

Si tras el apercibimiento se mantuviera el incumplimiento, la Contraloría General formulará cargos y el obligado tendrá el plazo de diez días hábiles para contestarlos, luego de lo cual podrá abrirse un periodo probatorio de ocho días hábiles.

Luego, la Contraloría, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que se evacuó la última diligencia, mediante resolución fundada, propondrá (no sanciona directamente) al jefe de servicio, o a quien haga sus veces, la aplicación de una multa a beneficio fiscal de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, la que se reiterará por cada mes adicional de retardo desde la notificación de la sanción.

Si el incumplimiento se mantuviera por un período superior a los cuatro meses siguientes a la notificación de la sanción, se considerará falta grave a la probidad y **dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor, de acuerdo al estatuto respectivo**.

Luego, su inciso cuarto consigna que el **cese de funciones del sujeto obligado no extingue la responsabilidad a que haya lugar por infracción a las obligaciones relativas a la DIP, la que podrá hacerse efectiva dentro de los cuatro años siguientes al incumplimiento.**

Así, se advierte que el legislador previó un régimen sancionatorio disciplinario específico para un grupo de infracciones determinadas, esto es, la no presentación o presentación tardía de las declaraciones de intereses y patrimonio o la falta de integridad o veracidad de los datos incorporados en esas declaraciones.

De esta manera, no resulta procedente aplicar al infractor otro tipo de medidas diversas a la multa fijada en unidades tributarias mensuales, como serían las comprendidas en el régimen disciplinario general que rige al obligado.

CAPÍTULO XIII.
La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

1. Las Obligaciones Funcionarias

¿Quiénes Pueden Ser Sujetos De La Responsabilidad Administrativa?

La Contraloría General de la República ha establecido, siguiendo lo dispuesto en el artículo 119 del Estatuto Administrativo General, que el empleado que ha infringido sus obligaciones o deberes funcionarios incurre en responsabilidad administrativa, la cual, acreditada a través de un procedimiento legal (sumario administrativo o investigación sumaria), hace acreedor al infractor a una sanción disciplinaria.[9]

En suma, es responsable administrativamente quien incurra en alguna acción u omisión, negligente o maliciosa que importe estrictamente la inobservancia de una obligación o deber, de aquellos tipificados por la ley respectiva dictada conforme a la Constitución y que, lleve aparejada una sanción o gravamen también definido legalmente. O más aún, simplemente quien infringe sus obligaciones o deberes funcionarios, habiendo sido investido para desempeñar un cargo público.

Pero ¿quién es el empleado al que se refieren los artículos 119 del Estatuto General y 118 del Estatuto Municipal?

De acuerdo con lo señalado por la Contraloría General de la República, empleado es quien ocupa un cargo o empleo público, de planta o a contrata. Funcionario, quien desarrolla una actividad pública, investido para ello por acto de autoridad competente.[10]

Interesante resulta observar esta distinción entre "empleado" y "funcionario", por cuanto, al entender del órgano de control, no resultan ser lo mismo. Ello, por cuanto, de acuerdo a las definiciones de los Estatutos que venimos observando, un cargo público, en primer lugar, es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones públicas, a través del cual, se realiza una función administrativa. Luego, preciso es considerar que un cargo de planta es aquel que tiene el carácter de permanente dentro de la dotación de un determinado servicio y el empleo a contrata, aquél de carácter transitorio que se consulta en dicha dotación. Por su parte, el concepto de funcionario resulta mucho más amplio que eso, por cuanto, implica el desarrollo de cualquier actividad pública, que corresponde al gran cometido del Estado.

En este sentido, la Contraloría ha señalado que, las personas naturales que desempeñan una función pública, son funcionarios y, en tal carácter, les son aplicables las disposiciones del respectivo Estatuto Administrativo en lo que sean conciliables con la actividad que ejercen y de la investidura de que se hallen revestidos.

Entre esas normas, se consideran de ineludible aplicación las concernientes a la

9 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 4.325, de 1990.

10 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 62.218, de 1977.

responsabilidad administrativa, ya que de otra manera se llegaría al contrasentido de admitir, por un lado, el pleno ejercicio de los derechos que confiere la función y, por el otro, consagrar la irresponsabilidad personal en caso de uso abusivo o arbitrario de las facultades que poseen.[11]

Ello resulta del todo interesante, porque existe una serie de profesionales que se desempeñan dentro de un establecimiento público, a honorarios, bajo el Código del Trabajo u otras regulaciones que no son el Estatuto Administrativo mismo, especialmente, por ejemplo, los funcionarios municipales contratados por una Corporación Municipal. Allí, será importante dilucidar si pueden o no ser sujetos de Sumario Administrativo o de Investigación sumaria.

Lo anterior, es sumamente discutible y materia de interpretación, por cuanto, la Contraloría General ha optado por la interpretación amplia. Sin embargo, si vamos al tenor estricto del artículo 118 del Estatuto Municipal y 119 del General, leemos "el empleado" y se entiende por tal, el que ejerce un cargo que se contempla en las plantas o como empleo a contrata, en las instituciones regidas por los respectivos Estatutos, a través de la cual se realiza una función administrativa.

En tal sentido, tratándose la responsabilidad legal un asunto de derecho estricto, debería interpretarse restrictivamente su aplicación, por cuanto, una hipótesis legal de esta índole no puede extenderse a situaciones no contempladas por el Legislador. Sin embargo, para dilucidar muy bien esta situación, se hace necesario situarse en el primer artículo de los Estatutos que nos ocupan.

Así las cosas, el Estatuto Administrativo General establece que "[l]as relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias y de los Servicios Públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el artículo 21 de la ley 18.575". De inmediato, señalaremos que las excepciones a que se refiere la disposición recientemente transcrita, son las Subsecretarías de cada ministerio.

Ahora bien, en cuanto al Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, se establece que "[e]l Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales se aplicará al personal nombrado en un cargo de las plantas de las municipalidades (…)". Luego, se agrega que "(…) [l]os funcionarios a contrata estarán sujetos a esta ley en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de estos cargos" y se entiende por cargos de plantas municipales, "(…) aquéllos que conforman la organización estable de la municipalidad y sólo podrán corresponder a las funciones que se cumplen en virtud de la ley 18.695"; y por cargos a contrata, aquellos de carácter transitorio.

11 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 62.218, de 1977

En tal sentido, puede entenderse entonces que solamente están sujetos al régimen de responsabilidad administrativa los funcionarios de planta o a contrata y nadie más. Veamos las situaciones de contratos de honorarios y contratos de trabajo:

a.- Caso de los Profesionales contratados a base de Honorarios.

Se ha discutido si las normas sobre responsabilidad les son aplicables. En primer término, huelga señalar que el artículo 4° del Estatuto Municipal señala expresamente 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 artículo 11° del Estatuto Administrativo General, tiene una regla de similar tenor. Entonces, ello, nos lleva a pensar que como no se les aplican las normas del Estatuto, tampoco el régimen sancionatorio establecido en el mismo ni los derechos y deberes u obligaciones que se han fijado para los demás empleados públicos.

Sobre el particular, la Contraloría General ha establecido que las tareas cumplidas a honorarios, constituyen una modalidad de prestación de servicios particulares de la administración, que no confiere a quien los efectúa, la calidad de funcionario público, o sea en el desempeño de esas funciones, a los contratados no les son aplicables las normas estatutarias que rigen la labor de esos funcionarios.[12] Atendido lo anterior, solamente serán aplicables a estas convenciones, las normas contenidas en el respectivo contrato, así como la normativa del Título XXIX, Libro IV del Código Civil, relativas al mandato.

De acuerdo a lo anterior, ha establecido la Contraloría, en su jurisprudencia administrativa que, "en la medida que los contratados a honorarios no son funcionarios públicos, la responsabilidad por los actos cometidos en su desempeño sólo puede perseguirse ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de la rendición de cuentas a que pudieren encontrarse afectos, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la ley 10.336.[13] Además, de todas formas están sujetos a las normas que consagran los principios de probidad administrativa, dado su carácter de servidores estatales, de manera que les es aplicable el Título III, De La Probidad administrativa, de la Ley 18.575.[14]

12 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.862, de 1990; 6.187, de 1996; y 7.266, de 2005.

13 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 12.717, de 1991; 50.013 de 2000 y 7.266 de 2005.

14 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 7.266 de 2005.

También la Dirección del Trabajo ha establecido que, no puede iniciarse sumario administrativo en contra de un trabajador contratado a honorarios en el sistema de salud primaria municipal, porque en esa condición no tiene la calidad de funcionario que se requiere para que se pueda establecer la responsabilidad administrativa.[15]

Ahora bien, sí se les aplica lo de la probidad administrativa y, en ese caso, nos queda preguntarnos cuál es el procedimiento aplicable para perseguir la responsabilidad en ese aspecto, habida consideración de que no les son aplicables las normas del Estatuto respectivo. En tal sentido, debe aplicarse lo previsto en el párrafo 4° del Título III de la ley 18.575, sobre responsabilidad y sanciones. De todas formas, veremos este procedimiento más adelante.

b.- Médicos Cirujanos que se encuentran realizando un Programa de Especialización y que tiene la calidad de becarios.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 507, de 1990, que establece el Reglamento de Becarios de la ley N° 15.076, en el Sistema Nacional de Servicios de Salud, se establece que el becario es el profesional que goza de una beca de especialización o perfeccionamiento, en cumplimiento del programa respectivo, en algún establecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Saludo de las Universidades.

Por su parte, se indica en la misma disposición que la beca no constituye cargo o empleo, por lo cual, no son aplicables a los becarios las disposiciones de la ley N° 18.834 de 1989, las contenidas en la ley N° 15.076, salvo en su artículo 43, y las que expresamente se señalan en este reglamento.

Como consecuencia de ello, estos profesionales sólo se regirán por las normas de su propio Estatuto de Becarios.

En tal sentido, replicamos en este punto, lo señalado en el acápite anterior.

c.- Aquéllos empleados sujetos a las disposiciones del Código del Trabajo.

En este punto, nos remitimos al capítulo respectivo de este Manual referido a esta clase de trabajadores. Lo que nos importa en este capítulo, es el hecho de que se ha determinado por la jurisprudencia administrativa, que los empleados que prestan sus servicios en algún órgano de la Administración del Estado, bajo esta modalidad, son considerados como funcionarios públicos, razón por la cual, son sujetos de responsabilidad administrativa.

En tal sentido, lo que varía respecto de éstos, son las sanciones que pueden serles aplicadas, a saber, terminación de sus contratos de trabajo, por alguna de

15 Ordinario N° 858/47 de la Dirección del Trabajo, de 2004.

las causales establecidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, que deberán establecerse mediante una breve investigación y, respecto de aquellas sanciones que no revisten gravedad, sólo podrá sancionárseles con alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el numeral 10 del artículo 154 del Código del Trabajo, esto es, amonestación verbal o escrita y multa de hasta 25 por ciento de la remuneración diaria, en la medida que estén contempladas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad del respectivo Servicio. De esa manera, si la institución respectiva no cuenta con el Reglamento Interno, no podrá aplicarse otra medida sancionatoria que no sea el término del contrato de trabajo o sobreseer.

d.- Caso del Agente Público.

La ley de Presupuestos contempla en glosa una modalidad de contratación de honorarios con características propias (independiente de las normas sobre contratación a honorarios que se contempla en el Estatuto Administrativo), que permite contratar, sobre dicha base, a personas con el carácter de agentes públicos. Estas personas, deben ser consideradas—ha señalado la Contraloría General de la República—como funcionarios públicos, fundamentalmente, para efectos de la responsabilidad administrativa, quienes, a lo referente a sus derechos y obligaciones, se encuentran sometidos, además, al contrato que han suscrito con la administración.

2. Las Principales Obligaciones O Deberes Funcionarios

Como hemos venido analizando, necesariamente para que pueda tener lugar la responsabilidad administrativa, deben haberse quebrantado los deberes funcionarios.

Ahora bien, el Legislador trata sobre el concepto de “obligaciones” o “deberes”. A este respecto, uno de los aspectos que diferencian ambos conceptos es la contraprestación recibida al momento de proceder a su observancia de manera tal que, un deber, no conlleva necesariamente una contraprestación de la otra parte (en este caso el Estado), de manera que, creemos que es más adecuado utilizar el vocablo deber. Así las cosas y hecha esta pequeña precisión, para lograr comprender qué es lo que se debe ver conculcado por el funcionario para que tenga lugar la responsabilidad administrativa, será necesario establecer de qué deberes estamos hablando.

Así las cosas, nos centraremos en el estudio, primero de los deberes contenidos en los Estatutos Administrativos respectivos. Hacemos presente que, cuando los médicos cirujanos son contratados en un cargo público, no firman contrato alguno y, por lo tanto, el Estatuto puede asimilarse a verdaderas cláusulas que deben ser respetadas.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

3. Deberes Funcionarias Del Estatuto Administrativo General Y Municipal.

Establece el artículo 61 del Estatuto Administrativo General y 58 del Municipal que los funcionarios:

a) Deberán desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación.

a.1.Desempeño Personal.

Este deber funcionario implica, en simples términos que las funciones que realiza el profesional funcionario, sobre todo si se trata de un médico, es intuito personae, lo cual, quiere decir es que la persona misma que ejecuta el trabajo es esencial, atendidas sus cualidades, su conocimiento, idoneidad, de manera tal que, no puede encargar que sus labores propias sean entregadas a un tercero.
En materia del ejercicio médico, bien sabemos que en la red de salud de un determinado establecimiento hospitalario, consultorio, etcétera, está integrada por distintos actores que contribuyen con el fin de restablecimiento de la salud de las personas, tales como técnicos paramédicos, enfermeras, técnicos en enfermería, médicos cirujanos, arsenaleros, etcétera, quienes si bien tienen un objetivo final, que es la mejor atención y aplicación de sus respectivas lex artis en el cuidado, rehabilitación, diagnóstico de un paciente, cada uno tiene asignadas funciones que no pueden ser ejecutadas por otro, como por ejemplo, el diagnóstico del paciente debe ser realizado por el médico respectivo y no puede delegar estas funciones en el o la técnico en enfermería, por ejemplo, dado que, esta última no tiene definido dentro de sus actividades realizar diagnósticos. Por eso la exigencia de la ley de que el respectivo profesional funcionario ejerza directamente las labores del cargo para el que fue nombrado.

Sin embargo, por otro lado, existen casos en que puede admitirse la delegación de funciones. Esta debe ser parcial, sobre materias específicas, la delegación debe realizarse mediante un acto administrativo escrito, publicado o notificado, debe hacerse en el personal de la dependencia del delegante.

Ahora bien, el trabajo médico, como ya adelantamos, es una delicadeza extrema, por el fin que persigue, de manera tal, que debe serse sumamente responsable al momento de proceder a la respectiva delegación, ello, porque la responsabilidad de las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado. Ahora bien, cuando se delega una función, quedo en cierto modo impedido de realizarla, mientras no revoque esa delegación.

Debemos, por su parte, hacer la siguiente prevención: puede concebirse la delegación respecto de funciones que efectivamente puedan ser ejecutadas sin problemas por otra persona, por ejemplo, algo propio de la jefatura, como firmar documentos, asistir a alguna audiencia pública, etcétera.

Sin embargo, ¿podemos pensar que existe una plena libertad de delegar funciones que ejecuta un médico cirujano? Si bien, la ley no hace distinción alguna y, en donde la norma no hace distinción, en materia administrativa, no cabe hacerla por interpretación, no nos parece prudente que el médico delegue sus funciones profesionales propiamente tales, en un tercero, habida consideración a la responsabilidad que conlleva su ejercicio.

La atención de pacientes, diagnósticos, exámenes, intervenciones quirúrgicas, son de tal índole, que no debe admitir la indistinta ejecución por cualquier persona ajena a ese cargo. Pero, como lo indicamos la ley no lo prohíbe en ese sentido, sino que nuestro consejo es para evitar la concurrencia de otra clase de responsabilidades que pudieran emanar de este acto.

Ahora bien, el profesional funcionario, no tendrá la facultad de delegar a su arbitrio el ejercicio de sus facultades, sino que, ello debe hacerse por la autoridad competente del establecimiento, por cuanto, la Jefatura superior de estos servicios son las que por ley tienen la posibilidad de organizar internamente el Hospital, consultorio y otro similar. De esa manera, si hay un médico internista, por ejemplo, funcionario de la dotación, no puede por su propia mano, determinar que delegará sus funciones en un tercero, debe hacerlo quien esté investido para ello. Así las cosas, si la autorización o el acto de delegación fundada no se encuentra escrito, notificado o publicado y, el funcionario de todas formas encarga sus actividades a otro, incurrirá en responsabilidad administrativa.

a.2. Desempeño de manera Regular y Continua.

Existe una relación estrecha de este deber con el principio de continuidad del servicio público, por cuanto, el desempeño de las funciones debe ser "permanente". Así las cosas, el artículo 3° de la ley 18.575, establece que se deben atender las necesidades públicas de manera continua y permanente, es decir, sin interrupciones injustificadas o ilegales, ello, porque la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y debe promover el bien común y, más aun tratándose del caso de garantizar las acciones de salud y el restablecimiento de la misma.

Por su parte, que sea regular, quiere decir, en primer término, que se realice de manera constante. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por "regular", "Ajustado y conforme a regla. // Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. // Ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir."[16] De ello se desprende que el actuar personal del funcionario, debe ejecutarse conforme a la Constitución y a las Leyes, pero también de manera constante en tiempo y forma. Pero también ajustándose a los Estatutos o Instrucciones propios del establecimiento en el que se desempeña y a la instrucción jerarquizada.

16 Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (2001), p. 1.326.

a.3) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mayor prestación de los servicios que a ésta correspondan.

Cada establecimiento de Salud pública, deberán tener definidos sus lineamientos o campo de actuación, conforme a la Constitución y las Leyes dictadas conforme a ella. Entra aquí un juego de discusión entre los fines que persigue la Administración del Estado y los medios empleados por sus distintos integrantes para obtener los respectivos objetivos. En ese orden de cosas, los Estatutos en comento no definen ni dan pautas concretas sobre cómo debe ser el desarrollo de las funciones de los funcionarios, sino que de manera amplia señala que sólo debe existir una orientación hacia un determinado resultado.

De esa manera, el espectro que nos dejan los artículos 61 letra b) y 58 letra b) del Estatuto General y el Municipal, respectivamente, es bastante amplio, permitiéndose prácticamente que, cualquier actividad que parezca fuera de toda norma de la institución de salud que corresponda, será sancionada administrativamente. Ello, particularmente ha generado una serie de problemas pragmáticos a la hora de establecer la existencia de responsabilidad, por cuanto, muchas veces queda a la discreción—si es que no arbitrio—de quien deba juzgar una infracción a este deber. Por ello, es de suma importancia, al momento de ingresar a prestar servicios dentro de algún establecimiento de Salud Pública, conocer, primeramente, los Reglamentos, Protocolos, Instrucciones establecidas de antemano que definan el actuar de los funcionarios de la respectiva institución.

Sí como lineamientos generales, podemos desprender del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que son las grandes finalidades de todos estos establecimientos ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda ejecutar tales acciones.[17]

Ahora bien, lo que busca la norma es que, en el cumplimiento de sus funciones, el respectivo funcionario, ponga todos los medios necesarios para lograr el cometido del órgano administrativo en que se desempeña. Tratándose del ejercicio médico, el profesional deberá ejecutar todas las acciones conforme a la lex artis para lograr particularmente la recuperación y rehabilitación de la persona enferma, usuaria del sistema público. En tal sentido, importante es señalar con especial atención que, en el cumplimiento de este deber deben observarse estrictamente los principios de eficiencia y eficacia, consagrados en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

17 Artículo 1° del Decreto Con Fuerza de Ley N° 1, de 2005.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

Según la Real Academia Española, eficiencia es la "virtud y la facultad para lograr un efecto determinado" y eficacia es la "virtud, actividad, fuerza y poder para obrar"[18].

Enseña la profesora Gardais Ordanza que, en el ámbito administrativo, eficacia corresponde al "logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la Administración" y su control se relaciona con las propias metas definidas por ésta, ya que quien realiza el control no puede definirlas. El control de la eficacia corresponde "al uso óptimo de los recursos", que son siempre escasos y su empleo en el tiempo debe estar condicionado a su resultado, lo que incide en el éxito de la gestión. Los recursos humanos, lo son en la medida del esfuerzo de las personas, el recurso tecnológico lo es en la oportunidad de su empleo y el recurso financiero en sus aplicaciones más eficientes que trasuntan la buena administración de fondos.[19] Agrega la mencionada académica, citando un trabajo de la Contraloría General de la República que, el concepto de eficiencia exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos, esto es, la economicidad. El control de la eficiencia es propio de los recursos "que importa el control de los objetivos políticos verificando, a través de la auditoría operativa, aquellos dados por la autoridad, los cuales no pueden ser cuestionados por quien efectúa el control operativo.[20]

De esa manera, en términos simples, la eficiencia "se refiere a lograr los mismos resultados con menos recursos o mejores resultados manteniendo iguales medios".[21] Eficacia, en tanto, "es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera".[22]

---

18 Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (2001).

19 GARDAIS ORDANZA, Gabriela, (2002), "El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340.

20 La Contraloría General y el control de eficiencia, Documento de Trabajo de la CGR en el Seminario: ¿Qué Contraloría General de la República necesita el Chile de Hoy y del Futuro?, en Revista Chilena de Administración Pública, Estado, Gobierno y Administración, N° 9 (marzo de 1996, Colegio de Administradores Públicos de Chile, Publicaciones 3M Ltda., Santiago de Chile), p. 74, obtenido de GARDAIS ORDANZA, Gabriela, (2002), "El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIII (Valparaíso, Chile), pp. 323-340

21 Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile, pág. 50.

22 Idem.

a.4) Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos los objetivos de la institución.

Este deber, es un tanto curioso, puesto que, se refiere a principios y a comportamientos básicos de la convivencia humana. Es obvio, que las labores deben realizarse con esmero, a saber, con ahínco, máxima dedicación, celo, prolijidad, en atención al interés general por el que se está velando y, teniendo en especial consideración el servicio a la persona humana y el respeto a las garantías constitucionales en todo orden de cosas. Es obvio que debe ejecutarse las labores con respeto, de acuerdo a las reglas de convivencia social, con las palabras adecuadas, actuar profesional. Sin embargo, aunque ello resulte obvio, por supuesto, muchas veces no se cumple por variados factores y, en definitiva, este deber se ve como una reacción del Legislador frente a los añosos abusos cometidos por la Administración Pública, estableciéndose este deber mínimo de buen trato y actuar, como una garantía frente a los usuarios de los servicios públicos y también en la relación entre los distintos integrantes de la administración del Estado.

Así las cosas, suele ocurrir que algunos profesionales funcionarios tienen reclamos de pacientes por mal trato, por no explicar bien un diagnóstico, por no otorgar injustificadamente un certificado médico, por violentar psicológicamente a algún otro funcionario, por abandonar anticipadamente su lugar de trabajo, por interrumpir la jornada injustificadamente, todas estas situaciones, si son comprobadas, puede dar lugar a la responsabilidad administrativa.

Este deber, obedece al principio de Servicialidad del Estado, en virtud del cual, se exige que la Administración Pública tenga especial preocupación por brindar a todas las personas una atención adecuada y bienes públicos de buena calidad.[23]

Este deber funcionario, debe estar relacionado con la prohibición contenida en los respectivos Estatutos Administrativos de no someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes, también con el no ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales y, la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio de la dignidad de los demás funcionarios, tales como, acoso sexual, discriminación arbitraria y realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.

23 Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, del Gobierno de Chile, pág. 51.

a.5) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico.

Cuando se ingresa a la Administración del Estado, se debe asumir que no se puede defraudar a la misma, trabajando menos tiempo por el que se ha obligado ni tampoco se puede pretender desobedecer las órdenes de la autoridad, pues, existe este deber estricto, según se verá.

Así las cosas, como es lógico, el primer llamamiento que hace la ley es a cumplir la jornada de trabajo propia y fija del cargo público contratado. Tratándose de médicos cirujanos, existen, en especial, dos grandes regímenes que regulan estos aspectos, a saber, las leyes N° 19.664 y N° 15.076, rigiendo la primera los cargos de 11, 22, 33 y 44 horas semanales y la segunda, esencialmente los cargos de 28 horas semanales o, denominados Turnos nocturnos y en días sábados y festivos. Por lo tanto, si el profesional se encuentra contratado por 44 horas semanales, debe efectivamente, ejecutar esas 44 horas semanales, según la distribución legal o la que determine con el Superior Jerárquico.

Respecto a las horas extraordinarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 19.664, los Directores de los Servicios de Salud, podrán ordenar, respecto de los profesionales funcionarios, la ejecución de trabajos extraordinarios a continuación de la jornada diurna ordinaria y nocturna, y en días sábados, domingos y festivos, cuando haya de realizarse tareas impostergables.

Se entiende por horas extraordinarias a las que exceden la jornada ordinaria de cargos de 44 horas de un profesional, y por trabajo extraordinario nocturno, el que se realiza entre las 21:00 horas de un día y las 08:00 horas del día siguiente que no corresponda al sistema de cargos de 28 horas de los establecimientos hospitalarios. Asimismo, si uno trabaja 28 horas semanal, cualquier actividad que exceda a esa jornada es hora extraordinaria.

Esto se condice con la obligación de dar continuidad del servicio y, siempre y cuando se tenga que velar por el buen funcionamiento del servicio, el superior jerárquico puede, fundadamente ordenar que se trabaje más allá de la jornada pactada. Por su parte, el funcionario no puede oponerse a tal orden; salvo que esta sea ilegal (generalmente tratándose de este punto no lo es) y siempre que no le asista un motivo grave para no cumplir, aunque en este punto, es más atendible el interés general comprometido que el interés personal del funcionario.

Ahora bien, es interesante anotar la exigencia del artículo 72 del Estatuto General. Aquí se explica que “Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones (…)” Agrega la norma que “Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito del jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados (…)”. Por último, se indica que “Los atrasos y ausencias reiterados, sin causa justificada, serán sancionados con destitución, previa investigación sumaria.” De esa manera, el

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

no cumplir con la jornada pactada y ordenada extraordinaria, puede dar lugar a responsabilidad y a la máxima sanción administrativa.

En este punto, interesante resulta observar, a modo de ejemplo, el Dictamen de la Contraloría General N° 38.119, de 2007, que en resumen señala que la implementación de turnos entre el personal de un Servicio de Salud, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la administración del estado, consagrado en el artículo 1 de la Constitución; de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de necesidades colectivas de los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de éstos, contemplados en los artículos 3 y 5 de la ley 18.575. A su vez, conforme al artículo 70 de la ley 18.834, la autoridad al ejercer la atribución de fijar turnos debe tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante atención regular y continua de las necesidades colectivas de sus usuarios.[24]

24 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 38.119, de 22 de agosto de 2007: "Se ha dirigido a esta Contraloría General, funcionaria del Servicio de Salud Metropolitano Sur, con desempeño en el servicio de Neonatología del Hospital Barros Luco Trudeau, reclamando de la modificación de la jornada laboral a contar del 1° de mayo de 2007, ordenada por la Dirección de ese establecimiento hospitalario respecto de los auxiliares técnicos paramédicos que se desempeñan en el cuarto turno en esa unidad, entre los cuales se encuentra la ocurrente, al ser cambiados al tercer turno.

Fundamenta su reclamación en la inconveniencia de la decisión adoptada, por consideraciones que dicen relación con la mayor, exigencia que representa el turno que se les asigna, la edad de las servidoras involucradas, la falta de participación de las funcionarias afectadas en la decisión, y otras de similar índole.

Requerido su informe, la Directora del Hospital Barros Luco Trudeau mediante el oficio N° 280, de 2007, señala que la medida adoptada en el ejercicio del artículo 70 del Estatuto Administrativo, obedece a la necesidad de mejorar la dotación de personal, a fin de cubrir la demanda de atención en el Servicio de Neonatología.

Sobre el particular, cabe anotar que el artículo 65 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL. N° 29, de. 2004, del Ministerio de Hacienda, establece que la jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios es de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.

A continuación, añade el artículo 70 del referido Estatuto Administrativo, como una excepción a la distribución de la jornada antes citada, en lo atinente, que el jefe superior de la institución ordenará los turnos pertinentes entre su personal y fijará los descansos complementarios que correspondan.

Ahora bien, la implementación de turnos entre el personal de un Servicio, es una facultad otorgada a la autoridad administrativa en directa relación con los principios de la Servicialidad de la Administración del Estado, consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, y de la continuidad y regularidad de la función administrativa en la satisfacción de las necesidades colectivas por los órganos que la integran, y de la eficiente e idónea administración de los medios públicos por las autoridades de éstos, contemplados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Suele ocurrir también, que el superior pueda extender el horario, discrecionalmente, siempre que las necesidades del servicio así lo hagan menester.[25]

Tales principios informan la normativa jurídica de rango inferior, como sucede precisamente con la atribución de fijar turnos entre el personal contenida en el aludido artículo 70, debiendo la autoridad administrativa al ejercer esa facultad tener en consideración el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda el orden jurídico al servicio. público respectivo, cual es, dirigir su actividad a la promoción del bien común, mediante la atención regular y continúa de las necesidades colectivas de sus usuarios.

La jornada laboral así fijada por la jefatura superior, atendidas las labores que deben desarrollar los servidores respectivos, en razón de la naturaleza de las funciones qué cumple el órgano administrativo al cual pertenecen, constituye para esos servidores su jornada de trabajo ordinaria, a la cual deben dar cumplimiento en virtud de las obligaciones funcionarias que a ellos les asisten, contenidas en el artículo 61, letras a), b) y d) del mismo cuerpo legal estatutario, cuales son, desempeñar personalmente el cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan; y, cumplir la jornada de trabajo y realizar, los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico, respectivamente.

En cuanto a las alegaciones vertidas por la recurrente, para los fines de revertir la medida adoptada, cabe precisar que ellas dicen relación con razones de conveniencia, relativas a la gestión de las atenciones de salud que presta la entidad pública, y más precisamente, referidas a la administración del recurso humano, materia de competencia exclusiva de las correspondientes autoridades de la Administración Activa, sin que este Organismo Contralor tenga atribuciones en tales asuntos." (el ennegrecido es nuestro).

25 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 91.637, de 18 de noviembre de 2015: Don ----------, funcionario del Servicio ----------, señala que, dada su calidad de chofer, se le habría ordenado ingresar a sus labores una hora antes del inicio de su 'jornada ordinaria de trabajo', por lo que consulta si corresponde estimar como tiempo extraordinario el referido lapso.

Requerido de informe, el ---------- manifiesta que a través de su resolución exenta N° 3.778, de 2014, determinó que la jornada laboral ordinaria de sus funcionarios se inicia a las 8:00 horas, la cual se extiende por 9 horas diarias de lunes a jueves y 8 horas los viernes. Agrega que según la jurisprudencia administrativa que menciona, no constituye 'hora extraordinaria' el tiempo comprendido entre las 7:00 y las 8:00 horas, por lo que resulta improcedente su pago.

Sobre el particular, las letras a) y d) del artículo 61 de la ley N° 18.834, preceptúan que son obligaciones de cada funcionario desempeñar personalmente las tareas del cargo en forma regular y continua, así como cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que se le ordenen.

Luego, el inciso primero de su artículo 65 dispone que "La jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios será de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias.".

El inciso primero del artículo 66 prescribe que la autoridad pertinente "podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables", agregando su inciso segundo que aquéllos se compensarán en la forma ahí descrita.

En este contexto, cabe señalar que las horas extraordinarias serán las que se realicen a continuación

Ahora bien, no tan sólo se consideran trabajos extraordinarios aquellos que se realicen fuera de la jornada, sino que además, aquellos ordenados por destinación o comisión de servicios, pero que veremos más adelante.

De esa manera, generalmente ocurre en la práctica, por ejemplo, que el Jefe de Servicio requiera la realización de labores fuera del horario habitual de trabajo de los médicos, teniendo en especial consideración la alta brecha de profesionales médicos en los Servicios de Salud, en Hospitales o en los organismos municipales. De esa manera, si se ordena fundada y formalmente la realización de labores fuera de dicho tiempo, el funcionario no podrá rehusarse a cumplir con tal orden, pues, lo contrario, puede ser objeto de una investigación sumaria y posterior destitución.

---

de la jornada habitual que cumplen los funcionarios, no resultando procedente que se considere como 'trabajo extraordinario' el desempeñado con antelación al inicio de la jornada laboral ordinaria, por no existir precepto alguno que lo permita (aplica los dictámenes N°s 2.286 y 26.658, ambos de 2014, de este origen).

Luego, es útil consignar que el legislador sólo ha regulado la duración de la jornada semanal y el límite máximo diario de la misma de los funcionarios regidos por dicho cuerpo estatutario, por lo que compete a los jefes superiores de los Servicios fijar la hora de ingreso y de término de la jornada del personal de su dependencia, en virtud de las facultades que les otorga el artículo 31 de la ley N° 18.575, para dirigir, organizar y administrar el correspondiente organismo (aplica criterio contenido en el dictamen N° 10.743, de 2012, de esta Ente de Control).

Asimismo, compete a dicha autoridad fijar las modificaciones al horario de ingreso de los pertinentes funcionarios, fundándose en 'razones de servicio', tal como se ha manifestado, entre otros, en el dictamen N° 50.635, de 2014, de esta procedencia.

Ahora bien, es claro puntualizar en relación al asunto en análisis, que, por ejemplo, los choferes para el desarrollo de sus labores deben trasladarse previamente al lugar y en los tiempos que la autoridad lo disponga. Sostener lo contrario, implicaría un desmedro para el servidor que debe emplear su tiempo de descanso en el acatamiento de tareas del Servicio y un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración (aplica criterio contenido en el dictamen N° 31.575, de 2011, de este Ente Contralor).

Consecuente con lo manifestado, y acorde a los antecedentes tenidos a la vista, la jefatura superior del ---------- debe modificar formalmente la jornada ordinaria de trabajo del interesado, si por razones de servicio éste debe comenzar efectivamente sus labores de chofer de lunes a viernes a las 7:00 horas, teniendo aquél derecho a que esa institución le compense o remunere como 'trabajo extraordinario' todo el lapso que exceda las cuarenta y cuatro horas semanales, según sea el caso, en las condiciones autorizadas por la ley."

CAPÍTULO XIII.
La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.
Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

A propósito de lo que se viene comentando, será necesario abordar un importante tema:

CONTROL DE ASISTENCIA EN LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

La ley no establece qué mecanismo debe utilizarse, quedando ello entregado a la discreción del jefe superior del servicio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, artículo 35 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que establece que la administración superior y control del Establecimiento corresponderán al Director, artículo 36, letra c) del mismo Decreto con fuerza de ley que otorga al director del establecimiento la facultad de organizarlo internamente, el Jefe Superior del Hospital es el único que puede establecer el mecanismo de control de horario.

Por lo anterior, el cumplimiento efectivo de la jornada laboral, así como el respeto y sujeción a los sistemas de control internos establecidos para dichos fines, constituyen deberes a que están sometidos todos los funcionarios, sin distinción alguna.

La jurisprudencia administrativa ha sido conteste en este punto, señalando al efecto que, en lo que respecta a la posibilidad de establecer para una u otra clase de servidores, un mecanismo distinto que controle su jornada de trabajo, cabe indicar que, atendido a que las normas legales referidas no regulan el sistema que debe necesariamente implementarse para dicho objeto, tal aspecto es parte de las materias que le corresponde definir y establecer al jefe superior del servicio.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los oficios N°s 16.598, de 1991; 12.550, de 1996; y 26.022, de 2002, al precisar que corresponde a las autoridades superiores de los organismos implementar el o los procedimientos que estimen convenientes para asegurar la asistencia al trabajo y su permanencia, como, asimismo, adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva las responsabilidades por su inobservancia.

Al efecto, la autoridad correspondiente, mediante un acto administrativo formal puede disponer de uno o más mecanismos internos de fiscalización, que sean eficaces y pertinentes, para verificar la asistencia y puntualidad en el trabajo de los empleados adscritos a cada uno de éstos, teniendo en consideración las diversas tareas que ejecuta el personal del establecimiento, cuando atendida la clase y la forma en que se realizan dichas labores aparezca razonable establecer distinciones al respecto.

Objetivo del reloj control.

La finalidad de este instrumento es contar con un mecanismo de control eficiente que pueda ser observado por todo el personal del establecimiento, para obtener el debido registro del ingreso y salida de los funcionarios y que éste sea consecuente

con la ejecución de las diversas tareas y procesos que se desarrollan en la respectiva entidad, estableciéndose el orden interno del establecimiento y logrando el adecuado uso de los recursos públicos.

El deber de registrar el horario.

El Estatuto Administrativo, en el artículo 61, letra a) establece como obligación funcionaria, desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua; y en su letra d) cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico.

Asimismo, cabe señalar que existe por parte de los funcionarios públicos el deber de obediencia, consagrado en el artículo 61, letra f) del Estatuto administrativo, por ende, los servidores deben acatar las órdenes impartidas por el superior jerárquico, siendo obligatorio para los profesionales acatar las normas internas que dicte la autoridad de manera formal.

Por último, la Ley N°18.834, en su Título V, artículos 119 y siguientes, consagra la responsabilidad administrativa, señalando que el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias, previo procedimiento sumarial que demuestre la infracción a dicha normativa.

Atrasos.

Conviene hacer presente lo señalado en el número 3, en cuanto a que el deber de todo funcionario es dar cumplimiento de forma íntegra a su jornada de trabajo y no contemplar la posibilidad de que se produzca un atraso.

Ahora bien, el Estatuto Administrativo establece, entre los derechos de los funcionarios, el recibir íntegramente las remuneraciones fijadas por ley. En particular, el artículo 72 del mencionado Estatuto señala que en los casos en que un funcionario público no preste efectivamente sus funciones, no tendrá derecho a percibir remuneración durante el tiempo no trabajado. Sin embargo, esta regla admite excepciones, existiendo la posibilidad de que el funcionario no preste servicios en un tiempo determinado debido a circunstancias especiales y aun así pueda percibir su remuneración de forma íntegra. Los casos de excepción que señala la ley son: 1) Feriados; 2) Licencias; 3) Permiso postnatal parental; 4) Permisos con goce de remuneraciones; 5) Suspensión preventiva dispuesta por el fiscal en caso de estar cursándose un sumario administrativo; y 6) En caso fortuito o fuerza mayor.

De los números citados anteriormente, nos interesa el caso en que un atraso se produzca por caso fortuito o fuerza mayor. En esta hipótesis, deben concurrir ciertos elementos copulativos para que se produzcan efectos liberatorios, los cuales son: que se trate de un inconveniente imprevisto y que, además, sea imposible de

resistir, vale decir, que el impedimento sea insuperable, invencible. Al concurrir estos elementos no se descontarán remuneraciones por "atrasos" de los funcionarios.

En caso contrario, el incumplimiento de la jornada de trabajo, a través de atrasos y ausencias reiteradas, sin causa justificada, deben ser sancionadas administrativamente con la medida disciplinaria de destitución, previa investigación sumaria, según lo dispone el inciso final del artículo 72 del Estatuto Administrativo.

a.6) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente.

Esto también dice relación con los principios de continuidad del servicio público, Servicialidad del Estado, el de obediencia y de jerarquía. Para efectos ilustrativos, debemos indicar que, los funcionarios públicos pueden ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que ha sido designado, dentro de la institución correspondiente. Las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior de la respectiva institución. Así las cosas, la destinación implica prestar servicios en cualquiera localidad en un empleo de la misma institución y jerarquía.

Hubo en caso en nuestra institución en que se afectó los derechos de un empleado fiscal por materia de destinación. Ello es interesante, por cuanto, la ley deja la posibilidad de destinar a los funcionarios a la discreción del Jefe Superior del Servicio. En ese caso concreto, se trataba de un médico cirujano especialista en Ginecología y Obstetricia, contratado por 28 horas semanales en un Hospital de Alta Complejidad o Autogestionado. Bien sabemos, que el cargo del médico implicaba prestar servicios en su especialidad, pues, así versaba su Decreto de Nombramiento y, además, ejecución en las noches, sábados y domingos de manera continua y permanente. En ese orden de cosas, el Director del Servicio de Salud en el que se desempeñaba el médico en cuestión, determinó destinarlo a ejercer funciones, si bien, dentro de la institución misma (Dirección del Área), lo haría en actividades de policlínico en un consultorio de funcionarios. En tal sentido, se hacía imposible que el doctor pudiese prestar servicios en un empleo de la misma jerarquía y de las mismas características. Ello, por cuanto:

1. El Centro de Salud al que había sido destinado, no contaba con la infraestructura necesaria para llevar a cabo intervenciones quirúrgicas, labor fundamental ligada a su cargo titular;

2. El horario de trabajo en el que se ejercían labores en ese Centro de Salud del Servicio, al que fue destinado, no es compatible con la modalidad de turnos de la que era titular en el Hospital de Alta Complejidad, por cuanto, atendido el carácter asistencial de las prestaciones de salud que allí se realizan, estas son solamente de carácter diurno y, en tal sentido, no podía ejercer el cargo de 28 horas propiamente tal.

3. No se veían casos atenidos directamente a su especialidad de Ginecología y Obstetricia, por la que se le designó como titular en el Servicio de Salud.

En ese caso, vemos que no se cumplen copulativamente los requisitos para proceder a la destinación. Sin embargo, se hace presente que, a pesar de ello, dada la obediencia que deben seguir los funcionarios, si la orden estaba dada, debía cumplirse de todas formas, pues, existía un acto administrativo que lo establecía de esa manera y, mientras un acto administrativo esté vigente, aunque sea ilegal, debe cumplirse de todas formas si la autoridad así lo establece. Sin perjuicio de lo anterior, cada funcionario tendrá la posibilidad de impugnar, atacar estas decisiones si no se ajustan a la legislación, pero en tanto, no exista otro acto que revoque una orden anterior, esta última debe cumplirse de todas formas, pues, su desobediencia conllevará la responsabilidad y sanción administrativa.

Por otro lado, la comisión de servicios implica, a diferencia de la destinación, el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, las comisiones de servicios nunca podrán conllevar el desempeño de funciones de una jerarquía inferior o ajenas al conocimiento del cargo mismo ni ajenas a los fines e intereses de la institución.

Asimismo, como existe discreción, si se dispone una destinación o comisión, deberá manifestarse mediante un acto administrativo escrito, notificado debidamente al funcionario afectado por tal orden. Y aunque discrecional, ello no implica que esta determinación de autoridad competente sea arbitraria, es decir, injusta, buscando fines distintos al interés general y objetivos de la institución, injustificada, inmotivada, fuera de la razón. Si ello no fuere así, entonces el funcionario podrá utilizar los mecanismos legales para buscar que se enmiende conforme a derecho la decisión, pero, insistimos, mientras nada diga lo contrario, la orden debe cumplirse tal cual.

a.7) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.

Seguramente, este es uno de los deberes más complejos y discutibles de nuestra legislación. Efectivamente, como ya habíamos adelantado, cuando un profesional asume un cargo en la Administración del Estado, debe tener inmediatamente presente que queda a disposición de su Jefe Superior del Servicio. Así las cosas, dijimos que este es un deber complejo, porque la ley otorga una serie de facultades a las autoridades, que deja a su discreción (no arbitrio), pero que en la práctica, en base a lo anterior, siguen cometiéndose sendos abusos e incluso ordenándose la realización de tareas imposibles e incluso ilegales. Pese a ello, la ley es clara y estas órdenes deben cumplirse, con algunos reparos que procederemos a explicar.

Así las cosas, por ello vimos anteriormente que, si el superior jerárquico ordena la realización de horas extraordinarias, si determina que un funcionario debe ser destinado o comisionado, ello debe seguirse sin que se rehúse el funcionario, ello,

porque en cierto modo, cuando se asume una función pública debe relegarse mi interés personal en pos al interés y la Servicialidad públicos.

Sin embargo, suele ocurrir muchas veces que el superior me dé una orden que no se ajuste a la Constitución y a las Leyes dictadas conforme a ella. Frente a eso, como ya venimos anunciando, el principio es que a pesar de ello, el profesional debe dar cumplimiento a esa orden. La única posibilidad que la ley pone a su disposición es la representación.

Acto de Representación de Ilegalidad de la Orden del Superior Jerárquico.

La representación, consiste en el acto escrito en virtud del cual, el inferior jerárquico manifiesta a su superior que la orden que se le está dando, de acuerdo a su parecer, es ilegal, con el objeto de que se revoque el respectivo mandato o, en caso de que la superioridad insista en el mismo, se exima de responsabilidad administrativa al inferior, trasladando plenamente ésta al Jefe que dio la orden.

En tal sentido, por ejemplo, si el Jefe del médico cirujano le ordena no dar atención alguna a un paciente, debiendo hacerlo, ello, sin duda es inconstitucional e ilegal. En ese caso, el funcionario inferior jerárquico, deberá presentar un escrito a su jefatura, con copia al Superior de este último, manifestando, por ejemplo, que su orden atenta contra los artículos 1° y 9° de la Constitución Política de la República, esto es, la de velar por la integridad física y psíquica de las personas y de dar una protección de salud y que se vulneran las normas sobre Derechos y Deberes de los pacientes. Ante la situación anotada, la Jefatura que estableció el encargo, tendrá la facultad o de retirarlo o de insistir en el mismo. Si opta por dejarlo sin efecto, no existirá problema alguno, pero, si su inclinación es por mantener la orden, el inferior jerárquico debe cumplirla de todas formas, aunque sea, insistimos, ilegal. Sin embargo, la responsabilidad administrativa, civil y criminal o, de cualquier índole ya no recaerá sobre el funcionario obligado a obedecer, sino que, sobre su superior.

Pero lo relevante de todo lo explicado, es que el deber de obediencia siempre prevalece, por sobre todas las cosas, mientras la orden se encuentre vigente.

De esa manera, si existe un abuso, no puede el funcionario por sí sólo determinar si existe tal, y decidir por sí mismo no hacer caso, ello queda entregado al Superior y, si de ello se siguen consecuencias adversas, será un juez u otra autoridad ejecutiva quienes determinen las eventuales responsabilidades que se siga de ello.

Esto seguramente obedece al orden que debe existir en la Administración del Estado, para evitar así, una conducta anárquica en que no exista obediencia alguna a la autoridad, pues, el sistema actual es del Estado de Derecho y no el aludido anteriormente.

a.8) Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado.

Creemos que este es el mayor deber que ha de ser considerado por los funcionarios, por cuanto, su contenido y alcance, engloba a todos los demás, en especial, por cuanto consagra la entrega casi incondicional a la vocación por el Servicio Público.

En primer término, este es un deber especialmente consagrado por nuestra Constitución Política, la cual, en su artículo 8° inciso 1° establece que "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones." Dando la Base muy general la Carta Fundamental, necesario es entonces, remitirse a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El artículo 11 bis de dicha Ley establece expresamente que, los funcionarios de la Administración deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La Ley mencionada al final del párrafo anterior, establece en su artículo 54 que, "Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa." Por su parte, la misma disposición define a este principio, indicando: "El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular".

Este principio, es bastante amplio, pero en concreto se traduce en el hecho de que los medios públicos, el ejercicio profesional del médico funcionario, las dependencias de los establecimientos en que se desempeñen, deben ser empleados efectivamente para el cumplimiento de los fines de la institución y no puede desviarse para objetivos diversos que digan relación con intereses propios o de terceros, es decir, traicionando el interés general que persigue la Administración del Estado.

Señala Camacho Cepeda que, el Legislador fue cuidadoso "al establecer una gama de instrumentos que están orientados a garantizar la vigencia de este principio. En primer lugar, destacan como medidas preventivas las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Dirigida a cautelarla operatividad de estas restricciones está la declaración de inhabilidades que ha de presentar todo postulante a un cargo público y que se encuentra regulada en los artículos 57 a 60 de la Ley Orgánica. A las inhabilidades referidas hay que añadir una específica dirigida a impedir que cargos de autoridad superior desde subsecretarios hasta el nivel de jefe de división sean ejercidos por personas que padezcan de dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas. Para ello el legislador establece, igualmente, la obligatoriedad de declarar que no se está afecto

a esta inhabilidad antes de asumir alguno de los cargos afectos a ella."[26] Agrega la mencionada académica que, "(…) hay una serie de mecanismos establecidos para cautelar el respeto del principio de probidad por quienes desempeñan un cargo administrativo. El primero de ellos es el establecimiento de incompatibilidades o prohibiciones en el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. A ello se añade por el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado la exigencia a ciertas autoridades gubernamentales y administrativas que van desde el Presidente de la República hasta el nivel del jefe de departamento de presentar una declaración de intereses y de patrimonio."[27] Por último agrega que, "para prevenir el consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas el legislador ha estatuido un procedimiento de control de consumo de estas sustancias que deberá aplicarse en forma reservada, aleatoria y resguardando la dignidad e intimidad de los funcionarios examinados. Finalmente, se complementan los mecanismos de garantía enunciados con la identificación de actuaciones que la ley orgánica directamente configura como atentatorias a la probidad administrativa y que harán surgir la responsabilidad administrativa y darán lugar a las correspondientes sanciones."[28]

Visto lo anterior, precisa indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la ley 18.575, contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, las siguientes conductas:

1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña[29].

---

26 CAMACHO CEPEDA, Gladys (2008), Derecho Administrativo.120 años de Cátedra, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 241-276.

27 Idem.

28 Idem.

29 Es preciso indicar que, de conformidad a la Ley de Derechos Y Deberes de los Pacientes, el médico tratante puede tener acceso a la información contenida en la Ficha clínica de un usuario del sistema. En efecto, la misma ley establece que existen en esos instrumentos datos sensibles de las personas que no deben ser revelados y, si ello se infringe, procedería la responsabilidad civil o penal, conforme al uso que se haya dado de la información. Así las cosas, supongamos que un paciente padece de la enfermedad derivada del virus del VIH y el médico tratante tiene una rencilla anterior con ese paciente y sabe que si revela esta información a la familia de este último, le generará problemas personales. Entonces procede a ejecutar esa acción ilegal e inmoral. Por supuesto que con ello, se genera además, responsabilidad administrativa, en el entendido de que está violando principalmente el principio de probidad y, es tan grave la actuación que puede conllevar la sanción de destitución.

2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero[30].

Enseña Lionel Guzmán Suárez que, "se trata de aquellas intervenciones en que se abusa de la posición funcionaria, habitualmente por parte de aquellos de jerarquía superior, para influir sobre una persona, casi siempre de jerarquía inferior, con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero. Comprende asimismo el solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza". Aquí la dificultad, enseña el Señor Guzmán Suárez, radica en el hecho de que existe una relación jerárquica de superior a inferior y, por tanto, aquellos respecto de los cuales se ejerce la presión indebida sentirán temor de las consecuencias de su denuncia.

3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros[31].

4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales[32].

30 Al efecto, podemos ejemplificar con la siguiente situación: el hecho de ejecutar una determinada intervención quirúrgica no respetando la lista de espera de algún paciente y, ese paciente es el profesor universitario del hijo del médico. Entonces, si el médico facilita dicha intervención, el paciente pasará de curso al hijo. Ello, claramente conlleva un beneficio indirecto para el médico pero directo a un tercero, su retoño. En tal sentido, podemos ver una hipótesis de falta a la probidad. De hecho, esto puede configurar el delito de cohecho. Otro caso, y que podría resultar gravísimo, es el hecho de que un jefe de departamento por ejemplo, realizase requerimientos de carácter sexual a una funcionaria de jerarquía funcionaria, bajo amenazas de que sí no accede, será desvinculada de su cargo.

31 Los funcionarios público no pueden bajo ningún respecto, utilizar los bienes públicos para el provecho propio. Por ejemplo, si un médico cirujano tiene su consulta particular en la que realiza radiografías y la maquinaria de su centro falla y no puede ejecutar ese examen radiológico a su paciente privado y, le solicita que asista al Hospital Público donde también el médico ejerce sus labores y allí, con los medios del Hospital ejecuta el mentado examen, y a mayor abundamiento, ese por supuesto, no es un paciente institucional y, este último, le paga honorarios al médico, estará violando la probidad administrativa, pues, del uso de la maquinaria radiológica del hospital está obteniendo, por supuesto, el pago de un servicio particular. Esto es grave y puede conllevar destitución. Otro ejemplo, el médico cirujano, ante una emergencia familiar utiliza la ambulancia del hospital para acercarse y resolver dicha emergencia. Estará utilizando indebidamente un vehículo institucional, desviándolo de los fines públicos para el que estaba destinado.

32 Supongamos que un médico cirujano tiene su horario funcionario de 08:00 a 11:00 de la mañana del día lunes, pero a las 10:00 horas decide ir a un banco a cambiar un cheque personal. Ello, por supuesto, no tiene que ver en absoluto con las funciones propias de su cargo, sino que, es una actividad netamente personal. Incluso ese acto, por más inocente que parezca, es una vulneración al principio de probidad, pues, este es de derecho estricto. De hecho, si durante su horario de trabajo un médico atiende pacientes particulares de los que recibe remuneración por esos servicios, si por ejemplo, durante el horario funcionario se dedica a realizar cualquier actividad extra programática no contemplada en sus funciones, conlleva la conculcación a este importantísimo deber funcionario.

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares[33].

6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta[34].

7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y

8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.

Visto todo lo anterior, vemos que, en general, cualquier acto que implique el desvío de la actuación a fines diversos al interés general, a la Servicialidad hacia la persona humana y a los principios rectores contenidos en la Constitución y las Leyes, pueden constituir actos no probos. Aquí lo determinante es la preeminencia al interés general sobre el particular, que implica el logro del bien común, contenido en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución y, se entiende por bien común, el "crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías." La Constitución establece que el Estado está al servicio de la persona humana, no que la persona está al servicio del Estado y, en ese entendido, cualquier acto contrario a ese elemental principio será contrario a la probidad.

33 Aquí lo que ha de importar es que el donativo, privilegio es determinante para que el médico cirujano, preste adecuadamente su función.

34 Un ejemplo claro sería, por ejemplo, que el Director del Servicio de Salud, siendo socio de una sociedad médica, decida adjudicar en un proceso de licitación, a dicha sociedad la posibilidad de prestar servicios externos a un Hospital de la Red. Otro caso, por ejemplo, es que un médico cirujano, tenga un hijo que también es médico y, este deba decidir sobre la adjudicación de un cargo público convocado por concurso en un Hospital. Por supuesto que el encargado de decidir, debe abstenerse de participar en el proceso, pero si no lo hace, aunque no se adjudique el cargo al hijo, igualmente estaría vulnerando el principio de abstención, porque la imparcialidad estará entredicho.

Además, la probidad conlleva el hecho de desempeñar honesta y lealmente la función o cargo, lo que quiere decir es que, deben respetarse ante todo, y frente a cualquier gobierno "de turno" que se encuentre vigente, los valores y principios de la Carta Fundamental y ls leyes, respetando la dignidad humana y los derechos fundamentales que derivan de ella, por el hecho de ser personas. El actuar del funcionario, debe ser recto, justo, de acuerdo a las reglas elementales de una convivencia humana pacífica y al Estado de Derecho y, por lo demás, leal, es decir no dejar jamás de observar los objetivos que conlleva su cargo.

a.9) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales.

En este caso, debemos tener en consideración el concepto de la transparencia. Al respecto, la Constitución establece en su artículo 8° que "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional."

Entonces este deber funcionario se ve claramente limitado por las normas sobre Transparencia que se han establecido en el proceso de modernización del Estado en combate a la corrupción. Pero, en este punto, especial relevancia cobra lo dispuesto en la Ley de Derechos y Deberes de los pacientes y la confidencialidad de la información contenida en la Ficha Clínica, en razón del concepto de "datos sensibles" y, además del acceso a ese instrumento, el cual, se encuentra limitado por ley. Pero en los demás casos, si la ley de quórum calificado, es decir, aquella establecida, modificada o derogada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, no establece reserva o secreto, no se afecta los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, la información debe entregarse. Ahora bien, debe tenerse cuidado a qué clase de asuntos se refiere este deber. Si lo que se requieren son documentos, información que maneje la institución, existen canales establecidos por la ley de transparencia y el llamado a cumplir con la entrega de esa información es la superioridad del Servicio y no cualquier funcionario.

Lo que sí es cierto, es que la ley de Derechos y Deberes de los pacientes sí procuró que cierta información debe ser entregada al paciente. En tal sentido, de dicha ley pueden desprenderse los siguientes preceptos sobre entrega de información:

a) Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los

pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado;

b) De acuerdo al artículo 8° de la ley 20.584, toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

1. Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.

2. Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.

3. Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.

4. Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Agrega la disposición que, los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.

c) De conformidad al artículo 9° de esa Ley 20.584, toda persona tiene derecho a que todos y cada uno de los miembros del equipo de salud que la atiendan tengan algún sistema visible de identificación personal, incluyendo la función que desempeñan, así como a saber quién autoriza y efectúa sus diagnósticos y tratamientos.

d) Agrega la ley que nos ocupa que, toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

e) Por último, toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:

1. La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;
2. El período de tratamiento;
3. Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y
4. Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de éste, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corresponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita.
De esa manera, nos parece que este deber se encuentra un tanto desactualizado, con las nuevas normas sobre transparencia, por ello, antes de negarse una determinada información, debemos fijarnos si esa negativa se funda en alguna de las excepciones constitucionales ya vistas.

a.10) Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo.

El ser un funcionario público es una investidura tal, que no sólo se lleva dentro del establecimiento donde se ejerzan las labores, sino que, en todo lugar, en todo tiempo, de manera que, se demuestre que las personas que tienen a su cargo los medios para lograr el interés general y el bien común son idóneas en todo orden de cosas para mantener ese nombramiento. De esa manera, si el funcionario ejecuta conductas fuera de lugar, en todo ámbito moral y legal, puede ser responsable administrativamente.

a.11) Proporcionar con fidelidad, precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ella sea de interés para la administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos.

Los Numerales 4° y 16° del artículo 19 de la Constitución Política aseguran a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia y la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, con este deber funcionario, no se transgreden las referidas garantías constitucionales por cuanto se ajusta a disposiciones legales dictadas conforme a la misma Carta Fundamental.

En efecto, si bien los datos y se antecedentes que puedan solicitarse, dicen relación tanto con información de orden personal como de terceros, su conocimiento y registro por parte de un organismo público, no lesiona la intimidad del titular ya que el tratamiento de los no sólo es reservado, sino que, además, no desmerece la condición ética de las personas relacionadas con el funcionario, como tampoco afecta al ejercicio del trabajo que desarrolle la persona a quien esos datos pertenecen, toda vez que los familiares del servidor pueden realizar normalmente su actividad laboral.

Enseguida, resulta necesario hacer presente que la persona que ingresa a la Administración del Estado se adscribe en forma voluntaria a un status jurídico especial, que es el que tipifica el cuerpo regulador de sus relaciones con la institución a la que pertenecerá, el cual se encuentra inspirado en el principio del bien común, lo que implica que es el interés público el que debe primar sobre el interés particular del empleado público.

De este modo, la persona que postula a un servicio público pasa a tener, desde su nombramiento, los derechos, obligaciones y prohibiciones que el respectivo estatuto señala, y su aceptación del cargo no constituye sino la adhesión a un marco jurídico preestablecido e impersonal, al cual debe someterse si pretende ingresar o mantenerse en la Administración.[35]

a.12) Denunciar ante el Ministerio Público o ante la Policía si no hubiere fiscalía en el lugar en el que el funcionario presta sus servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquéllos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la ley 18.575.

La norma en sí misma es clara, pero, presenta a lo menos, dos aristas conflictivas que quisiéramos destacar y que hace un tanto dificultosa su materialización en el Servicio Público:

1°. Que, deja al arbitrio de cualquier funcionario determinar si un acto u omisión de otro constituye o no delito. Por supuesto, aquí no es tarea de los empleados públicos asentar si existe o no culpa o negligencia del posible imputado, sino que, indicar si "algo le parece" un delito o un atentado a la probidad. Por ello, este deber obedece netamente a la subjetividad del denunciante. Sin embargo, no puede ser excusa para quien no dé cumplimiento a este deber, el hecho de que no conocía si lo que se estaba haciendo o no era un crimen o simple delito o si ello atentaba contra el recto actuar administrativo del otro funcionario, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Código Civil, la ley se presume conocida por todos desde su promulgación y, en tal sentido, se supone que todos tienen conocimiento de los elementos del tipo penal, y cuál es la conducta criminal o delictual, por cuanto, precisamente está descrita en la ley.

35 Dictamen de la Contraloría General de la República N° 10.038 del 02 de marzo de 2000.

2°. Que, el estricto cumplimiento de este deber, podría deteriorar las relaciones laborales entre funcionarios. Sea, en primer término, teniendo en consideración el hecho de que, por ejemplo, un inferior jerárquico deba denunciar a su superior, lo cual, en la práctica hace mucho más ilusorio el ejercicio de una denuncia. Asimismo, si se trata de otros pares, igualmente, sabemos, que conllevará a una mala relación entre ellos y el ambiente puede tornarse tedioso. Sin embargo, recordemos que el actuar del funcionario que comete un supuesto delito o falta administrativa, deteriora al Servicio y puede estar atentando en contra del interés general, por lo que, el empleado obligado a denunciar, debe ante todo tener en consideración este último, por sobre las relaciones interpersonales que pueda tener con sus pares o su jefatura. Pero, sabemos, ante todo, somos seres humanos que deben conllevar una adecuada convivencia social, lo cual, hace muy dificultoso el ejercicio de una denuncia de esta índole, pues, no muchas veces, en realidad, se asegura el correspondiente anonimato.

Ahora bien, observamos que la norma se refiere solamente a denunciar "crímenes" o "simples delitos", sin embargo, no alude a las faltas penales (que se han visto en el capítulo relativo a la responsabilidad penal). En tal sentido ¿Debo denunciar las faltas? Es discutible, por cuanto, tenemos el denominado principio de legalidad, que se traduce en el hecho de que los integrantes de la administración del Estado deben actuar estrictamente conforme a lo consignado por la ley. Ahora, podría argüirse en virtud del antiguo y coloquial adagio "quien puede lo más, puedo lo menos", de manera que, si puedo denunciar conductas más grave, como un crimen, sin duda podría denunciar una falta penal. Pero insistimos ¿Cabe interpretar de esa manera? Creemos que, aunque la norma no aluda a esta clase de acciones de menor entidad, con ellas, podría estarse poniendo en riesgo el bien común y el bien común, por lo que en virtud del principio de probidad y servicialidad del Estado, debería denunciarse de todas formas.

a.13) Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Generalmente este deber pesará sobre aquellos Jefes Superiores de algún servicio público. A este respecto, cabe señalar que la fianza constituye una caución de otra obligación personal. Sin embargo, es discutible el concepto, puesto que, conforme a la definición de fianza dada por el Legislador en el Código Civil, se trata aquí de una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. Si nos fijamos bien, y siempre es bueno tener precisión en todas las cosas, nos damos cuenta que por la fianza se asegura una obligación ajena. Sin embargo, cuando un determinado funcionario asume como obligación principal la administración y custodia de fondos o bienes, no puede, a su vez constituirse fiador de sí mismo, por cuanto, ello resultaría absurdo. Ello,

atendido a que el fiador constituye, en definitiva, un patrimonio diverso para poder perseguir si el deudor principal incumple. De esa manera, quizás, sería más preciso hablar de una "prenda de dinero", por cuanto, por el empeño o prenda, se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito. Esa figura se ajusta más a lo que busca el Legislador, pues, el funcionario obligado principalmente a custodiar y a administrar debidamente fondos públicos, entrega una cantidad de dinero, en prenda, para asegurar dicho cumplimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo indicado precedentemente, necesario es señalar que la finalidad de esta norma es limitar cualquier actividad ilícita y de sustracción indebida de dineros públicos, de manera que, el funcionario asegura con su propio patrimonio cualquier pérdida que pueda deberse a su propia gestión.

a.14) Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que éste fije, atendidas las circunstancias del caso.

Esto debe determinarse en un procedimiento legalmente tramitado, que veremos a continuación.

4. Prohibiciones E Incompatibilidades

De modo general, se debe tener presente que no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:

i) Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración Pública.

Tampoco podrán hacerlo quienes tengan juicios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

Igual prohibición regirá respecto de los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule.

ii) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

iii) Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito.

En particular, el Estatuto Administrativo consagra en el título III," De las obligaciones funcionarias", párrafo quinto, en el artículo 84, aquella normativa que establece las prohibiciones que debe tener presente todo servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Las prohibiciones son:

a. Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas.

b. Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción.

c. Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que ataña directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción;

d. Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico;

e. Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes.

f. Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.

g. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales.

h. Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones.

i. Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;

j. Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro.

k. Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen;

l. Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2ć, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2ć de la ley que establece medidas contra la discriminación,

m. Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.

Asimismo, consagra en su párrafo sexto, artículo 85 y siguientes, las incompatibilidades que debe tener presente un funcionario al momento de ejercer un cargo público.

El estatuto señala lo siguiente: “En una misma institución no podrán desempeñarse personas ligadas entre sí por matrimonio, por parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, de afinidad hasta el segundo grado, o adopción, cuando entre ellas se produzca relación jerárquica. Si respecto de funcionarios con relación jerárquica entre sí, se produjera alguno de los vínculos que se indican en el inciso anterior, el subalterno deberá ser destinado a otra función en que esa relación no se produzca.

Esta incompatibilidad no regirá entre los Ministros de Estado y los funcionarios de su dependencia. Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.

No obstante lo anterior, existe la excepción a lo antes mencionado en cuanto a que un empleado puede ser nombrado para un empleo incompatible, en cuyo caso, si asumiere el nuevo empleo, cesará por el solo ministerio de la ley en el cargo anterior. Lo dispuesto en los incisos precedentes, será aplicable a los cargos de jornada parcial en los casos que, en conjunto, excedan de cuarenta y cuatro horas semanales”.

En términos prácticos, es importante enunciar las siguientes situaciones:

a) Ejercicio de funciones incompatibles con la jornada de trabajo:

Todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del

Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley.

Estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados.

Son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada.

Esta norma general de la Ley N° 18.575, se concilia perfectamente con lo dispuesto en la Ley N° 15.076, específicamente en el artículo 12 y siguientes.

Teniendo presente lo anteriormente señalado, bien sabemos que la jornada completa de un profesional funcionario es de 44 horas semanales, pero, la ley también permite que estos últimos ejecuten jornadas de menor cantidad de horas, tales como 33, 22, 11 y 28 horas semanales.

Debemos considerar el caso de que un profesional funcionario, además de ejecutar su trabajo en el Servicio de Salud respectivo, tenga un cargo docente.

b) Ejercicio de cargos docentes y su compatibilidad con la jornada de trabajo:

El Estatuto Administrativo (D.F.L. N° 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo) señala en el artículo 87 letra a) que el desempeño de los cargos a que se refiere el Estatuto es compatible con los cargos docentes de hasta un máximo de doce horas semanales.

Por su parte, el artículo 8° de la ley N° 19.863, sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública y da normas sobre gastos reservados (Diario Oficial de 06.02.03), señala que *"[i]ndependientemente del régimen estatutario o remuneratorio, los funcionarios públicos podrán desarrollar actividades docentes durante la jornada laboral, con la obligación de compensar las horas en que no hubieren desempeñado el cargo efectivamente y de acuerdo a las modalidades que determine el jefe de servicio, hasta por un máximo de doce horas semanales. Excepcionalmente, y por resolución fundada del jefe de servicio, se podrá autorizar, fuera de la jornada, una labor docente que exceda dicho tope"*.

En consecuencia, los profesionales funcionarios de los Servicios de Salud, pueden realizar actividad docente, hasta por un máximo de 12 horas semanales. Estas horas docentes pueden ser realizadas durante la jornada laboral, debiendo el funcionario compensar las horas en que no hubieren desempeñado el cargo efectivamente y de acuerdo a las modalidades que determine el jefe de servicio.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

Por consiguiente, si el desempeño de la actividad docente asistencial no impide desempeñar las funciones propias del cargo, podrá realizarse la actividad docente dentro de la jornada laboral, sin necesidad de compensar las horas utilizadas en esta actividad. A este respecto es preciso tener presente que la actividad docente asistencial, por su naturaleza, es compatible con la actividad clínica que el docente debe realizar en el ejercicio de su cargo.

Si la actividad docente impide desempeñar el cargo, puede realizarse durante la jornada laboral, hasta por 12 horas, debiendo compensar las horas.

Si el profesional funcionario desea realizar una labor docente que exceda de 12 horas semanales, deberá obtener la autorización del jefe de servicio, que deberá otorgarse por resolución fundada, y deberá realizarla fuera de la jornada laboral.

Procedimientos Administrativos Sancionadores

Existen dos medios para hacer efectiva la responsabilidad administrativa: el sumario administrativo y la investigación sumaria.

La instrucción de un sumario administrativo o de una Investigación Sumaria, dependerá de lo que disponga la ley. Si la ley no señala nada, será la Autoridad, según la gravedad de los antecedentes y de los hechos a investigar, la que determinará cuál de ellos procede. La investigación sumaria, a diferencia del sumario administrativo, está reservada, en general, a la investigación de hechos de menor gravedad.

1. La Investigación Sumaria

La investigación sumaria se ordena cuando la naturaleza de los hechos a investigar reviste menor gravedad o importancia. Según el Estatuto Administrativo, el procedimiento debe ser breve, concentrado, fundamentalmente verbal y de lo actuado se levantará un acta general que firmarán los declarantes.

Se exige llevarlo foliado en letras y números, es decir, ordenar cada hoja que forma parte del expediente en forma cronológica, asignándole su anotación correspondiente en letras y números, y lo conforman todas las declaraciones, actuaciones y diligencias. Toda actuación debe llevar la firma del investigador.

La investigación es realizada por un investigador **designado por la Jefatura del Servicio,** quien indaga los hechos, para finalmente proponer sanciones al funcionario(s) involucrado(s) o el sobreseimiento (se desiste de la investigación por no ameritar la imposición de sanción). Como adelantamos, el fiscal o investigador sólo proponen, quien aplica la sanción respectiva, sobresee o pide nuevas diligencias, es el Jefe Superior del Servicio.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN SUMARIA

ETAPA DE INVESTIGACIÓN O ETAPA INDAGATORIA

La investigación de los hechos debe realizarse en el plazo de 5 días, contados desde la notificación del Investigador, no pudiendo prorrogarse. Dicho plazo está establecido sólo para la conclusión de esta etapa. Agotadas las diligencias investigativas, el Investigador deberá decretar el cierre de la investigación y sobreseer o formular cargos en un plazo que no está fijado en la ley, pero que deberá ser prudencialmente breve. Si se solicitare prórroga, deberá continuar como sumario administrativo y elevarse en calidad de tal. La investigación se elevará también a sumario, si se constata que los hechos revisten una mayor gravedad.

Los funcionarios citados a declarar tienen la obligación de fijar domicilio en el radio urbano donde el investigador ejerce sus funciones.

El investigador tiene amplias facultades, por lo que los funcionarios están obligados a colaborar con él.

ETAPA ACUSATORIA

Vencido el plazo para realizar la investigación, el investigador la declarará cerrada y deberá formular los cargos o solicitar el sobreseimiento. Si durante el período indagatorio se ha comprobado la existencia de responsabilidad administrativa por parte de algún funcionario, no procede que se decrete el sobreseimiento, sino que se le formulen cargo/s y que éste/os le sean notificados, con el objeto de garantizar su derecho a una legítima defensa, y posteriormente los autos deben ser elevados a la autoridad competente para su decisión".

Si el investigador propone el sobreseimiento, debe remitir los antecedentes a la autoridad que dispuso la instrucción del proceso para que lo apruebe o rechace.

En caso de rechazar el cierre sin cargos, la autoridad debe ordenar se eleve la investigación a la calidad de sumario administrativo.

Si el investigador formula cargos, debe notificarlos al inculpado, quien debe responder a ello, es decir, formular sus descargos, dentro del plazo de 2 días, contado desde la fecha de notificación. Si solicitare rendir prueba, el investigador le concederá un plazo que no exceda de 3 días.
"Las notificaciones que se realicen en el proceso deberán hacerse personalmente.

Si el funcionario no fuere habido por dos días consecutivos en su domicilio o lugar de trabajo, se le notificará por carta certificada, dejando constancia en el expediente de las búsquedas fallidas y acompañando el comprobante de envío de la carta.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

ETAPA INFORMATIVA A LA AUTORIDAD

Formulado los descargos, o bien vencido el plazo para contestarlos o el período de prueba, si se hubiere solicitado éste, el investigador debe emitir dentro de 2 días un Informe o Vista, en el cual se contendrá la relación de los hechos, los fundamentos y conclusiones a que se hubiere llegado y propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar.

ETAPA RESOLUTIVA Y DE RECURSOS

Emitido el informe del investigador, éste debe remitir los antecedentes a la autoridad que dispuso la instrucción del proceso, para que, en el plazo de 2 días, dicte una resolución absolviendo al inculpado o aplicando la medida disciplinaria que estime pertinente. No obstante, la autoridad podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento.

Entre las medidas disciplinarias a aplicar en la investigación sumaria, se encuentran la Censura, la Multa y la Suspensión del empleo. La Destitución sólo puede aplicarse en el caso del artículo 72 inciso final del Estatuto Administrativo, esto es, por atrasos y ausencias reiteradas sin causa justificada.

2. Sumario Administrativo

En un sentido estricto, el sumario constituye simplemente un proceso, o sea, es el conjunto de actuaciones formales a cargo de un instructor, denominado Fiscal, designado también por el Jefe Superior del Servicio o Establecimiento que está destinado a establecer la efectividad de los hechos materia del mismo y a determinar la participación que los funcionarios pueden haber tenido en ellos y a precisar, cuando corresponda, la consiguiente responsabilidad administrativa.

En un sentido más amplio, constituye una verdadera institución jurídica, porque interesa de tal manera al derecho, que la ha reconocido y consagrado como una verdadera garantía, no sólo para la Administración del Estado en cuanto a poder hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios que actúen al margen de la legalidad, sino también para ellos mismos, puesto que les asegura que su responsabilidad, en caso que se origine, se perseguirá con arreglo a derecho y con las más amplias seguridades de defensa en un proceso justo.

CAPÍTULO XIII.
La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

CARACTERÍSTICAS DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO

El sumario administrativo debe constar por escrito. Debe consignarse en esa forma cada una de sus actuaciones, sin que tenga validez alguna la que no cumpla con ese requisito.

Las constancias de las actuaciones efectuadas por escrito, deben agregarse unas a otras

La reserva es de la esencia del sumario administrativo, lo que implica que su contenido es secreto hasta la conclusión. Una vez iniciada la etapa acusatoria, este secreto es relativo, ya que se pone en conocimiento de los funcionarios afectados y/o de sus abogados.

Entre los funcionarios que tienen intervención en el sumario administrativo, pueden figurar:

- El fiscal o instructor del sumario: funcionario público del mismo servicio en que trabaja el inculpado, de igual o superior jerarquía que él, que está encargado de la realización del sumario, la investigación.
- El actuario: funcionario público de cualquier institución de la Administración del Estado, regido por el Estatuto Administrativo, quien tendrá la calidad de Ministro de Fe y estará encargado de certificar todas las actuaciones del sumario.
- Los eventuales afectados.
- El resolutor.

Se debe tener presente que los funcionarios públicos, en general, quedan sujetos a una relación de subordinación respecto del instructor para los efectos de proporcionar información o antecedentes necesarios para la investigación. Por otra parte, se debe señalar que no es posible obtener coercitivamente la colaboración de un particular, quienes sólo pueden concurrir voluntariamente.

CAPÍTULO XIII.
La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.
Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

ETAPAS DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO

INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA FISCALÍA

El jefe superior de servicio, mediante una resolución exenta, dispone la instrucción del sumario administrativo. Asimismo, se designa como persona a cargo del procedimiento al Fiscal, quien será un funcionario de igual o mayor grado de jerarquía que el/los funcionario(s) involucrado(s) en los hechos.

El nombramiento como fiscal constituye legalmente una comisión de servicio para el funcionario designado. El fiscal puede aceptar o no la designación

En caso de aceptar, el fiscal debe proceder a designar a un actuario, el que deberá ser notificado y aceptar el nombramiento.

El fiscal, al tomar declaraciones a funcionarios en la calidad de inculpados, deberá citarlos bajo la advertencia de que dentro del segundo día podrá formular recusación o implicancias que procedan en contra del Fiscal o del Actuario, las cuales deberán ser resueltas, en el plazo de dos días, por el Fiscal si éstas afectan al actuario o por la autoridad que nombró al Fiscal si es él el implicado o recusado.

Estas causales son: Tener el Fiscal o actuario interés directo o indirecto en los hechos que se investigan; tener amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los inculpados, y tener parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado y de afinidad hasta el segundo, inclusive, o de adopción con alguno de los inculpados.

CAPÍTULO XIII.

La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

INDAGATORIA

Es la parte del sumario que tiene por finalidad averiguar la efectividad de los hechos investigados y comprobar el real grado de participación que pudiere corresponderle en ellos a los funcionarios que aparecen comprometidos. El Fiscal debe realizar todas las diligencias legalmente procedentes para establecer los hechos y las eventuales responsabilidades. Se inicia con la resolución que ordena instruir el sumario y termina, por regla general, con la resolución que lo declara cerrado. Esta etapa debe cumplirse en el plazo de 20 días hábiles, sin perjuicio de su prórroga hasta por 60 días en total, en casos debidamente calificados de acuerdo a lo establecido en el respectivo estatuto administrativo.

Se agregan físicamente al expediente sumarial documentos públicos o privados, cuando éstos sean conducentes a la finalidad de la investigación. Por ejemplo, los registros contables o las copias de parte pertinente de ellos.

Recibir pruebas testimoniales, sean declaraciones de funcionarios públicos (quienes están obligados a prestarla) o de particulares (cuando concurren voluntariamente), confesiones (declaración que presta un funcionario relativa a hechos en que participó), ratificaciones (declaración destinada a confirmar una denuncia o una declaración anterior de la misma persona).

Estas declaraciones deben cumplir con ciertos requisitos mínimos que señala la ley, como son, firma del declarante y del funcionario que la recibe, indicación del lugar, fecha y hora en que se toma, individualización del declarante. Si el declarante se negare a firmar su testimonio, debe consignarse expresamente esa circunstancia, sin perjuicio de las medidas de apremio que puedan afectarle al funcionario público. Las declaraciones deben consignarse en un lenguaje directo, breve y resumido, salvo que el sumariado exija que ella sea transcrita literalmente.

Además, el Fiscal puede solicitar informes de peritos, que son personas o entidades que poseen una determinada especialidad en una ciencia o arte y que pueden servir al Fiscal para la determinación de los hechos o el grado de participación en los mismos.

Durante el período de tramitación del sumario administrativo y antes de la “vista fiscal”, éste podrá adoptar las siguientes medidas especiales de carácter preventivas: suspender de sus funciones al inculpado; o destinar transitoriamente a otro cargo dentro de la misma institución y ciudad.

Resolución que declara cerrado el sumario, dando por terminada la etapa indagatoria del mismo. Se dicta cuando se llega a la conclusión, después de examinar el expediente, que la investigación se encuentra terminada. Sin embargo, también puede producirse cuando los antecedentes acumulados en la etapa indagatoria, demuestren con certeza que no existe responsabilidad en relación a los hechos investigados.

CAPÍTULO XIII.
La responsabilidad funcionaria y los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa.
Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

ACUSATORIA Y DE DEFENSA

Es aquella parte del sumario en la cual, agotada la investigación, se representa, formalmente, la conducta del funcionario que constituye la infracción administrativa, mediante la formulación de cargos respectivos y se reciben las defensas o alegaciones del inculpado, contenidas en su escrito de descargos, para evacuar, posteriormente un informe denominado vista fiscal.

Formulación de cargos, que constituye la representación formal de la conducta del funcionario público para configurar la infracción de carácter administrativo. Debe materializarse en una descripción objetiva de la conducta, deben ser precisos y determinados y basarse en los antecedentes que consten del sumario. La notificación de los cargos debe hacerse personalmente o por carta certificada dirigida al Servicio o Repartición en que el funcionario se desempeña o al domicilio particular que éste tenga registrado en los mismos cuando se trate de goce de licencia, feriado, permiso o se encuentre suspendido de sus funciones.

Los descargos están configurados por las alegaciones o defensas que efectúa el funcionario afectado con el objeto de desvirtuar o atenuar la gravedad de la conducta que se le representa. Deben ser presentados en el plazo de 5 días, salvo que éste fuere prorrogado a solicitud del o los inculpados, no pudiendo, en cualquier caso, exceder de 10 días. El plazo es de días hábiles, es decir, de lunes a viernes. El afectado puede acompañar a sus descargos todos los antecedentes que estime convenientes en apoyo de su defensa.

Además, puede solicitar diligencias probatorias, para lo cual podrá solicitar la apertura de un período probatorio y de proceder, éste no puede durar más de veinte días. El Fiscal sólo está obligado a acoger aquellas pruebas ofrecidas que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos y siempre que se realicen en el más breve plazo. Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal puede disponer de oficio y como medida para mejor resolver, la práctica de determinadas diligencias.

Vencido el plazo para presentar los descargos, con o sin respuesta del afectado; realizadas las diligencias solicitadas que se hayan estimado procedentes; realizadas las dispuestas por el Fiscal, como medidas para mejor resolver y transcurrido el período probatorio, si así se dispuso, se pone término a la etapa acusatoria con una Vista Fiscal o Dictamen. Este instrumento debe ser evacuado en el plazo de 5 días.

La vista fiscal consta de tres partes que pueden identificarse como:

EXPOSITIVA.- Contiene la relación de hechos, la reseña de cargos y descargos, consignadas en forma breve, sin reproducir antecedentes del proceso, bastando su ubicación, con indicación de la foja o fojas si procediere;

CONSIDERATIVA.- Contiene los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base a la determinación del objeto del sumario y de las responsabilidades eventuales;

DISPOSITIVA.- Contiene un resumen de los hechos que es posible dar por establecidos con las pruebas del proceso, la mención de los funcionarios que participaron en los mismos y las medidas sugeridas para hacer efectivas las responsabilidades consiguientes. Además y, para los efectos de la responsabilidad administrativa, deben indicarse las circunstancias que la pueden agravar o atenuar, cuando ello proceda.

RESOLUTIVA

Está conformada por aquella fase del sumario destinada a recepcionar por la Autoridad Superior el expediente del proceso con el objeto que dicte la resolución que, a su juicio, corresponda de acuerdo al mérito del mismo, debiendo tener presente que ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos.

Esta etapa se traduce en la emisión de una resolución formal, que se expide cuando el sumario está en estado de resolverse, la cual puede aprobar o modificar la Vista Fiscal.

Excepcionalmente, la autoridad correspondiente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias cuando estime que ellas son necesarias para completar la investigación en aspectos que estime procedentes y que le impidan formarse una convicción profunda de los hechos y de las eventuales responsabilidades de los inculpados o respecto de hechos que no se encuentren debidamente investigados. De la misma manera, podrá ordenar la corrección de vicios de procedimiento en que haya incurrido el Fiscal durante la tramitación y que pudieran afectar la legalidad de la resolución final.

En ambos casos fijará un plazo para cumplir con lo resuelto y si de las nuevas diligencias realizadas, resultaren nuevos cargos en contra del o los inculpados, éstos se notificarán quienes tendrán un plazo de tres días para hacer observaciones.

IMPUGNATORIA

La resolución señalada debe notificarse a los afectados, los cuales pueden formular, dentro del plazo de cinco días, los siguientes recursos:

a. De reposición, ante la misma autoridad que la hubiere dictado;

b. De apelación ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria. Este recurso sólo se puede interponer en subsidio de la solicitud de reposición y para el caso que ésta no sea acogida.

Estos recursos deben ser fundados y deben resolverse dentro del plazo de cinco días, mediante la emisión del acto administrativo correspondiente.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

3. Medidas disciplinarias para los funcionarios.

En el evento de instruir un proceso sumarial, el Estatuto Administrativo contempla, en su artículo 121 y siguientes, la existencia de cuatro medidas disciplinarias:

a) Censura.

Consiste en la represión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se debe dejar constancia en su hoja de vida, a través de una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente.

La nota de demérito es aquel acto administrativo por el cual se deja constancia de cualquier acción u omisión del funcionario que impliquen una conducta o desempeño reprochable, es decir, que contradigan las normas disciplinarias y éticas, o afecten al patrimonio o funcionamiento de la Institución.

b) Multa.

Consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no puede ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta.

De la aplicación de la multa se debe dejar constancia en la hoja de vida del funcionario, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:

- si la multa no excede del diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos;
- si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de tres puntos, y
- si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos.

Se debe tener presente que la multa constituye una medida disciplinaria que se aplica por una sola vez sobre la remuneración del funcionario, de manera que ésta no puede consistir en un porcentaje de la remuneración de dos o más meses.

c) Suspensión.

Consiste en la privación temporal del empleo (entre 30 días y 3 meses) con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

De esta medida disciplinaria se debe dejar constancia en la hoja de vida del funcionario, mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.

Por Gabriel Nieto Muñoz
Sebastián Bustos Urbina
Patricia Núñez Vargas
Constanza Urrutia Schwarzenberg,
abogada UDELAM

d) Destitución.

Corresponde a la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario. Esta medida disciplinaria, a diferencia de las anteriores, es de aplicación restringida o reglada, es decir, sólo puede ser aplicada en los casos en que expresamente se autoriza por la ley, los cuales corresponden a las siguientes conductas:

- ·Cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa. El deber de observar este principio consiste en mantener una conducta funcionaria exenta de todo reproche y un desempeño que privilegie la satisfacción del interés público por sobre el interés privado, incluso en las actuaciones realizadas fuera del ejercicio de la función, cuando se pueda comprometer la imagen o la gestión del órgano público.
- Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- Infringir las disposiciones de las letras i), j) y k) del artículo 84 del estatuto, relativo a las prohibiciones funcionarias;
- Condena por crimen o simple delito, y
- En los demás casos contemplados en el estatuto administrativo o en leyes especiales.

Se debe tener presente que la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias señaladas, sólo puede materializarse como consecuencia de la instrucción previa de alguno de los procedimientos establecidos para el efecto, como son, la investigación sumaria o el sumario administrativo, y ellas sólo pueden corresponder a eventuales responsabilidades que se deriven de hechos que han sido investigados y que fueron objeto de cargos en el respectivo procedimiento.

CAPÍTULO XIV.
Causales de término de los cargos públicos.

Por Daniel Gaete Véliz,
abogado UDELAM

En el Estatuto Administrativo encontramos varias causales para poner término al ejercicio de un cargo público. Estas se encuentran específicamente reguladas en el artículo 146 del mencionado cuerpo normativo. Así, tenemos que un funcionario puede cesar en el cargo en las siguientes situaciones:

a. Aceptación de renuncia;

b. Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo;

c. Declaración de vacancia;

d. Destitución;

e. Supresión del empleo;

f. Término del período legal por el cual se es asignado, y

g. Fallecimiento.

La generación de cualquiera de estas causales tiene algunos efectos prácticos, pues el servidor que cesa en sus funciones por alguna de ellas, extingue los efectos de todos los actos administrativos dispuestos en relación con ese vínculo estatutario, por lo que el reintegro al respectivo servicio o la reincorporación a la Administración del Estado, implica el comienzo de una nueva relación jurídica, no procediendo el pago de un beneficio que se percibía con anterioridad.

A continuación, veremos una a una estas causales de término de los cargos públicos:

A. La Renuncia

La renuncia es definida en el artículo 147 del Estatuto Administrativo, entendiéndose por tal "el acto en virtud del cual el funcionario manifiesta a la autoridad que lo nombró la voluntad de hacer dejación de su cargo".

En cuanto a la forma de proceder con esta decisión, la ley indica que debe ser presentado por escrito. Para que esta produzca efectos, requiere tanto la manifestación de voluntad del empleado de abandonar el cargo, como también la aceptación por parte de la autoridad competente. Al respecto, ocurre una situación particular con los cargos de exclusiva confianza, pues en estos casos, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la república o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento, lo que no impide que se ejerzan las demás causales de cese de funciones, como la renuncia voluntaria.

La importancia de tener la aceptación de la renuncia por parte de la autoridad competente, radica en el hecho de que un dimisionario está impedido de alejarse de sus funciones mientras no se produzca tal aceptación, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad administrativa por abandono de funciones.

CAPÍTULO XIV.
Causales de término de los cargos públicos.
Por Daniel Gaete Véliz, abogado UDELAM

Ahora bien, en la práctica puede ocurrir que el funcionario indique una fecha a partir de la cual comenzará a regir la decisión, sin embargo, la autoridad administrativa puede aprobarla en esos términos o bien a contar de la total tramitación del documento respectivo. Esto implica que la indicación de una fecha por parte del funcionario, no quiere decir que necesariamente sea esa data a partir de la cual operará esta causal de término de funciones, pues para que ello sea preciso, se requiere, además, la aceptación de la autoridad. Si esto no ocurre, la renuncia producirá efectos a contar de la total tramitación del acto administrativo respectivo.

Por su parte, puede darse que el funcionario se desista de la renuncia presentada. Para esto, debe hacerlo con anterioridad a la fecha en que la renuncia debe producir sus efectos y siempre que el interesado no haya abandonado el servicio. Asimismo, puede proceder un desistimiento aún después de dictarse el acto administrativo que la acepta, pero sólo hasta antes que se le notifique la toma de razón de este. De lo anterior, se desprende que no puede atribuírsele eficacia al desistimiento en caso que el empleado haya indicado una fecha determinada para alejarse, la autoridad la haya aceptado en esas condiciones y el interesado hubiere abandonado efectivamente el servicio con anterioridad a la total tramitación del acto administrativo que la acepta.

Por último, la ley entrega la facultad a la autoridad para retener la renuncia cuando el funcionario interesado se encontrare sometido a un sumario administrativo del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por una eventual destitución. En este caso, la ley indica que la aceptación de la renuncia no podrá retenerse por un lapso superior a 30 días contados desde su presentación, aun cuando no se hubiere resuelto sobre la aplicación de la medida disciplinaria.

B. **La Obtención De Jubilación, Pensión O Renta Vitalicia En Relación Al Cargo Público**

En esta causal de cesación en el cargo público, los servidores que obtengan el beneficio de jubilación deben expirar en funciones desde la fecha en que adquieren la calidad de pensionados, siendo el acto administrativo que se dicte al respecto meramente declarativo, pues está destinado solo a precisar la data en la cual se produjo la desvinculación con el servicio.

Por su parte, se ha indicado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que el otorgamiento de una pensión antes de reunir los requisitos de edad establecidos en el decreto ley N° 3.500, de 1980, hace aplicable la causal de cese de funciones prevista en los artículos 146, letra b) y 149 de la ley N° 18.834, preceptos que no distinguen respecto de la naturaleza de la pensión que se concede dentro del sistema de pensiones que regula dicho decreto ley.

C. **La Declaración De Vacancia**

El artículo 150 del Estatuto Administrativo se refiere a la declaración de vacancia, indicando que aplica por las siguientes causales:

a. Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo;

CAPÍTULO XIV.
Causales de término de los cargos públicos.
Por Daniel Gaete Véliz, abogado UDELAM

b. Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado;

c. Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, y

d. Por no presentación de la renuncia, según lo señalado en el artículo 148, inciso final.

Respecto a la salud irrecuperable se ha señalado que esta opera como causal específica de cesación de funciones. Se distingue con el cese de funciones por jubilación, pensión o renta vitalicia, porque esta supone un acto voluntario destinado a la obtención de beneficios previsionales, lo cual no ocurre en el procedimiento de término de los servicios que culmina con el otorgamiento de una pensión por salud irrecuperable.

Si se declara irrecuperable la salud del funcionario, éste debe retirarse de la Administración dentro del plazo de 6 meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad. Si cumplido este tiempo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo. Esta figura implica que el funcionario no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo.

La declaración de vacancia por salud incompatible es una potestad discrecional de la autoridad, que puede ser aplicada en el caso que un funcionario haya hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a 6 meses en los últimos 2 años, sin mediar declaración de salud irrecuperable. Sin perjuicio de ello, el uso de esta prerrogativa requiere que previamente se pida informe a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez respectiva, para que evalúe al funcionario respecto de la condición de irrecuperabilidad de su salud y que esta situación le impide ejercer el cargo.

Al respecto, el uso de licencia médica en estas condiciones, debe cumplirse dentro del plazo de los 2 años contados hacia atrás desde la data de emisión del documento que disponga el cese de funciones por salud incompatible o vacancia del cargo por ese motivo.

Por su parte, no se considerará para el cómputo de los 6 meses, las licencias que tengan relación con accidentes en actos de servicio y las que tienen como causa una enfermedad profesional. En estos casos aquellas deben excluirse del cómputo a que se refiere el artículo 151 del Estatuto Administrativo para declarar vacante el empleo por salud incompatible. Lo mismo ocurre con aquellas normas relativas al fuero maternal. En definitiva, esta excepción alude a las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 del Estatuto Administrativo y al Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

En cuanto a la declaración de vacancia por calificación insuficiente, esta surtirá efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo dentro del cual el empleado debe retirarse del servicio, por lo que este pierde, a partir de esa fecha, su calidad de funcionario y no puede continuar percibiendo las rentas asignadas al empleo, aunque la medida disponga y notifique en una época posterior.

CAPÍTULO XIV.
Causales de término de los cargos públicos.
Por Daniel Gaete Véliz, abogado UDELAM

A su vez, en cuanto a la declaración de vacancia por no presentación de la renuncia, dicha hipótesis dice relación con lo contemplado en el inciso final del artículo 148 del Estatuto Administrativa, que da un plazo de 48 horas para presentar aquella, a los funcionarios de exclusiva confianza. Si esto no se cumple dentro del plazo indicado, se declarará vacante el cargo.

D. La Destitución

Esta causal de término de cargos públicos dice relación con la sanción administrativa de mayor gravedad que puede aplicarse a un funcionario al momento de ser sometido a un sumario administrativo. Consiste en una decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario. La ley indica que sólo aplica cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, indicándose casos en que esta situación se configura:

a. Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada.

b. Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 del Estatuto.

c. Condena por crimen o simple delito, y

d. Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

e. En los demás casos contemplados en el Estatuto o en leyes especiales.

E. Supresión Del Empleo

La supresión de un cargo o empleo es una facultad privativa conferida por la ley a determinadas autoridades administrativas, sin condicionar su ejercicio a la concurrencia de determinados supuestos o causales, correspondiendo a aquellas ponderar las circunstancias que aconsejan su adopción. Se aplica a situaciones en donde se ordenen reestructuraciones o fusiones, por las cuales los funcionarios de planta cesan en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas.

La situación descrita da derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de 6. Para el cálculo de esta, debe considerarse cada año de servicio en la institución respectiva, sin distinguir si ellos se desempeñaron o no en forma continua, siento útil para ese fin todo el tiempo servido.

F. Término Del Período Legal Por El Cual Se Es Contratado

Llegado la fecha en que termina el período legal por el cual es nombrado el funcionario, o el cumplimiento del plazo por el cual se es contratado, se produce la inmediata cesación de sus funciones.

CAPÍTULO XIV.
Causales de término de los cargos públicos.
Por Daniel Gaete Véliz, abogado UDELAM

Esta situación es la que ocurre comúnmente con las contratas, las cuales no pueden exceder del 31 de diciembre de cada año. En el caso que no sean renovadas, se entiende que el funcionario cesa en sus funciones en dicha fecha. Sin embargo, acá es donde es aplicable la teoría de la confianza legítima, entendiendo por aquella que las reiteradas renovaciones de las contrataciones -desde la segunda renovación al menos-, generan en los servidores que se desempeñan sujetos a esa modalidad, la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro, por lo que para adoptar una determinación diversa es menester que la autoridad emita un acto administrativo que explicite los fundamentos que avalan tal decisión.

Situación En Otras Normativas Aplicables A Los Médicos.

Encontramos una regulación similar en la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, en donde su artículo 48 dispone las causales para poner término a las funciones en una dotación municipal, a saber:

a. Renuncia voluntaria;

b. Falta a la probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias, establecidos fehacientemente por medio de un sumario;

c. Vencimiento del plazo del contrato;

d. Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación con la función que desempeñen en un establecimiento municipal de atención primaria de salud;

e. Fallecimiento;

f. Calificación en lista de Eliminación o, en su caso, en lista Condicional, por dos períodos consecutivos o tres acumulados;

g. Salud irrecuperable, o incompatible con el desempeño de su cargo, en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.883.

h. Estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o hallarse condenado por crimen o simple delito, con sentencia ejecutoriada, e

i. Disminución o modificación de la dotación, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley.

CAPÍTULO XV.

El término de la contrata

Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

Los funcionarios a contrata se rigen principalmente por el Estatuto Administrativo Ley 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL del 29 del año 2004, del Ministerio de Hacienda.

Un régimen similar tienen los funcionarios municipales, los que se rigen por la Ley N° 18.883 que aprueba el estatuto administrativo para los funcionarios Municipales.

En el presente apartado, se abordará los términos de contrata de funcionarios públicos regidos principalmente por el Estatuto Administrativo, sin perjuicio, de que muchos profesionales médicos se rigen por normativas especiales, desempeñando cargos que se definen de maneras determinadas, pero que en la práctica se trata de cargos de carácter transitorio que terminan por el sólo ministerio de La Ley cada 31 de diciembre de cada año, y que requieren para su renovación una resolución de renovación. Este tipo de cargos siguen la misma lógica que los cargos a contrata definidos por el artículo 10 de la ley 18.834 Estatuto Administrativo. En consecuencia, al momento de judicializar peticiones de respecto de ese tipo de cargos, suelen tratarse como una forma de contrata, independiente del nombre o regulación específica que posean. A modo de ejemplo los cargos C.P.R., o contratados por resolución de Carabines de Carabineros.

En todo caso, cabe señalar que independiente de la norma específica que rija al funcionario público, el Estatuto Administrativo, en principio, tiene un carácter supletorio general del ejercicio de la función pública.

1. Naturaleza Jurídica Y Características Del Empleo A Contrata

El cargo a contrata corresponde a un cargo público de la administración del Estado y, como tal, contempla derechos y obligaciones funcionarias, prohibiciones e incompatibilidades. Asimismo, el funcionario público se somete a los sistemas de calificación del personal y está sujeto a causales de responsabilidad administrativa y cesación en el cargo.

La naturaleza jurídica del vínculo de los empleos a contrata es un vínculo estatuario de derecho público, esto significa que, como servidores públicos, se sujetan al bloque de normas de derecho público preestablecido, el cual es objetivo, impersonal y unilateralmente establecido por el Estado. En este sentido, la persona que ingresa a la administración del Estado, no tiene facultad de negociación de las condiciones de su contrata, la cual sólo se formaliza a través de un acto administrativo.

Los cargos a contrata, al igual que las plantas, poseen causales de cesación de funciones conforme al artículo 146 del Estatuto Administrativo, el que señala que el funcionario cesara en funciones por; 1) aceptación de renuncia; 2) obtención de jubilación, pensión vitalicia en régimen previsional, en relación al respectivo cargo público; 3) declaración de vacante; 4) Destitución; 5) supresión del empleo; 6) término del periodo legal por el cual se es designado; y 7) fallecimiento.

El acto administrativo que resuelve la no renovación de una contrata, o que resuelve su término anticipado, tiene diversos fundamentos, pero generalmente este se basa en término del periodo legal por el cual se es designado, supresión del empleo, esto en base

CAPÍTULO XV.
El término de la contrata
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

a argumentaciones de supuestas restructuraciones internas de los servicios u organismos públicos que han llevado a la supresión del empleo, o la absorción de funciones ejercidas por el cargo a contrata por uno de planta.

Los argumentos para fundamentar el término de la contrata son tan múltiples como funcionarios desvinculados cada año de los servicios públicos a lo largo de país. Lo cierto, es que todos estos actos administrativos que resuelven la no renovación de una contrata, o su término anticipado, tienen su fundamento en el carácter esencialmente transitorio que el estatuto administrativo les otorga, esto es, artículo 3 letra c), y artículo 10 del Estatuto Administrativo, que facultan legalmente a la autoridad administrativa a terminar el vínculo funcionario cuando ya no sean necesarios los servicios.

En el presente apartado abordaremos, principalmente, la causal de término del periodo legal por el cual es designado el funcionario, que es la invocada por los órganos de la administración del Estado para terminar la contrata de un funcionario público los días 31 de diciembre de cada año, mediante un acto administrativo, generalmente denominado Resolución Exenta N°xxxx-xxxx, que resuelve *"la no renovación de contrata"*.

También abordaremos, el término anticipado de contrata por supresión del empleo, o a través de la invocación de causales creadas a través de la construcción jurisprudencial contenida en los Dictamen N°85.000 y N°6.400 de Contraloría General de la República.

2. Término De La Contrata Invocando Causal De Finalización Del Periodo Legal Por El Cual Es Designado El Funcionario

El artículo 3, letra c), de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo, define los empleos a contrata como *"aquellos de carácter transitorio que se consultan en la Dotación del personal"*. El mismo texto legal en su artículo 10 señala *"que los empleos a contrata duraran hasta el 31 de diciembre de cada año, y quienes los sirvan expiraran en sus funciones en esa fecha por el sólo Ministerio de la Ley"*.

Luego, el artículo 146 del mismo cuerpo legal contempla entre las causales de cesación del cargo *"el término del periodo legal por el que fue designado"*, y, en cuanto a sus efectos, el artículo 156 señala que *"el cumplimiento del plazo para el cual el funcionario fue contratado produce inmediata cesación de funciones"*.

En consecuencia, la normativa legal que regula el empleo a contrata, define estos cargos públicos como empleos transitorios dentro de la administración del Estado, cuyo término opera de pleno derecho, por la sola llegada del 31 de diciembre de cada año, siendo decisión de la autoridad Administrativa el decidir resolver el renovar o no, la contrata para un siguiente año.

Cabe agregar, que el plazo de la contrata no necesariamente durará siempre hasta el 31 de diciembre de cada año, ya que una persona puede ser nombrada en un cargo a contrata con una fecha de término de servicios con fecha anterior al 31 de diciembre. En dichos casos, de igual forma la Jurisprudencia administrativa ha indicado que el funcionario cesara en sus funciones llegado el plazo para el que fue dispuesto, expirando en sus funciones por el solo ministerio de la ley.

CAPÍTULO XV.
El término de la contrata
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

En la lógica de la transitoriedad propia de los cargos a contrata, estos cargos públicos no se les extiende el régimen de la carrera funcionaria tal como se señala en los artículos 44 a 51 de la Ley 15.075, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en consecuencia, no pueden ejercer jefaturas. Esto último se basa en que, al definir la contrata como un empleo transitorio, no se condeciría con las labores de dirección propia de una jefatura, a menos que una ley lo autorice. En la práctica esas excepciones legales están consagradas anualmente en las leyes de presupuesto respecto de cargos determinados de algunos servicios que no tienen suficientes funcionarios de planta.

Conforme se ha venido diciendo, la regulación legal de los cargos a contrata, ha convertido a estos cargos públicos en cargos precarizados dentro de la administración del Estado, en relación a los funcionarios de planta.

Actualmente, las contratas configuran el grueso de los cargos que conforman la administración pública, muy por encima del número de cargos de planta con los que cuenta cada servicio. Esta situación ha implicado en los hechos una movilización y reclamo de estos funcionarios de mayor seguridad, requerimiento que se ha solucionado a través de construcciones jurisprudenciales de Tribunales de Justifica y de Contraloría General de la Republica.

En dicho sentido, si bien las contratas no tienen derecho a estabilidad en el empleo dado que este derecho sólo está previsto conforme las normas del estatuto administrativo para las plantas por ser parte del principio de carrera funcionara. Se ha esbozado que las contratas tienen “derecho a la función”, lo que implica que no pueden ser separados de sus empleos si no por una causa legal de expiración de funciones contempladas en el estatuto administrativo, lo que reduce el espacio de discrecionalidad de la autoridad administrativa, obligándola a otorgar una mayor fundamentación del acto administrativo cuando decide terminar anticipadamente una contrata, o en los caso resolver no renovarla llegado el 31 de diciembre de cada año, cuando el funcionario goza de la denominada “confianza legítima”.

La inestabilidad en el empleo de los funcionarios a contrata se ha venido a solucionar a través construcciones jurisprudenciales de Contraloría General de la República y del Poder Judicial a través de tutelas de derechos fundamentales y recursos de protección principalmente.

3. La Doctrina De La Confianza Legítima:

La doctrina de la confianza es una construcción jurisprudencial judicial y administrativa que ha sido desarrollada por los Tribunales Superiores de Justicia, y por Contraloría General de la República, órgano que, en el ejercicio de su facultad interpretadora de la normativa de Derecho Público, dictó los Dictámenes Nć 22.766 de 2016, Dictamen N° 85.700 de 2016, y él ya comentado Dictamen N° 6.400 de 2018, que actualiza y sistematiza los dos textos anteriores.

La confianza legítima se define como “la legitima expectativa que se produce en un funcionario, cuando su contrata ha sido objeto de dos o más renovaciones sucesivas e ininterrumpidas, creando la confianza de que esa conducta se va a repetir en el futuro”.

El principio de confianza legítima busca preservar la legítima expectativa que tienen los funcionarios de la administración del Estado, para que la autoridad tome decisiones que

CAPÍTULO XV.
El término de la contrata
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones semejantes. En este sentido, lo que se busca es que el Estado como ente administrativo empleador sea coherente con sus propios actos.

En términos generales, Contraloría General de la República ha planteado que en aquellos casos en que existen dos o más renovaciones de la contrata de un funcionario, éste adquiere la "confianza legítima" que su empleo se renovará para la siguiente anualidad, por lo que cualquier decisión de prescindir de ellos, debe estar especialmente motivada a través de un acto administrativo que señale con precisión y de forma concreta, las razones para prescindir de sus servicios.

En esta línea encontramos Dictamen N°85.700, de 28 de noviembre de 2016, señala que *"[s]e debe tener presente que conforme se dispone en los artículos 3°, letra c), y 10 de la ley N° 18.834, y artículos 2° y 5°, letra f), de la ley N° 18.883, los empleos a contrata son aquellos de carácter transitorio de una dotación y deben ser dispuestos por un plazo que puede extenderse sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y, por lo mismo, su duración puede corresponder, a lo sumo, a un año calendario(…).*

En este contexto, y en los términos señalados en el dictamen N° 22.766, de 2016, cabe colegir que la práctica que genera la confianza legítima está determinada por una extensión de tiempo que alcanza más de dos años.

En efecto, y considerando la situación de hecho referida en ese pronunciamiento, fue la segunda renovación de una designación a contrata anual la que generó en los recurrentes la legítima confianza de que, concluido el término de esta última, se iba a proceder a una nueva renovación o prórroga por igual lapso".

En materia judicial, los funcionarios a contrata que llevan más de dos renovaciones sucesivas e ininterrumpidas de sus contratas, que en espacio temporal suman a lo menos más de dos años de servicio, han solicitado tutela de sus derechos, cuando la autoridad administrativa resuelve poner término a sus contratas, o término anticipado a sus contratas, a través de la interposición del Recurso de protección por vulneración de derechos fundamentales. En el recurso de protección en funcionario vulnerado solicita a la magistratura que deje sin efecto el acto administrativo que pone resuelve poner término a su contrata, pidiendo el reintegro a sus funciones.

En este contexto, los Tribunales superiores de justicia se han pronunciado sobre los derechos que les ampara a los funcionarios públicos basados en el denominado principio de confianza legítima, analizando caso a caso.

A modo de ejemplo se citan algunos extractos de fallos favorables en materia de término de contrata de funcionarios amparados por el principio de confianza legítima:

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° Rol Nć 38.681-2017: Octavo: Que, en la actualidad, es un verdadero axioma que si una relación a contrata excede los dos años y se renueva reiteradamente una vez superado esa legítima que la Contraloría General de la República comenzó a aplicar decididamente con ocasión del Dictamen N°85.700, de 28 de noviembre de

CAPÍTULO XV.
El término de la contrata
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

2016, cuya normativa cubre, entre otros, a los funcionarios designados en empleos a contrata regidos por la Ley N° 18.884.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° Rol Nć19.214-2018: "Cuarto: Que a todo lo anterior se añade el hecho reconocido por la institución, en orden a que el actor se desempeñó de manera continua desde el 1 de febrero de 2016, esto es, durante más de dos años, situación que no se condice con la calificación de sus labores como esencialmente transitorias. Tal circunstancia confirma la arbitrariedad de la medida adoptada por la recurrida, en tanto no hubo aviso de término con un mes de anticipación, criterio establecido por la Contraloría General de la República en el Dictamen N°85.700 de 28 de noviembre de 2016, que señala como fecha límite el día 30 de noviembre, lo que no se aviene a la cantidad de años de servicio prestados por la recurrente para la institución, que fueron continuos en virtud de las sucesivas renovaciones de su contrato, contrariándose con tal proceder el principio de confianza legítima del funcionario.

En conclusión, el principio de confianza legítima es una construcción Doctrinal y jurisprudencial desarrollada principalmente a través de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en el contexto de fallos de recursos de protección de funcionarios públicos, y de Dictámenes de Contraloría General de la República, en el marco de requerimientos a este órgano Contralor, de pronunciarse sobre la legalidad y prudencia de resolver terminar la contrata de un funcionario público, después de un cierto periodo de tiempo.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, actualmente una norma que reconozca formalmente la existencia del principio de confianza legítima respecto de los funcionarios públicos a contrata, en consecuencia, las vías de tutela de derechos de estos funcionarios hoy es principalmente el recurso de protección, cuyos resultados varían en sentencias favorables y desfavorables indiscriminadamente, dependiendo el caso concreto.

CAPÍTULO XVI.
Calificación de trabajo pesado.
Por Patricia Núñez Vargas

¿Qué es el trabajo pesado?

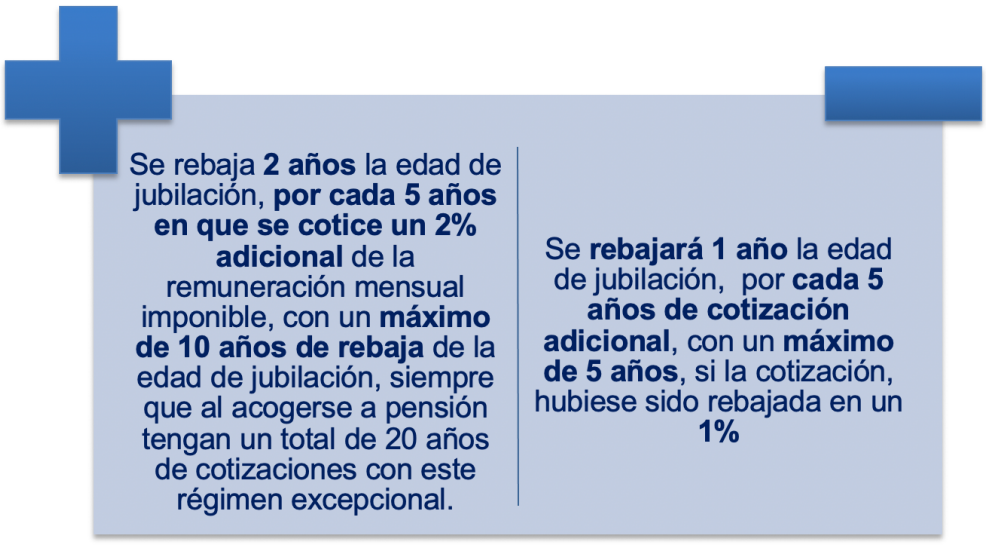
Es aquel trabajo cuya realización **acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico** en la mayoría de quienes lo realizan, provocando un envejecimiento precoz, aun cuando ellos no generen una enfermedad laboral.

Son trabajos pesados, entre otros:

- **Los que producen un desgaste orgánico excepcional, por requerir esfuerzo físico extremo**
- **Los que se ejecutan a temperaturas excesivamente altas o bajas.**
- **Aquellos que se realizan habitualmente o íntegramente de noche. En este caso aquellos médicos cirujanos que desempeñan sus funciones en Urgencias, turnos nocturnos, o en Unidades de alta exigencia física y mental.**

10.2. ¿Qué beneficio tiene que se califique un trabajo como pesado?

El(la) trabajador(a) o funcionario(a) que haya desempeñado un trabajo calificado como pesado, podrá obtener una rebaja de la edad legal para pensionarse por vejez, al estimarse que dichas labores generan un aceleramiento en su envejecimiento.



CAPÍTULO XVI.
Calificación de trabajo pesado.
Por Patricia Núñez Vargas

10.3. ¿Cuáles son los factores que se consideran para calificar como trabajo pesado una labor?

Factor físico El puesto de trabajo demanda un esfuerzo adaptativo fisiológico, reflejado en mayor gasto energético y con modificaciones del metabolismo. Ejemplo: desarrollo de fuerza, postura sostenida, trabajo repetitivo	**Factor ambiental** Presencia en los puestos de trabajo de agentes ambientales que pueden afectar negativamente la salud de los trabajadores, su bienestar y su equilibrio fisiológico. Ej: temperaturas extremas, ruido, exposición a agentes químicos (gases, polvos, etc) o biológicos (virus, bacterias, etc)
Factor mental El puesto de trabajo demanda esfuerzos adaptativos del sistema nervioso y de la estructura psicoafectiva del trabajador. Ej: manejo de incertidumbre, atención, vigilancia constante.	**Factor organizacional** Exigencias del puesto de trabajo derivadas de la organización y diseño de la labor y su entorno psicosocial. Ej: trabajo en turnos, conflicto de roles, sobrecarga cualitativa y cuantitativa

10.4. ¿Quién determina si la cotización adicional es de 1% o 2%?

Lo determina la Comisión Ergonómica Nacional (CEN), de acuerdo a los antecedentes aportados al momento de solicitar la calificación de trabajo pesado (en relación al desgaste relativo producido por dicha labor)

10.5. ¿Qué es la Comisión Ergonómica Nacional?
Es un organismo creado por ley, compuesto por un equipo multidisciplinario, que tiene la labor de calificar un trabajo como pesado (Funciona en la ciudad de Santiago).

10.6. ¿Quién puede presentar la solicitud de "Trabajo pesado"?
La solicitud de trabajo pesado puede ser presentada por:

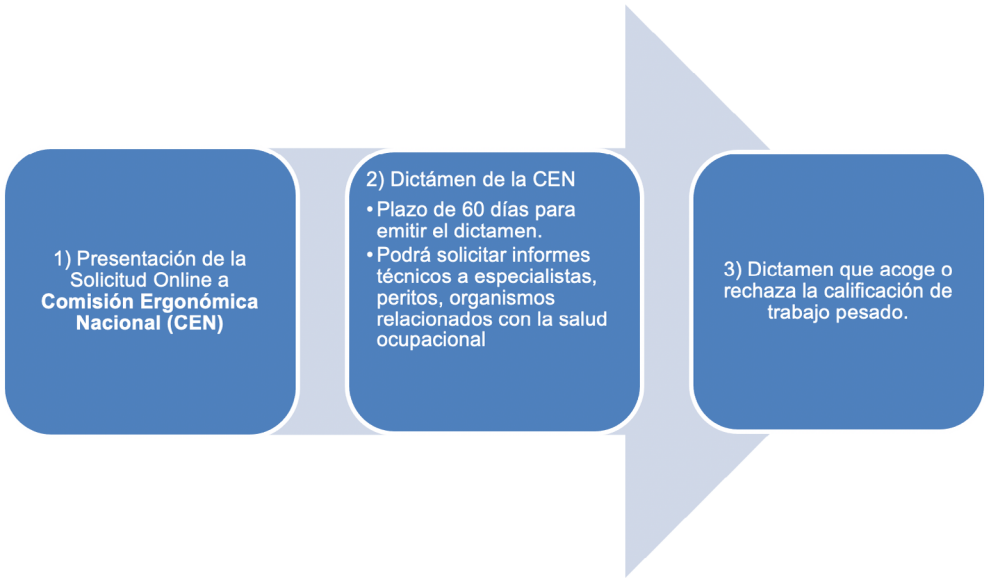
1. El empleador, sea del sector público o privado.
2. Un trabajador
3. Un sindicato (En el caso de médicos cirujanos del sector privado de la salud)

El requirente deber **tener vinculación directa con el puesto de trabajo a calificar,** por lo que **no** puede hacerlo un trabajador que ya no labora en wl puesto de trabajo al momento de realizarse la solicitud.

CAPÍTULO XVI.
Calificación de trabajo pesado.
Por Patricia Núñez Vargas

10.7. ¿Cuál es el procedimiento para determinar una actividad o empleo como trabajo pesado?

La presentación del formulario se deberá realizar exclusivamente por medios electrónicos, a través de la página https://ctp.spensiones.cl/



10.8. ¿Qué puede dictaminar la CEN?

La CEN puede aprobar o rechazar de la calificación de "Trabajo Pesado".

- Deberá notificar por escrito al trabajador, al empleador y a los demás interesados su dictamen, sobre la aprobación o rechazo de la calificación de trabajo pesado.
- Igual notificación deberá efectuar a las Administradoras de Fondos de Pensiones y al ISP, en su caso, una vez ejecutoriado este dictamen, para que reciban la cotización adicional y velen por que el empleador la entere en la cuenta del trabajador o funcionario.

10.9. ¿Puedo reclamar del dictamen de la CEN?

Si, se puede reclamar por el **rechazo** o **calificación insuficiente**, en el caso de que se determine un 1% de sobre cotización y se quiere llegar al máximo de 2%.

Este reclamo se realiza dentro del **plazo de 30 días hábiles** contado desde la notificación del dictamen respectivo.

10.10. ¿Quién resuelve el reclamo del dictamen de la CEN?

El reclamo es resuelto por la Comisión de Apelaciones, la cual realiza sus funciones en la ciudad de Santiago. La resolución de la Comisión de Apelaciones, no es apelable.

CAPÍTULO XVII.

Solicitud de restitución de remuneraciones mal percibidas en el sector público.

Por Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

Los médicos, en su calidad de profesionales funcionarios, pueden verse expuestos a la solicitud de devolución de las remuneraciones mal percibidas, situación que, desde hace un tiempo a la actualidad, se ha generado cada vez con mayor frecuencia.

En primer término, es necesario hacer presente la necesidad imperativa de tener claridad de las obligaciones que acarrea tener la calidad de funcionario público, en especial, lo relativo a la normativa sobre responsabilidad administrativa en muchos ámbitos del trabajo diario, entre ellos, los aspectos remuneracionales.

Como segundo aspecto de vital importancia, se torna esencial solicitar y revisar mensualmente la liquidación de remuneraciones, para familiarizare con los elementos que componen su remuneración. De lo contrario, aumenta la probabilidad de desconocer si las asignaciones que se están pagando se encuentran conforme a derecho, respecto a su procedencia y monto.

Por su parte, si bien se tiene como base la confianza en los funcionarios pagadores, es habitual que las Unidades de Recursos Humanos de los Hospitales cometan errores al momento de pagar las remuneraciones. Esto implica que se pueden acumular largos períodos en que se paguen asignaciones que no correspondan, por lo que una vez que se detecta el error, o se realiza la auditoría correspondiente, la solicitud de devolución puede implicar sumas millonarias.

Es por eso que toma gran importancia el hecho de solicitar las liquidaciones de sueldo, ya que permite conocer con exactitud las asignaciones remuneradas y sus porcentajes.

Aspectos relevantes para considerar en estos casos:

Antes de adentrarnos en materia, es necesario precisar que el plazo de prescripción de estas solicitudes, es de 5 años. La prescripción es una de las formas de extinguir la obligación de restituir, en atención al transcurso en exceso del tiempo. Así las cosas, Contraloría puede solicitar restituciones de remuneraciones mal pagadas y percibidas por un periodo de hasta 5 años hacia atrás.

La solicitud de restitución se notifica al funcionario a través de una carta dirigida al médico o médica involucrado(a), firmada generalmente por el encargado de remuneraciones del Hospital respectivo, explicando el contexto en que se procedió a realizar el pago erróneo y la suma total a restituir. Desde este momento, el profesional funcionario tiene un plazo de 30 días hábiles para presentar un escrito en Contraloría General de la República, con el fin de obtener la condonación de la deuda y, en subsidio, la rebaja del monto o el pago en parcialidades. En caso de no realizarse alguna presentación, el médico sólo puede optar a un pago en cuotas de la deuda respectiva.

En general, en dicho escrito se debe acreditar la buena fe o justa causa de error. Para poder preparar correctamente la defensa, y poder alegar oportunamente la buena fe o juta causa de error, al detectar irregularidades o tener dudas en su remuneración, se asesore legalmente con la Unidad de Defensa Laboral para determinar los pasos a seguir.

CAPÍTULO XVII.

Solicitud de restitución de remuneraciones mal percibidas en el sector público.

Por Rodrigo Gaete Véliz, abogado UDELAM

Una vez hecha la presentación en el Órgano Contralor, éste solicita un informe al Hospital o Servicio de Salud involucrado en el tenor de lo solicitado. Posterior a eso deberá resolver el caso, en un plazo aproximado de 3 a 6 meses (en casos complejos puede tardar más la resolución), dictaminando si hace lugar a la condonación, o bien rebaja la deuda u otorga facilidades para su reintegro, tomando en consideración elementos contractuales y financieros del médico.

CAPÍTULO XVIII.

Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.

Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

El presente capítulo tiene por objeto, informar respecto a la entrada en vigencia del DS Nć 46, que *Modifica El Decreto Supremo N° 3, De 1984, Del Ministerio De Salud, Que Aprueba Reglamento De Autorización De Licencias Médicas Por Las Compin E Instituciones De Salud Previsional* y sus consecuencias en el otorgamiento de licencias médicas por parte de los profesionales de la saluda autorizados para estos efectos.

Se detallarán las modificaciones más relevantes, omitiendo las modificaciones de adecuación como el reemplazo de palabras o términos.

1.- ANTECEDENTES PRELIMINARES

Con fecha 09 de octubre de 2019, se promulgó el Decreto Nć 46 del Ministerio de Salud, que *Modifica El Decreto Supremo N° 3, De 1984, Del Ministerio De Salud, Que Aprueba Reglamento De Autorización De Licencias Médicas Por Las Compin E Instituciones De Salud Previsional*. Este decreto fue publicado en el Diario Oficial el 19 de marzo de 2020.

Según el artículo transitorio de este decreto, la entrada en vigencia del mismo sería el 1 de enero de 2021, o el primer día hábil del mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial, si dicha publicación se efectuara con posterioridad al 1 de enero de 2021.

En sus considerandos es posible desprender el espíritu de esta normativa, en ellos se indica que el Ministerio de Salud tiene las potestades de acuerdo el artículo 4 del D.F.L Nć 1 del año 2005, del Ministerio de Salud y el artículo 196 de ese mismo cuerpo legal, para determinar los formatos de los formularios en que deban otorgarse las licencias médicas.

En uso de esas potestades y los beneficios para los pacientes de una tramitación expedita es que el Ministerio estableció el uso obligatorio de la Licencia Médica Electrónica y de manera excepcional, el empleo de licencias médicas en papel solo en aquellas circunstancias que no pueda utilizarse la Licencia Médica Electrónica,

Este decreto cuenta con un artículo único que establece cada una de las modificaciones al DS. Nć 3 de 1984 y un artículo transitorio, que establece la fecha de entrada en vigencia de esta normativa (01 de enero de 2021).

Sin embargo, es importante señalar que la incorporación del formulario electrónico a nuestro ordenamiento jurídico ocurre en el año 2005, como una alternativa al formulario de papel, con la dictación del Decreto Supremo Nć 168, de 26 de julio de 2005, de los Ministerios de Salud y de Trabajo y Previsión Social, que modificó el decreto supremo N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud, Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, y por las Instituciones de Salud Previsional, reconociéndose la posibilidad de otorgar y tramitar la licencia médica regulada por esta normativa, a través de documentos electrónicos.

Para concretar la modificación de ese entonces, el la Subsecretaría de Salud dictó la *Resolución Exenta N° 608 Establece Normas Para El Otorgamiento Y Tramitacion De La Licencia Medica Electrónica*. En este acto administrativo se estableció que el formulario electrónico de Licencia Médica Electrónica será el mismo que el de la licencia médica en formulario de

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

papel, debiendo contener todas las secciones y datos exigidos en dicho formulario.

En ese entonces, los prestadores, aseguradoras y empleadores accedían voluntariamente a un sistema de información, a través de convenios de prestación de servicios informáticos con los operadores.

Como requisito para otorgar y tramitar la licencia electrónica, la resolución establece la existencia de convenios entre el Operador, el profesional que la otorga o el prestador institucional público o privado al cual este pertenezca, y la COMPIN o ISAPRE, según corresponda.

Por su parte, la Superintendencia de Seguridad Social, a través de la Circular N° 2338 de 2006 impartió instrucciones que regulaban la implementación de dicho formulario electrónico, entiendo que cuando fue dictada, este era voluntario y era una alternativa al papel.

Sin embargo, los referidos actos no han sido modificados ni se ha indicado si los mismos pasarían a regir respecto a este formulario único electrónico instaurado con la nueva normativa.

2.- SOBRE LAS MODIFICACIONES REALIZADAS

Las modificaciones del decreto supremo Nć 3, de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las Compin e Instituciones de Salud Previsional, dicen relación con el establecimiento de un formulario único electrónico para la tramitación de las licencias de las aseguradoras indicadas (COMPIN E ISAPRES).

2.1 De las licencias por enfermedades profesionales y accidentes laborales. Eliminación de intervención de COMPIN.

La primera modificación importante se evidencia en el artículo 2ć el que establece el ámbito de aplicación de este reglamento. En su inciso 5ć, inciso que regula a qué instituciones no se le aplica este decreto, se indica se reemplaza la referencia a Mutualidades de Empleadores, por el término "un organismo administrador del Seguro de la ley Nć 16.744 (Establece Normas Sobre Accidentes Del Trabajo Y Enfermedades Profesionales) y agrega al final del mismo, que la Superintendencia de Seguridad Social será el organismo encargado de impartir las instrucciones necesarias para la tramitación y autorización de dichas licencias médicas, así como el pago de subsidios. Eliminando de esta manera la intervención de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) a este tipo de licencias (tipo 5 y 6)

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Este reglamento no se aplicará a la tramitación y autorización de las licencias ni al pago de subsidios que correspondan a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de trabajadores afiliados a Mutualidades de Empleadores, constituidas de acuerdo con la Ley N° 16.744, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30 del presente reglamento.	*Este reglamento no se aplicará a la tramitación y autorización de las licencias ni al pago de subsidios que* *correspondan a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de trabajadores afiliados a un organismo* *administrador del Seguro de la ley N° 16.744.* *Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social, impartir las instrucciones necesarias para la tramitación y autorización de dichas licencias médicas, así como para* *el pago de los subsidios derivados de éstas.*

Respecto a este punto, la Superintendencia de Seguridad social, con fecha 29 de diciembre de 2020, dictó la circular Nć 3564, *que Imparte Instrucciones Para La Tramitación De Licencias Médicas Tipo 5 Y 6 Por Parte Del Instituto De Seguridad Laboral Y Las Empresas Con Administración Delegada. Modifica El Libro Iii. Denuncia, Calificación Y Evaluación De Incapacidades Permanentes, El Libro V. Prestacioones Médicas, Y El Libro VI. Prestaciones Económicas Del Compendio De Normas Del Seguro Social De Accidentes Del Trabajo Y Enfermedades Profesionales De La Ley N° 16.744*

En esta circular, que viene a dar cumplimiento al mandato del inciso 5ć del artículo, se indica expresamente que la COMPIN no intervendrá en la tramitación de este tipo de licencias, sino que más bien serán el Instituto de Seguridad Laboral y los administradores delegados del Seguro de la Ley N° 16.744, quienes además deberán pronunciarse sobre la prórroga a la que se refiere el inciso segundo del artículo 31 de la Ley N° 16.744.[36]

En la referida circular además de adecuar el texto del Compendio De Normas Del Seguro Social De Accidentes Del Trabajo Y Enfermedades Profesionales De La Ley N° 16.744, establece que deberán existir convenios de prestación de servicios informáticos entre el operador del sistema de información para el otorgamiento y tramitación de Licencias Médicas Electrónicas y aquellas personas y entidades que intervienen en la emisión, tramitación y pronunciamiento

36 Art. 31 inc. 2. La duración máxima del período del subsidio será de 52 semanas, el cual se podrá prorrogar por 52 semanas más cuando sea necesario para un mejor tratamiento de la víctima o para atender a su rehabilitación.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

de la licencia médica, ya sean profesionales habilitados para otorgar licencias médicas, prestadores, organismos administradores del Seguro de la Ley N° 16.744, empresas con administración delegada y Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN).

Asimismo, esta circular establece como requisito indispensable que tanto el profesional habilitado para otorgar licencias médicas como el organismo administrador de la Ley N°16.744, la empresa con administración delegada y la COMPIN, según corresponda, reciban la prestación de servicios informáticos del mismo operador. Si no se cumple dicha condición, no podrá otorgarse una Licencia Médica Electrónica tipo 5 o 6, debiendo recurrirse, por tanto, al formulario de papel.

También establece reglas para el otorgamiento de dichas licencias:

1. El profesional habilitado para otorgar licencias médicas deberá acceder desde sus instalaciones al sistema de información a través del cual es posible otorgar Licencias Médicas Electrónicas.

2. *El profesional habilitado para otorgar licencias médicas deberá completar la sección que le corresponde y llenar los datos de la licencia médica que son de su responsabilidad, precisando en la sección A.3. que se trata de una licencia médica tipo 5 o 6 y, en la misma oportunidad, firmar y verificar la identidad del trabajador a través de un sistema de autenticación electrónico.*

3. *El sistema de información provisto por el operador consultará los servicios web de afiliación implementados por cada organismo administrador, a fin de determinar el organismo administrador al que se encuentra adherido o afiliado el trabajador.*

4. *El sistema de información deberá informar al profesional habilitado para otorgar licencias médicas si el empleador o trabajador independiente posee convenio de prestación de servicios informáticos vigente para tramitar Licencias Médicas Electrónicas.*

5. *Si el empleador o el trabajador independiente está adscrito, el profesional habilitado para otorgar licencias médicas pondrá a disposición de dicho empleador o trabajador independiente, a través del sistema de información, la Licencia Médica Electrónica tipo 5 o 6, para que éste continúe con su tramitación, mediante el referido sistema, ante el organismo administrador de la Ley N°16.744 que corresponda.*

6. *La Licencia Médica Electrónica tipo 5 y 6 quedará a disposición del respectivo organismo administrador del Seguro de la Ley N° 16.744, desde la fecha de su emisión.*

También establece el deber del profesional que emitió la licencia,de hacer entrega al trabajador de un comprobante impreso, con su correspondiente folio, que certificará dicho otorgamiento.

Posterior a la entrega de dicha licencia, regula todo el procedimiento de tramitación de este tipo de licencias, dependiendo si se trata de un trabajador dependiente o independiente, estableciendo el deber del organismo administrador de proseguir con la tramitación, determinando si la patología es de carácter común o laboral.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Es el artículo 5ć el que establece el uso obligatorio del formulario electrónico, reemplazando la frase *"impreso en papel o a través de documentos electrónicos" por "electrónico"*.

Artículo 5°.- La licencia medica, es un acto médico administrativo en el que intervienen el trabajador, el profesional que certifica, la Compin o ISAPRE competente, el empleador y la entidad previsional o la Caja de Compensación de Asignación Familiar, en su caso. Se materializará en un formulario especial, impreso en papel o a través de documentos electrónicos, que registrará todas las certificaciones, resoluciones y autorizaciones que procedan y cuyo texto será determinado por el Ministerio de Salud.	Artículo 5°.- La licencia medica, es un acto médico administrativo en el que intervienen el trabajador, el profesional que certifica, la Compin o ISAPRE competente, el empleador y la entidad previsional o la Caja de Compensación de Asignación Familiar, en su caso. Se materializará en un formulario especial, electrónico, que registrará todas las certificaciones, resoluciones y autorizaciones que procedan y cuyo contenido será determinado por el Ministerio de Salud

Acto seguido, agrega un nuevo inciso segundo y tercero, norma que mantiene el uso de formularios de papel sólo de manera excepcional, señalando lo siguiente:

"Excepcionalmente, cuando existan circunstancias referidas a la falta de medios tecnológicos o falta de conectividad, que haga imposible el uso de estos medios, o bien, se trate de un profesional autorizado previamente por la Compin, las licencias médicas podrán emitirse en soporte papel".

"De la licencia médica se dejará constancia en la ficha clínica del paciente y quedará sujeta a la obligación de reserva y custodia que al respecto prevé la ley 20.584, sin perjuicio de la responsabilidad que le compete a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez y al empleador respectivo."

Estas excepciones serían:

1. Circunstancias referidas a la falta de medios tecnológicos o falta de conectividad, que haga imposible el uso de estos medios.

2. Se trate de un profesional autorizado previamente por la Compin, las licencias médicas podrán emitirse en soporte papel.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Como se desprende de la lectura de la segunda excepción, es una causal bastante amplia que puede abarcar un gran número de situaciones, quedando a la discrecionalidad de la COMPIN determinar en qué casos autorizará el otorgamiento de la licencia en formularios de papel.

El nuevo artículo 8 del D.S. Nć 3 de 1984, se encuentra en el mismo sentido, refrendando que será un único formulario electrónico para todos los trabajadores y agrega un mandato para que cada cada COMPIN ejecute las medidas necesarias para los casos que se requiera la emisión de licencia material:

Artículo 8°.- Existirá un solo formulario de licencia médica sea que se materialice en papel o en documentos electrónicos para todos los trabajadores, independientemente del régimen previsional, laboral o estatutario al que se encuentren afectos. *El formulario se compone de diversas secciones que se llenarán, en forma manuscrita o electrónica por el* *profesional, el trabajador, el empleador o la entidad de previsión, en su caso, y la Compin o la ISAPRE, según corresponda.*	Artículo 8°.- Existirá un solo formulario de licencia médica electrónico para todos los trabajadores, independientemente del régimen previsional, laboral o estatutario al que se encuentren afectos. El formulario se compone de diversas secciones que se llenarán en electrónica por el profesional, el trabajador, el empleador o la entidad de previsión, en su caso, y la Compin o la ISAPRE, según corresponda. Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el artículo 5, respecto a la emisión material de la licencia médica. Para ello, la Compin respectiva deberá arbitrar las medidas necesarias para su cumplimiento.

Sin embargo, a la fecha de la emisión de este informe y pese a que la normativa esta vigente, las COMPIN a lo largo de Chile no tendrían lineamientos claros para ejecutar el mandato referido. Aún no existen criterios oficiales por parte de la autoridad administrativa, a modo de detallar en qué otros casos, podría autorizarse el uso de soporte de papel. Hasta ahora los únicos casos, además de los médicos que presenten problemas de conectividad, se encuentran aquellos cuyas huellas dactilares no logran ser registradas correctamente por el los huelleros electrónicos.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Tampoco existe una circular que regule cómo será el procedimiento, sus plazos o los antecedentes que se requerirán para acceder a la autorización de otorgar las licencias en papel, si la solicitud podrá hacerse en línea o presencialmente.

2.1 *Licencias médicas por enfermedad grave del niño menor de un año durante postnatal parental parcial.*

Otra de las modificaciones que realiza este cuerpo normativo, es que clarifica la situación de los trabajadores que, haciendo uso de su postnatal parental parcial, se les otorgaba una licencia médica por enfermedad grave del niño menor de un año, estableciendo expresamente que dicha licencia debe entenderse otorgada para aquella jornada parcial en la que deberían desempeñar sus labores.

Sin embargo, en los casos de licencia por descanso maternal y por enfermedad grave del niño menor de un año sólo podrán ordenar reposo total.	*Sin embargo, en los casos de licencia por descanso maternal y por enfermedad grave del niño menor de un año sólo podrán ordenar reposo total. En caso de que la trabajadora o trabajador haya solicitado su permiso postnatal por jornada parcial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, la licencia podrá ser otorgada por dicha jornada.*

2.2 *Cómputo De Los Plazos Para La Tramitación De La Licencia*

Otra de las modificaciones introducidas es el hecho a partir del cual se computan los plazos, antes de la modificación los plazos se contaban desde la fecha de la iniciación de la licencia, mientras que con este cambio en la norma, se indica que se cuenta desde la fecha de inicio del reposo.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Artículo 11°.- Tratándose de trabajadores dependientes, el formulario de licencia, con la certificación médica extendida en la forma señalada en los artículos precedentes, deberá ser presentado al empleador dentro del plazo de dos días hábiles, en el caso de trabajadores del sector privado y tres días hábiles, respecto de trabajadores del sector público, en ambos casos, contados desde la fecha de iniciación de la licencia médica. En el caso de trabajadores independientes deberán presentar la solicitud de licencia, extendida por el profesional tratante, directamente a la Compin o ISAPRE correspondiente, para su autorización.	Artículo 11°.- Tratándose de trabajadores dependientes, el formulario de licencia, con la certificación médica extendida en la forma señalada en los artículos precedentes, deberá ser presentado al empleador dentro del plazo de dos días hábiles, en el caso de trabajadores del sector privado y tres días hábiles, respecto de trabajadores del sector público, en ambos casos, contados desde el día siguiente al de la fecha de inicio del reposo médico. En el caso de trabajadores independientes deberán presentar la solicitud de licencia, extendida por el profesional tratante, directamente a la Compin o ISAPREcorrespondiente, para su autorización dentro los dos días hábiles siguientes a la fecha de inicio del reposo.

3.- DE LOS INTERVINIENTES Y EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO Y TRAMITACIÓN DE LICENCIAS MÉDICAS ELECTRÓNICAS.

La única circular vigente fue dictada por la SUSESO y la Superintendencia de Salud es la Circular N° 2338 de 2006 que, Imparte Instrucciones Sobre Otorgamiento y Tramitación De La Licencia Médica Electrónica.

Si bien es cierto, fue dictada en un escenario diametralmente distinto al actual, ya que la adscripción al sistema electrónico era voluntario, se mantienen algunos conceptos que es importante tener presente.

Dentro de los conceptos más relevantes, se encuentran los siguientes:

Operador: *Persona jurídica que se encuentra en condiciones de celebrar los respectivos convenios de prestación de servicios informáticos para el otorgamiento y tramitación de la licencia médica electrónica.*

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Licencia Médica Electrónica: *Aquella otorgada y tramitada a través de documento electrónico de acuerdo a lo establecido en la ley N° 19.799 y su normativa complementaria y con arreglo a lo dispuesto en el D.S. N° 3 y la Resolución Exenta N° 608, de 2006, del Ministerio de Salud.*

Entidad que se pronuncia respecto de la licencia médica: *Aquella entidad encargada de pronunciarse respecto de las licencias médicas, considerándose para dichos efectos a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) y las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) según la afiliación del cotizante*

Convenios de prestación de servicios informáticos: Instrumentos que permiten y regulan la relación jurídica entre el Operador y aquellos Profesionales habilitados para otorgar licencias médicas, Prestadores, Empleadores, Trabajadores Independientes, ISAPRES y COMPIN, que deseen adscribirse al uso de la licencia médica electrónica.

Según esta circular para emitir licencias electrónicas se requiere de un sistema de información que permita el otorgamiento y tramitación de la misma. Los servicios derivados del uso de un sistema de información deberán ser provistos por un Operador que cumpla con los requisitos jurídicos que emanan del D.S. N° 3, de la Resolución Exenta del Ministerio de Salud N° 608 y de estas Instrucciones; así como con los requisitos tecnológicos necesarios que aseguren el adecuado funcionamiento del procedimiento establecido para la Licencia Médica Electrónica y la emisión de los comprobantes.

Lo anterior presupone la Existencia de Convenios de Prestación de Servicios Informáticos entre Operador y aquellos Profesionales habilitados para otorgar licencias médicas, Prestadores, Empleadores, Trabajadores Independientes, ISAPRES y COMPIN, en este último caso, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, que deseen hacer uso de la licencia médica electrónica.

Dentro de este tipo de convenios se encuentran:

a) Convenio entre el Operador y la ISAPRE o COMPIN, según corresponda, en este último caso a través de la Subsecretaría de Salud Pública.

b) Convenio entre el Operador y los Profesionales habilitados para otorgar licencias médicas o los Prestadores.

c) Convenio entre el Operador y los Empleadores o Trabajadores Independientes.

De acuerdo estas normas además, "es requisito indispensable que tanto el Profesional habilitado para otorgar licencias médicas a quien recurre el Trabajador como la entidad que deba pronunciarse sobre la misma, reciban la prestación de servicios informáticos del mismo Operador".[37]

4.- ORDINARIO B 10 N° 333 de 15 de enero 2021: Instruye a COMPIN, sobre aplicación decreto 46, en la venta de talonarios.

37 Circular N° 2338 de 2006 que, Imparte Instrucciones Sobre Otorgamiento y Tramitación De La Licencia Médica Electrónica, p.10.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

El referido ordinario tiene como finalidad instruir a las Comisiones de medicina preventiva e invalidez acerca del procedimiento que se observará para dar cumplimiento a lo ordenado por el decreto 46, estableciendo un protocolo relacionado con la compra de talonarios, regulando así los procesos internos de validación de antecedentes que sean requeridos a los prestadores.

Una primera instrucción es la autorización de la venta de un talonario a todos quienes lo soliciten, y a partir del segundo talonario deberán cumplir lo instruido en el ordinario. En otras palabras, todo médico que se dirija a las oficinas de la COMPIN, podrá adquirir un talonario para seguir emitiendo licencias en papel, sin tener que acompañar documentación alguna, marcando la opción "Solicitud de talonario de LM a partir del 01 de enero de 2021". Cada comisión deberá llevar un registro de las licencias vendidas, los que mensualmente serán enviados al Departamento Compin Nacional.

Para comprar un segundo talonario, los médicos deberán elevar una solicitud a través de formulario que se encontrará a su disposición en las oficinas del COMPIN, al cual deberán acompañar la documentación que acredite la causal excepcional que invoquen para la compra de talonario, esta solicitud deberá ser autorizada por el Presidente de la respectiva comisión o su subrogante.

Si un médico al ir a comprar su primer talonario refiere falta de medios tecnólogicos o impedimento para seguir emitiendo licencia por su condición de adulto mayor, se accederá a la venta del primer talonario y el segundo deberá ser evaluado caso a caso.

El tiempo de respuesta fijado por este ordinario, es de 7 días hábiles desde la presentación del documento.

Las causales invocadas por los médicos podrán ser catalogadas como transitorias o permanentes por las comisiones y subcomisiones, estando obligada la COMPIN a vender un talonario cuando los médicos las invoquen.

Las causales que establece el ordinario son las siguientes:

A. Problemas asociados a los tiempos de respuesta de los operadores

B. Problema asociado a la lectura de la huella por parte del prestador

C. Problema asociado a la lectura de la huella por parte del paciente

D. Problema asociado al desconocimiento y dificultad para emitir una LME

E. Problema asociado a Internet.

F. Problema asociado a la intermitencia en la plataforma de operadores de LME.

G. Problemas asociados a la emisión de LME para trabajadores de DIPRECA/CAPREDENA

H. Problema asocidado a la no validación del trabajador por parte de su organismo asegurador, como cotizante de la institución.

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

Validación de los antecedentes según causal.

Es importante tener en claro que el procedimiento que se describirá a continuación se aplicará a partir del segundo talonario, entendiéndose que todos quienes concurran a la COMPIN podrán adquirir un primer talonario para emitir licencias en formulario de papel, cuando se presenten las situaciones descritas en las causales.

Respecto de cada una de las causales, la COMPIN siempre deberá verificar si se trata de un profesional que nunca ha emitido LME, si se comprueba que ha emitido, deberá rechazarse y se realizarán las medidas que correspondan como si de una declaración jurada con datos falsos se tratara (de hecho en el formulario existe una declaración del prestador asumiendo la responsabilidad ante datos falsos). El proceso varía según la causal que se trate.

A. Problemas asociados a los tiempos de respuesta de los operadores

Los antecedentes que se requieren respecto a esta causal son todos aquellos que den cuenta de la gestión llevada a cabo con el operador, como correo electrónico y la respuesta del operador, la dirección de enrolamiento y el formulario correspondiente.

Estos antecedentes será remitidos a la Departamento Compin Nacional, adelante "DCN", quien remitirá la información a ambos operadores, lo que será gestionado con la mayor premura posible.

B. Problema asociado a la lectura de la huella por parte del prestador.

Los antecedentes que se requieren en este caso es además del formulario correspondiente, el certificado actualizado (no más de un mes de vigencia) emitido por dermatólogo con el diagnóstico que origina el problema, lo que será validado por la COMPIN y de ser validado como impedimento para la emision de LME a través del lector, podrá vender talonarios a dicho prestado.

C. Problema asociado a la lectura de la huella por parte del paciente

En este caso en particular, en principio COMPIN rechazará la solicitud, ya que existe la opción de emitir la licencia sin requerir la validación de la firma del trabajador mediante la huella. Salvo aquellos casos en que paciente no dispone acceso a correo electrónico o mensaje de texto, caso en el cual deberá utilizar el primer talonario vendido al profesional.

D. Problema asociado al desconocimiento y dificultad para emitir una LME

Al no ser una causal de excepción, se rechazará la venta del segundo talonario, informando al médico de las plataformas de los operadores, donde existen tutorial.

E. Problema asociado a Internet.

Respecto a esta causal, consistente en que el prestador no cuenta con acceso a internet, no se indican los antecedentes que debe acompañar, indicando que se requerirá sólo el formulario correspondiente. En estos casos, se deberá autorizar la venta. Lo que no queda claro si esta

CAPÍTULO XVIII.
Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.
Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

falta de acceso debe responder a una imposibilidad geográfica o simplemente no cuentan con una conexión porque no ha contratado. Haciendo una interpretación con el reglamento, debe entenderse que el no tener acceso debe obedecer a situaciones excepcionales, que no dependan de la voluntad del prestador.

F. Problema asociado a la intermitencia en la plataforma de operadores de LME.

La exigencia para el prestador en esta causal, es indicar los días de la intermitencia del sistema, haciéndose referencia que todos los médicos contarán para estos casos con un primer talonario, requieriendo la autorización formal a partir del segundo. En caso de comprobarse que se emitió licencia en días que no hubo intermitencia, no se autorizará la venta.

G. Problemas asociados a la emisión de LME para trabajadores de DIPRECA/CAPREDENA

Junto con el formulario, el prestador deberá acompañar listado de pacientes a quienes emitió licencias médicas y que pertenecen a DIPRECA/CAPREDENA, validada esta información por la COMPIN, se prcederá a la venta del segundo talonario. En caso contrario, se negará la venta.

H. Problema asocidado a la no validación del trabajador por parte de su organismo asegurador, como cotizante de la institución.

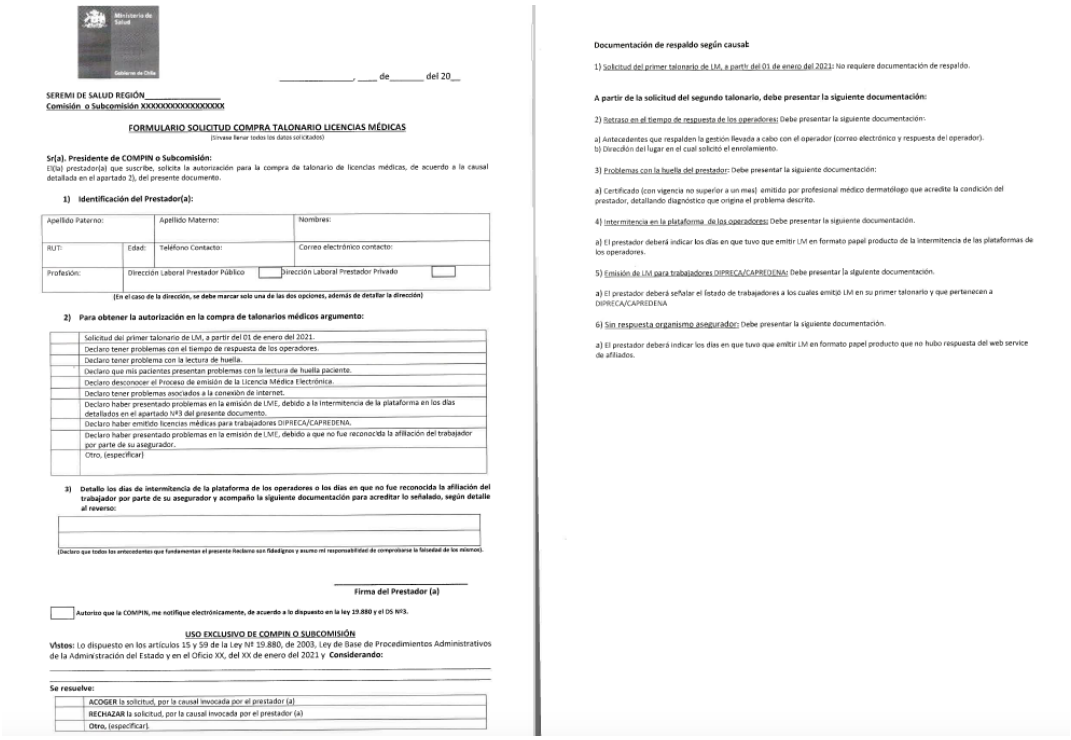
Cuando no se pueda emitir licencia porque no se reconoce la afiliación del paciente por el sistema, se debe indicar por el prestador en el formulario los días en que tuvo que emitir LM en formato de papel, dado que no hubo respuesta de web service de afiliados, lo que será validado por el DCN y se autorizará a la venta del segundo talonario.

CAPÍTULO XVIII.

Sobre la entrada en vigencia del DS nº 46 de 19 de marzo de 2020.

Por Madelyn Maluenda Pérez, abogada UDELAM

El formulario a que los médicos pueden acceder es el siguiente:



Ministerio de Salud
Gobierno de Chile

_____, ___ de_____ del 20__

SEREMI DE SALUD REGIÓN_____
Comisión o Subcomisión XXXXXXXXXXXXXXXX

FORMULARIO SOLICITUD COMPRA TALONARIO LICENCIAS MÉDICAS
(Envase llenar todos los datos solicitados)

Sr(a). Presidente de COMPIN o Subcomisión:
El(la) prestador(a) que suscribe, solicita la autorización para la compra de talonario de licencias médicas, de acuerdo a la causal detallada en el apartado 2), del presente documento.

1) Identificación del Prestador(a):

Apellido Paterno:		Apellido Materno:	Nombres:
RUT:	Edad:	Teléfono Contacto:	Correo electrónico contacto:
Profesión:	Dirección Laboral Prestador Público ☐		Dirección Laboral Prestador Privado ☐

(En el caso de la dirección, se debe marcar solo una de las dos opciones, además de detallar la dirección)

2) Para obtener la autorización en la compra de talonarios médicos argumento:

☐	Solicitud del primer talonario de LM, a partir del 01 de enero del 2021.
☐	Declaro tener problemas con el tiempo de respuesta de los operadores.
☐	Declaro tener problema con la lectura de huella.
☐	Declaro que mis pacientes presentan problemas con la lectura de huella paciente.
☐	Declaro desconocer el Proceso de emisión de la Licencia Médica Electrónica.
☐	Declaro tener problemas asociados a la conexión de internet.
☐	Declaro haber presentado problemas en la emisión de LME, debido a la intermitencia de la plataforma en los días detallados en el apartado Nº3 del presente documento.
☐	Declaro haber emitido licencias médicas para trabajadores DIPRECA/CAPREDENA.
☐	Declaro haber presentado problemas en la emisión de LME, debido a que no fue reconocida la afiliación del trabajador por parte de su asegurador.
☐	Otro, (especificar)

3) Detallo los días de intermitencia de la plataforma de los operadores o los días en que no fue reconocida la afiliación del trabajador por parte de su asegurador y acompaño la siguiente documentación para acreditar lo señalado, según detalle al reverso:

(Declaro que todos los antecedentes que fundamentan el presente Reclamo son fidedignos y asumo mi responsabilidad de comprobarse la falsedad de los mismos).

Firma del Prestador (a)

☐ **Autorizo que la COMPIN, me notifique electrónicamente, de acuerdo a lo dispuesto en la ley 19.880 y el DS Nº3.**

USO EXCLUSIVO DE COMPIN O SUBCOMISIÓN

Vistos: Lo dispuesto en los artículos 15 y 59 de la Ley Nº 19.880, de 2003, Ley de Base de Procedimientos Administrativos de la Administración del Estado y en el Oficio XX, del XX de enero del 2021 y **Considerando:**

Se resuelve:

☐	**ACOGER** la solicitud, por la causal invocada por el prestador (a)
☐	**RECHAZAR** la solicitud, por la causal invocada por el prestador (a)
☐	**Otro,** (especificar):

Documentación de respaldo según causal:

1) Solicitud del primer talonario de LM, a partir del 01 de enero del 2021: No requiere documentación de respaldo.

A partir de la solicitud del segundo talonario, debe presentar la siguiente documentación:

2) Retraso en el tiempo de respuesta de los operadores: Debe presentar la siguiente documentación:

a) Antecedentes que respalden la gestión llevada a cabo con el operador (correo electrónico y respuesta del operador).
b) Dirección del lugar en el cual solicitó el enrolamiento.

3) Problemas con la huella del prestador: Debe presentar la siguiente documentación:

a) Certificado (con vigencia no superior a un mes) emitido por profesional médico dermatólogo que acredite la condición del prestador, detallando diagnóstico que origina el problema descrito.

4) Intermitencia en la plataforma de los operadores: Debe presentar la siguiente documentación.

a) El prestador deberá indicar los días en que tuvo que emitir LM en formato papel producto de la intermitencia de las plataformas de los operadores.

5) Emisión de LM para trabajadores DIPRECA/CAPREDENA: Debe presentar la siguiente documentación.

a) El prestador deberá señalar el listado de trabajadores a los cuales emitió LM en su primer talonario y que pertenecen a DIPRECA/CAPREDENA

6) Sin respuesta organismo asegurador: Debe presentar la siguiente documentación.

a) El prestador deberá indicar los días en que tuvo que emitir LM en formato papel producto que no hubo respuesta del web service de afiliados.

CAPÍTULO XIX.

Profesionales funcionarios y cargos de elección popular

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES

Es sabido por todos que el día 25 de octubre del año 2020, se llevó a cabo plebiscito nacional a fin de consultar a los electores sí aprobaban o no la redacción de una nueva Constitución Política de la República de Chile, y si el órgano redactor sería una Convención Mixta Constitucional, integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios y parlamentarias en ejercicio o una "Convención Constitucional", conformada exclusivamente por miembros elegidos popularmente.

Por su parte, conforme al calendario electoral, para el mes próximo está programada la elección de los responsables de la administración local, a saber, los Alcaldes y Concejales y la de Gobernadores Regionales.

En este álgido contexto electoral, es evidente que muchos(as) funcionarios(as) han procedido a ejercer su legítimo derecho de postular y presentar sus candidaturas a los distintos cargos sometidos a la voluntad soberana del Pueblo.

Así las cosas, es preciso considerar que, en conformidad con lo dispuesto en la ley 21.200 de 2019, del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, que Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, que podrán ser candidatos a la Convención aquellos ciudadanos que reúnan las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución[38]. Agrega que, no será aplicable a los candidatos de esta elección ningún otro requisito, inhabilidad o prohibición—salvo las que establece el mismo texto legal en observancia—y con excepción de las normas sobre afiliación e independencia de las candidaturas establecidas en el artículo 5, incisos cuarto y sexto, del decreto con fuerza de ley N°2, del año 2017, del Ministerio de Secretaria General de la Presidencia[39].

---

38 Artículo 13: "Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.

"La calidad de ciudadano otorga los derechos a sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran."

"Los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentran fuera del país podrá sufragar desde el extranjero en las elecciones de presidente de la República y en los plebiscitos nacionales. Una ley Orgánica constitucional establecerá el procedimiento para materializar la inscripción en el registro electoral y regulará la manera en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios en el extranjero, en conformidad con lo dispuesto en los incisos primeros y segundo del artículo 18."

"Tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2ć y 4ć del artículo 10, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año."

39 Inciso cuarto: Para ser incluido como candidato de un partido político o de un pacto electoral, siempre que en este último caso no se trate de un independiente, se requerirá estar afiliado al correspondiente partido con a lo menos dos meses de anticipación al vencimiento del plazo para presentar las declaraciones de candidaturas y no haber sido afiliado a otro partido político dentro de los nueves meses anteriores al vencimiento de dicho plazo.

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Por otro lado, es menester considerar que el artículo 57 inciso primero de la ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece que "El alcalde será elegido por sufragio universal, en votación conjunta y cédula separada de los concejales, en conformidad con lo establecido en esta ley. Su mandato durará cuatro años y podrá ser reelegido." Añade el inciso segundo "Para ser candidato a alcalde se deberá haber cursado la enseñanza media o su equivalente y cumplir con los demás requisitos señalados en el artículo 73 de la presente ley".

Por su parte, el artículo 72 de la ley 18.695, ya mencionada, establece que "Los consejos estarán integrados por concejales elegidos por votación directa mediante un sistema de representación proporcional, en conformidad con esta ley. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos."

Se hace presente que el artículo 73 establece los requisitos para ser elegido Alcalde y Concejal, indicando al efecto, que se debe ser ciudadano con derecho a sufragio, haber aprobado la enseñanza media o su equivalente, tener residencia en la región a que pertenezca la respectiva comuna, según corresponda, a lo menos durante los últimos dos años anteriores a la elección, tener la situación militar al día y no estar afecto a las inhabilidades que establece la ley.

Por último, conforme al artículo 23 inciso segundo de la ley 19.175, modificado por la ley 21.073, establece que "El gobernador regional será elegido por sufragio universal en votación directa, en cédula separada y conjuntamente con la elección de consejeros regionales, conforme a las normas establecidas en el capítulo VI del título segundo". Agrega el artículo 23 bis que para ser elegido gobernador regional, se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, no tener la calidad de persona deudora sujeta a un procedimiento concursal de liquidación en virtud de lo dispuesto en la ley 20.720, de reorganización y liquidación de empresas y personas, ni de condenada por crimen o simple delito, haber cursado la enseñanza media o su equivalente, residir en la región respectiva, a los menos dos años antes de la elección, no estar afecto a alguna de las inhabilidades que establece la ley.

Hemos visto entonces, en general, los distintos requisitos que se establecen para acceder a los cargos elegidos popularmente, de lo que debe desprenderse que, en ningún caso el hecho de ser funcionario público ha sido impedimento para presentarse como candidato. Sin embargo, según veremos, podemos preguntarnos ¿Establece la ley facilidades a los funcionarios para realizar campañas? ¿Qué ocurre con el cargo en ejercicio si se asume un cargo de elección popular? ¿Qué ocurre con el profesional funcionario que se encuentra en comisión de estudios? ¿Qué pasa con el becario?

2. ALGUNAS PREGUNTAS Y RESPUESTAS

Inciso sexto: Los candidatos independientes, en todo caso, no podrán haber estado afiliados a un partido político dentro de los nueve meses anteriores al vencimiento de dicho plazo para presentar las declaraciones de candidaturas.

CAPÍTULO XIX.

Profesionales funcionarios y cargos de elección popular

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

PERIODO DE CANDIDATURA

¿EXISTE PROTECCIÓN, HORARIOS PROTEGIDOS O PERMISOS ESPECIALES PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS O BECARIOS QUE TENGAN LA CALIDAD DE CANDIDATOS A LOS DISTINTOS CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR?

A. PROHIBICIÓN DE EJERCER ACTIVIDAD POLÍTICA EN LA ADMINISTRACIÓN:

Se debe considerar, como elemento fundamental en esta materia que, las normas constitucionales consagran el principio de juridicidad y probidad, las cuales, relacionadas con la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, establecen que es obligación de los funcionarios de los servidores públicos cumplir fiel, honesta y esmeradamente, dentro de su competencia, los cometidos propios de sus cargos con miras a la eficiente atención de las necesidades públicas, con preeminencia del interés general sobre el particular, de acuerdo al artículo 52 de la ley N°18.575, y en consecuencia de lo anterior, con prescindencia de actividades políticas dentro de la Administración.

Es menester considerar que el artículo 19 de la ley 18.575 establece la prohibición de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración, lo que se extiende no tan solo a los funcionarios públicos (como los médicos en Etapa de Destinación y formación) sino que también a los becarios, que deben sujetarse al orden interno del campo clínico en el que cursan su especialización. De este modo, los profesionales funcionarios, en el desempeño de su cargo, no puede realizar, ni tampoco valerse del empleo para favorecer o perjudicar determinada tendencia política.

A mayor abundamiento, es preciso tener presente que, el artículo 84 letra h) del Estatuto Administrativo, expresamente prohíbe a los funcionarios regidos por dicho cuerpo legal (y aplicable supletoriamente a los profesionales funcionarios regidos por la ley 15.076 y 19.664) realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones".

Con todo, en el ejercicio de sus funciones, los médicos cirujanos en la administración pública, cualquiera sea su jerarquía o estatuto jurídico que los rija, están impedidos de realizar actividades de carácter político electoral durante su jornada de trabajo. Asimismo, tienen proscrito ejercer coacción sobre los empleados o los usuarios o valerse de la autoridad o cargo para favorecer o perjudicar, por cualquier medio, tendencias o particos políticos, siendo ilícito usar para los indicados propósitos los recursos públicos y los bienes del Fisco o de otras entidades estatales. En el mismo sentido, tenemos el artículo 28 de la ley 19.884.

No obstante lo recientemente consignado, y fuera de su jornada de trabajo, todo empleado, en su calidad de ciudadano, se encuentra plenamente habilitado para ejercer sus derechos políticos consagrados en el artículo 13 de la Constitución, pudiendo emitir libremente sus opiniones políticas y realizar actividad de tal naturaleza, siempre—reitero—que se ejecuten

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

fuera de la jornada de trabajo y sin recursos públicos, sin valerse de su cargo, sin que medie coacción por cualquier medio, y sin perjuicio de las prohibiciones especiales que el ordenamiento jurídico contempla.[40]

De esta forma, queda claro que el funcionario, aunque sea candidato a un cargo político de elección popular y que, por ello, requiere la realización de una determinada campaña para dar a conocerse para los efectos pertinentes, no cuenta con protección especial por tal motivo y, ello, bajo la premisa de que el funcionario en el ejercicio de sus labores debe velar siempre por el interés público por sobre el particular y, la actividad política cuya carrera ha emprendido dice relación con sus íntimas convicciones, su actividad individual, particular, de modo que, la administración no se pondrá a la postre de esa clase de finalidades, sino que, siempre en el buen funcionamiento del servicio.

Por otra parte, en cuanto al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, cabe advertir que de acuerdo con lo prescrito en el inciso final del artículo 101 de la Constitución, dichas instituciones "como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes". Del mismo modo, el artículo 2ć de la ley N°18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, además de reiterar lo señalado en aquel precepto constitucional, expresamente establece que el personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicarles, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esa norma o con las funciones que la Constitución Política y las leyes encomiendan a las Fuerzas Armadas.

Igual prohibición se contempla en el artículo 2ć de la ley 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, en lo que respecta al personal de este organismo. A su vez, el referido artículo 18 de la ley 18.603 hace extensible el mismo criterio a todo el personal de las Fuerzas Armadas y el de Orden y Seguridad Pública, es decir, comprendiendo también a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, de acuerdo al inciso segundo del aludido artículo 101 de la Constitución.

B. PERMISOS ADMINISTRATIVOS Y FERIADO LEGAL:

Así las cosas, el funcionario, becario, no debe ni puede ejercer su campaña en horarios de funcionario o del programa de formación. Si quisiera hacerlo, tendría que hacer uso de permisos sin goce de remuneraciones permisos administrativos (días), feriado legal, conforme a los límites y bajo las condiciones establecidas en la ley.

Debemos recordar, en todo caso, que los permisos y feriado antes referidos, no constituyen un derecho adquirido de los servidores, sino que una mera expectativa que se encuentra sujeta a la condición de que la autoridad en uso de sus facultades legales los autorice o no.

40 Dictámenes 16.848, de 2014 y 86.368, de 2016, ambos de la Contraloría General de la República.

C. LICENCIAS MÉDICAS:

El uso de licencias médicas no habilita al funcionario para que durante el reposo haga campaña política, pues, la finalidad de la misma es la recuperación de la salud del servidor, de forma tal que, transgredir dicha finalidad es una grave falta a la probidad administrativa.

D. DEBE TENERSE ESPECIAL CONSIDERACIÓN, REITERO, EL DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LA JORNADA DE LOS FUNCIONARIOS.

SE RECUERDA, los funcionarios de la Administración del Estado deben dar estricto cumplimiento a su jornada de trabajo, lo que debe ser fiscalizado por la autoridad o jefatura que corresponda, toda vez que aquella es un medio fundamental para cumplir uno de los objetivos básicos fijados por la ley 18.575 para las entidades estatales, cual es, la atención continua y permanente de las necesidades de la comunidad, y que no puede verse alterada, bajo ningún aspecto, por actividades de carácter político.[41]

ASUNCIÓN A LOS CARGOS

¿Qué ocurre con el funcionario o becario que es proclamado como candidato elegido y asume el cargo político al que postuló?

Una vez que se lleve a cabo el respectivo proceso electoral y, una vez, en caso de proceder que se dicte sentencia del Tribunal Calificador de Elecciones sobre todos los reclamos y practicado el escrutinio general, el mencionado Tribunal proclamará a los candidatos que hubieren resultado elegidos.

Sobre el particular, conviene puntualizar que el artículo 52 de la ley 18.575, tantas veces mencionada, establece que las autoridades de la administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa.

El principio de probidad administrativa, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Desde ese punto de vista, es menester que, las leyes han velado por evitar el ejercicio del cargo público mismo con el cargo político respectivo, estableciendo incompatibilidades entre ambos:

a. SI ES INTEGRANTE DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL:

El artículo 134 de la Constitución que, a contar de la proclamación del Tribunal Calificador de Elecciones, los funcionarios públicos, entre los cuales, se encuentran los profesionales funcionarios médicos(as), podrán hacer uso de un permiso sin goce de remuneraciones mientras sirvan a la Convención, en cuyo caso, además, se debe considerar que este nuevo

41 Dictamen 8600, de 3 de febrero de 2016, de la Contraloría General de la República.

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

cargo no es incompatible con empleos o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de municipalidades, entre otras. Lo último, en otras palabras, permite a los funcionarios públicos mantener su empleo en la medida que hagan uso de un permiso como el antes señalado.

Es importante considerar que en este punto, la Constitución no distingue entre funcionarios titulares de planta o a contrata, de modo que, debería aplicarse de manera extendida, aunque pugna con la naturaleza misma del empleo a contrata que es esencialmente transitorio, como lo es el de la etapa de destinación y formación. Pero como una norma de rango superior no establece una distinción y, cuando la ley no hace una diferencia no es lícito al intérprete distinguir o diferenciar, es dable deducir que la autoridad del servicio o repartición en la que el funcionario ejercía su respectiva función, deba prorrogar esas contratas en cuanto sea necesario para materializar realmente el derecho concedido a los Convencionales Constituyentes.

Se debe tener presente, en todo caso, que la Convención no puede intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o las leyes.

También, es importante considerar que, una vez proclamado el funcionario público como convencional constituyente, es obligatorio para la autoridad competente conceder el permiso de que se trata una vez requerido por aquel, pues si quedara entregado a su discrecionalidad y este decidiera no conferirlo, el servidor se vería afectado por la señalada incompatibilidad del artículo 58, lo que le impediría asumir el cargo de elección popular, salvo que renunciara a su empleo en la Administración, resultado que se opone al objeto de la norma constitucional en comento, cual es, precisamente, que tales servidores puedan integrar la Convención Constitucional sin perder su cargo o empleo, incentivando así la participación ciudadana en la misma.[42]

En cuanto a los profesionales funcionarios de la Etapa de Destinación y Formación que se encuentren en programas de formación de especialistas, conviene mencionar, que se encuentran en comisión de servicios (la especie es la comisión de estudios), manteniendo, como es sabido, su calidad de funcionarios públicos, de modo que, en caso de ser proclamado como integrante de la Convención Constituyente, le asiste el derecho a este especial permiso (con fisonomía propia) como a todo funcionario. Respecto a los becarios, es menester que, si bien, no tienen la calidad de funcionarios. En este caso, es curioso observar que la norma del artículo 134 en comento, sólo se refiere a los funcionarios públicos, generando un vacío en materia de becarios, funcionarios a honorarios o sujetos al Código del Trabajo.

En cuanto a los becarios, podemos recurrir a lo dispuesto en el artículo 6ć del Decreto Supremo 507, de 1990, del Ministerio de Salud, establece que, las becas estarán divididas en periodos anuales, renovables cuando su duración sea superior a un año. Por su parte, interesante es observar que el precepto en comento indica que, la beca sólo puede interrumpirse por resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales o de la Dirección del Servicio de Salud, según corresponda, previa solicitud fundamentada del becario y la autorización formal del

42 Dictamen E53864 de 23 de noviembre de 2020 de la Contraloría General de la República.

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Centro Formador, caso en el que el becario dejará de percibir el estipendio asociado a la formación durante el tiempo de interrupción, sin perjuicio de mantenerse la inhabilidad señalada en el artículo 11." El mencionado artículo 11 dice que la calidad de becario será incompatible, mientras dure el periodo de formación, con cualquier empleo o cargo de profesional funcionario en los términos establecidos en el artículo 13 de la ley 15.076. En este punto, la norma en comento establece que "Los cargos y remuneraciones de los profesionales funcionarios son compatibles hasta los máximos indicados en el artículo 12ć. Además, son compatibles con el desempeño de cargos docentes hasta un máximo de doce horas semanales, sin perjuicio del cabal cumplimiento de la jornada contratada. Agrega que, las compatibilidades e incompatibilidades a que se refiere el inciso precedente, sólo serán aplicables respecto de cargos y horarios contratados por los Servicios de Salud, los Servicios de la Administración Pública, empresas fiscales y a las instituciones semifiscales y autónomas, municipalidades. Desde ese punto de vista, se entiende que no existe incompatibilidad entre el cargo de Convencional Constituyente y el de becario, de modo que la suspensión de la beca no implica el límite impuesto por el artículo 11, pues, la Convención no es de aquellas instituciones mencionadas en el inciso segundo del artículo 1 de la ley 15.076. De todas formas, consideramos que existe un grave vacío en la preceptiva que ha olvidado una mayor protección de los becarios.

Lo mismo ocurre con los contratos de honorarios que celebran los servidores con la Administración del Estado, que bien sabemos que son numerosos. No se prevé alguna protección especial relativa a estos contratos ni conservación alguna de los mismos. Si bien, es un tema que es dable discutir, es menester considerar que conforme a los artículos 4 del Estatuto Administrativo de empleados municipales y 11 del Estatuto Administrativo, loa contratos de honorarios son esencialmente transitorios y para cometidos específicos dentro de la Administración, de modo que, si se es proclamado como convencional constituyente, debe terminarse el respectivo contrato por la imposibilidad de ejecutarse.

b. ALCALDES, CONSEJALES Y GOBERNADORES

Trataremos de manera separada a los servidores que son nombrados en los cargos indicados en este acápite.

Así las cosas, conviene mencionar, que el artículo 59 de la ley 18.695 establece que, el cargo de Alcalde será incompatible con el ejercicio de otro empleo o función pública retribuido con fondos estatales, con excepción de los empleos o funciones docentes de educación básica, media o superior, hasta el límite de doce horas semanales. Agrega la normativa que, los funcionarios regidos por la ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo (aplicable a los profesionales funcionarios de la ley 19.664 y 15.076), por la ley 18.883 (aplicable a los funcionarios de APS municipal) y el regido por la ley 19.378, que fueren elegidos Alcaldes en conformidad a la ley, tendrán derecho a que se les conceda permiso sin goce de remuneraciones respecto de los cargos que estuvieren sirviendo en calidad de titulares, por todo el tiempo que comprenda el desempeño alcaldicio."

En este punto, quisiera detenerme aun más.

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Primero, debemos considerar que, cargo público es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1ć, a través del cual se realiza una función administrativa.

Segundo, que sólo las personas que desempeñen cargos de planta podrán tener la calidad de titulares, esto es, aquellos funcionarios que se nombran para ocupar en propiedad un cargo vacante.

Tercero, que el artículo 6ć de la ley 19.664 establece que, la Etapa de Destinación y Formación se cumplirá mediante el desempeño de empleos a contrata.

Así las cosas, se nos presenta aquí una dificultad por cuanto el especial permiso sin goce de remuneraciones, sólo se encuentra contemplado para cargos titulares, calidad que no tienen por naturaleza los cargos a contrata.

La materia, por su parte, no se ve resuelta en la ley 19.664. Por su parte, la ley 15.076, establece en su artículo 6ć inciso tercero que "Los profesionales funcionarios que cesaren en sus cargos por optar a uno de representación popular, tendrán derecho a ser reincorporados en el Servicio Público donde hayan prestado funciones al momento de la opción, siempre que exista una vacante en el mismo y ejerciten su derecho dentro del plazo de un año a contar desde el término del mandato o del cese de la prohibición que establece el artículo 58 de la Constitución Política del Estado, según corresponda".

Ahora bien, debemos observar si este último precepto anotado es aplicable o no al caso de los médicos de la Etapa de Destinación y Formación. Así las cosas, el artículo 22 del Código Civil establece que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Desde ese punto de vista, es preciso establecer que el inciso tercero del artículo 6ć anotado precedentemente se refiere a profesionales funcionarios de la planta de los servicios de salud, de modo que esa conservación del cargo a que hace alusión no se refiere a los de naturaleza transitoria como lo son las contratas.

Las reglas del artículo 14 y 15 de la ley 15.076 no resultan aplicables a este caso.

Así, debemos recurrir a la regla general contenida en el artículo 86 del Estatuto Administrativo que señala "Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular." (lo destacado es nuestro).

De ello se sigue que, en el caso de que un funcionario a contrata, como son los médicos en etapa de destinación y formación, estén o no en el curso de un programa de formación, los funcionarios con contrato a plazo fijo de la ley 19.378, deberán cesar del desempeño de sus cargos asistenciales para asumir el de Alcalde.

CAPÍTULO XIX.
Profesionales funcionarios y cargos de elección popular
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Además, la naturaleza transitoria del cargo a contrata y de plazo fijo no permitiría su conservación.

Respecto a los Concejales, señala normativa que, estos serán incompatibles con los de miembro de los consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe. Ahora, si bien, la norma en comento no indica otros cargos, debemos recordar lo indicado en el artículo 86 del Estatuto Administrativo que hace que todos los empleos a que se refiere el mismo, son incompatibles con cargos de elección popular.

En cuanto a los Gobernadores Regionales, será incompatible con todo otro empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de los demás órganos de la Administración del Estado o de las empresas del Estado o en las que éste tenga participación por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes hasta el límite de doce horas semanales. Ello sumado al artículo 86 del Estatuto ya tantas veces mentado, trae como consecuencia, al igual que los casos anteriores, que la asunción al gobierno regional trae aparejado el cese por el solo ministerio de la ley del cargo de médico EDF, APS municipal, etc.

CAPÍTULO XX.

El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19

Por Irene Soto Munizaga, abogada

Conocido resulta para todos el contexto de pandemia Covid-19 y el estado de catástrofe que en virtud de ello vive actualmente nuestro país. La alteración de aquello que conocíamos como "el normal desarrollo de funciones" viene sin duda a requerir de la adaptación necesaria ante un evento de tamaña magnitud y características.

A todas luces esta inmediata exigencia se puede encontrar en el actual ejercicio de la profesión médica en el ámbito de la prestación pública de salud, situación que da lugar a innumerables y diversas inquietudes. ¿Corresponde que mi superior jerárquico me encomiende funciones fuera de mi cargo? ¿Me puedo negar? ¿Estoy protegido ante eventuales responsabilidades? Sin duda son tantas las interrogantes como las realidades existentes de cada médico, esperable resulta ser que el cambio de funciones habituales traiga consigo la incertidumbre predominante por estos días.

Es por ello que, en el marco de la contingencia sanitaria, la búsqueda de respuestas de todo profesional médico en el ejercicio de su función pública, se hace inminente. Conducir a la orientación necesaria mediante la entrega de información relevante y atingente, es la propuesta a considerar.

I. Cambio de funciones del médico y deber de obediencia

La principal interrogante que surge a este haber es si, efectivamente, se puede o no realizar un cambio de funciones por el superior jerárquico. Pues bien, el Estatuto Administrativo no precisa concretamente que se entiende por "cambio de funciones", bajo esta premisa lo que más se acerca en esta búsqueda es lo que el cuerpo normativo denomina "trabajos extraordinarios", puntualizando en su artículo 61 letra d) que todo funcionario está llamado a *"cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico"*.

Pues bien, para entender que conlleva el trabajo extraordinario, inicialmente resultará necesario por parte de todo médico, conocer con claridad cuáles son aquellas *funciones propias del cargo* a las que se obligó en razón de su contrato y de su calidad de servidor público, dado que son éstas las que el funcionario estará llamado primeramente a ejecutar de forma regular y continua. Se entenderá por tanto, que toda actividad mediante la cual se extrapole la función propia a la cual se obliga inicialmente el médico, resultaría ser una excepción a la regla general que, reiteramos, es el cumplimiento de la función propia por la cual se le contrató.

En este sentido, se ha entendido por la jurisprudencia administrativa que toda excepción a la función propia del cargo, entiéndase comisiones de servicio o encomendaciones especiales, deberá analizarse en cada caso particular; sin embargo, si en términos generales se espera que, para que los servidores públicos den cumplimiento a los objetivos institucionales y a la mejor prestación de los servicios, el empleador cumpla con la obligación de proveer todas las condiciones materiales, laborales y humanas necesarias para el desempeño de sus labores; con mayor razón deberá estimarse para toda labor que salga de la función propia.

CAPÍTULO XX.

El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19

Por Irene Soto Munizaga, abogada

Ahora bien, el artículo 95 del decreto con fuerza de ley N°1 del 2005, del Ministerio de Salud, referente al personal que labora en el sistema de turno señala que, dicho personal, no podrá desarrollar tareas extraordinarias de ningún tipo, salvo se trate de trabajos imprevistos, motivados por emergencias sanitarias o necesidades impostergables de atención a pacientes. Esta labor extraordinaria deberá ser calificada por el director del establecimiento mediante resolución fundada. En suma, la autoridad se encontrará facultada para disponer la ejecución de aquella labor extraordinaria, solo cuando concurran los supuestos indicados (en este caso concurre el supuesto de emergencia sanitaria), debiendo dictar para tal efecto un acto administrativo fundado que califique el motivo excepcional de esa instrucción, sin que para ello se requiera el consentimiento de los funcionarios afectados, en conformidad a lo establecido en el señalado artículo 61, letra d) del Estatuto Administrativo.

Asimismo, en cuanto a las destinaciones, comisiones y cometidos funcionarios, la autoridad administrativa está facultada para disponer ciertas medidas que fijen y especifiquen el lugar en que deben ejercer o continuar ejerciendo sus cargos los servidores de su dependencia, ya sea de manera permanente o transitoria. Está facultad de igual forma deberá materializarse mediante la dictación de un acto administrativo, conforme a los principios generales que informan la gestión de los servicios públicos. En este caso corresponderá a las autoridades de la Administración apreciar las circunstancias o razones que justificarán la destinación del funcionario, siempre que ello no signifique eventuales arbitrariedades y que, dichas funciones no sean impropias del cargo. En definitiva y, conforme a los artículos 61 letra e), 73 de la ley N° 18.834 y 46 de la ley N° 18.575, se trata de un superior que está facultado a ello, siempre que impliquen funciones de igual jerarquía y en ningún caso ajenas al conocimiento, al menos general, que el cargo requiere.

En suma, más que considerar la posibilidad de un "cambio de funciones", lo correcto sería referirse a la facultad que tiene el superior jerárquico de encomendar un trabajo extraordinario o destinación especial a la función propia del cargo. Así, la autoridad administrativa está autorizada para disponer medidas que especifiquen la forma como ejercerá su cargo un servidor de su dependencia, incluyendo en ello toda labor extraordinaria que dicha autoridad estime.

Al alero de esta primera interrogante, surge aquella que dice relación con la posibilidad cierta que tiene el médico funcionario de negarse a la encomendación de esta labor extraordinaria o destinación. Pues bien, en este punto es necesario hacer alusión a uno de los principios básicos de toda organización administrativa, el llamado "deber de obediencia", responsable de emplazar a dicho profesional al cumplimiento ineludible de las órdenes emanadas por su superior, esto debido a la estructura administrativa esencialmente piramidal que así lo impone.

Es importante precisar que la obediencia es piedra angular del sistema administrativo, por lo demás muy vinculada a las normas sobre disciplina administrativa y a la obligación de prestar los servicios por parte de quién trabaja bajo la dependencia del Estado. A razón de esto, el funcionario no podrá excusarse de realizar un trabajo extraordinario ordenado por su superior, conforme a las obligaciones que les imponen las letras e) y f) del artículo 61 de la ley 18.834, en relación con las normas del párrafo 3° del título III del mismo cuerpo

CAPÍTULO XX.
El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19
Por Irene Soto Munizaga, abogada

estatutario. Todo ello, esperando que dicho superior otorgue las condiciones necesarias que lo hacen procedente, situación que, de no generarse, no obstará al cumplimiento de la labor, por cuanto seguirá siendo parte del deber funcionario el desempeño de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que dicho deber de obediencia cuenta con lo que la doctrina llama, "un carácter reflexivo". Esto supone considerar la posibilidad que tiene el subordinado de, valga la redundancia, reflexionar sobre la orden impartida y en definitiva oponerse en principio a su cumplimiento cuando, como fruto de esa reflexión, resulte la convicción sobre su absoluta inconveniencia o su manifiesta ilegalidad. Menester es referirse que la posibilidad del funcionario de oponerse al cumplimiento de esta orden, no supone en ningún caso su no cumplimiento (entendiendo que el deber matriz llama siempre a cumplirlas), sino que más bien dice relación con la eventual responsabilidad que, por la ejecución del acto, pueda surgir para él y/o para su superior.

No obstante lo anterior, en el evento que la orden impartida sitúe al funcionario ante un hecho con caracteres de crimen o simple delito, la obligación de comunicar aquello al Ministerio Público o Policía, será directa; asimismo, si en ella observa hechos irregulares especialmente contraventores del principio de probidad administrativa, los cuales deberá poner en conocimiento de la autoridad del servicio público donde ejerce sus funciones, todo en virtud del artículo 61 letra k) del cuerpo estatutario ya referido.

ii. Representación administrativa

A este haber, estando al margen de la situación de encontrarse el funcionario ante un hecho de carácter delictual o contraventor del principio de probidad administrativa, una de las inquietudes más recurrentes que surge al respecto, resulta cuando la encomendación especial del superior jerárquico se traduce en el deber de ejecutar una orden que el servidor pueda considerar inapropiada para el cargo por el que se contrató y la función propia del mismo.

Pues bien, en este caso, dicho funcionario cuenta con la figura de la representación administrativa, la cual se condice con la búsqueda de las responsabilidades que eventualmente puedan surgir por la ejecución de la tarea encomendada. Así, de acuerdo con el artículo 62 del Estatuto Administrativo, si el funcionario estimase que la orden impartida por el superior jerárquico es ilegal, puede representárselo por escrito, dándole a conocer su disconformidad con la ejecución de lo ordenado. Ahora bien, si realizada la representación, el superior insiste y reitera su orden, el funcionario de igual forma estará llamado a cumplirla, sin perjuicio de quedar exento de toda responsabilidad que se origine por la ejecución de la misma, la cual recaerá en el superior que insistió en ella.

En este sentido la representación con la que cuenta el médico funcionario ante la orden de su superior, viene a exonerarlo de toda sanción administrativa, por cuanto y más allá de, si posee o no las facultades o capacitaciones especiales para ejecutar la orden, el deber público como obligación matriz en su calidad de servidor público, se entenderá cumplido.

Es importante precisar que, para materializar la representación aludida, será necesario enviar a la jefatura superior respectiva, copias de las comunicaciones donde figure dicha orden y

CAPÍTULO XX.
El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19

Por Irene Soto Munizaga, abogada

copia de aquella que la reitera, siendo 5 días el plazo para este envío, contados desde la fecha de la última comunicación.

II. Eventuales responsabilidades administrativas

Ante las circunstancias sanitarias actuales resultan esperables las inquietudes de todo profesional médico referentes al grado de responsabilidad asociado a la ejecución de su función pública y/o las sanciones a las que se expone en el evento que dicho ejercicio conduzca a situaciones no deseadas. Pues bien, a este haber y antes que todo, es importante precisar que dicha responsabilidad, será independiente de aquella de índole civil o penal que se persiga, ello por disposición del artículo 120 de la ley 18.834 ya señalada anteriormente.

El Derecho Público, regulador de la relación existente entre cada funcionario, en este caso profesional médico, con la Administración, será la normativa que determinará los procedimientos conducentes a establecer el grado de responsabilidad pertinente y con ello, las sanciones aplicables tipificadas por la misma ley.

Si bien, la normativa pública no establece que se entiende por responsabilidad administrativa, ello puede asociarse, por terminología general, a la "necesidad de reparar el daño sufrido por otro", necesidad que se traducirá para "el infractor" en una sanción ineludible, todo ello en resguardo del principio de juridicidad inspirador del ordenamiento jurídico respectivo.

Los deberes que llama a cumplir la ley al servidor público están regulados de forma expresa, por cuanto todo aquello que se aparte de ese cumplimiento, tendrá un carácter infraccional por sí mismo. Así se considerará para el caso en comento, el incumplimiento de la orden emanada por el superior jerárquico.

En este sentido resulta importante precisar que, en virtud del principio de legalidad, la responsabilidad administrativa siempre surgirá vinculada a una sanción disciplinaria previamente establecida. El cuerpo estatutario en su artículo 119 es claro en señalar que *"el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias"*, precisa además que *"los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo"*

Sin embargo, en la realidad funcionaria no toda situación que afecte de manera negativa el cabal cumplimiento de los deberes, obligaciones o prohibiciones aplicables a los funcionarios públicos importará la configuración de una responsabilidad administrativa, dado lo ineludible de contar siempre con una sanción previamente establecida. Por lo demás, la generalidad de estas sanciones, se materializarán en la hoja de vida del funcionario para efecto de sus calificaciones y, en menor medida, en los procedimientos sancionatorios establecidos, entiéndase investigación sumaria y sumario administrativo, para aquellos casos en que "el juzgador" lo estimase concerniente, en virtud de su potestad jerárquica y disciplinaria.

A este haber y para interés del médico funcionario, el simple incumplimiento de la orden emanada de su superior, comprendiendo en ello una negación no representada previamente

CAPÍTULO XX.
El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19
Por Irene Soto Munizaga, abogada

por la razón que sea, supondrá la respectiva infracción de su deber público y, conllevara la responsabilidad administrativa materializada en la sanción respectiva.

No obstante lo anterior y, como se señaló en el numeral precedente, la negación al cumplimiento de dicha orden, previamente manifestada y representada por escrito al superior de la cual emanó, liberará al funcionario de toda responsabilidad que eventualmente pudiese surgir por la ejecución de la misma, la cual recaerá por entero en el superior que insistió en su ejecución, todo ello conforme al artículo 62 del cuerpo estatutario ya mencionado.

En síntesis y al haber de lo expuesto, resulta imposible determinar con precisión cuál será concretamente la sanción aplicable en virtud de la responsabilidad originada por el incumplimiento de los deberes funcionarios, lo único certero es que, salvando la representación, sí surgirá esta responsabilidad en el médico que se niegue a ejecutar funciones que extrapolen a aquellas que son propias de su cargo. En este sentido, si la ley administrativa no tipifica la conducta específica, situación que, por su amplitud de carácter, suele no ocurrir; será la propia autoridad administrativa, según la gravedad de los antecedentes y de los hechos a investigar, la que determinará discrecionalmente (mas no arbitrariamente) si procederá una anotación de demérito o una medida disciplinaria, reservando los sumarios administrativos a aquellos hechos de mayor gravedad.

Por último es importante precisar que, para impugnar una medida disciplinaria, el ordenamiento jurídico no contempla la interposición de recursos o reclamos ante la Contraloría General. No obstante, la circunstancia que el legislador no haya entregado al organismo contralor potestades disciplinarias, no será impedimento para el ejercicio de sus facultades de control de legalidad de las mismas, conferidas por los artículos 98 y 99 de la Constitución Política y 1°, 5°, 6° y 9° de su Ley Orgánica N°10.336

Sin duda son muchas las interrogantes nacientes de la contingencia sanitaria en curso, las múltiples y nuevas necesidades conducen a analizar con mayor esfuerzo no solo los recursos humanos y materiales existentes, sino que también las formas en que aquellos están destinados a utilizarse. Por lo demás queda patente su observancia en el contexto de la salud pública, ámbito donde la exigencia se manifestará con mayor urgencia e inmediatez.

La realidad que hoy pudiese estar viviendo cada profesional médico, funcionario de la Administración del Estado, sin lugar a dudas supondrá un sinnúmero de nuevas situaciones en el ejercicio de su cargo, consecuencia inevitable del evidente incremento de la demanda de salud del sistema.

En este contexto, las respuestas, aunque para muchos insuficientes, deberán necesariamente buscarse en la normativa pública, la cual es clara en señalar cuáles son los deberes que cada funcionario está destinado a cumplir por su calidad de tal y cuáles las sanciones o medidas disciplinarias a asumir por su no ejecución.

En conformidad a lo expuesto dichos deberes serán aquellos que el superior jerárquico encomiende. Ello, más aún, considerando la inexistencia en Chile de una Ley de Especialidades Médicas, realidad que llama a los médicos generales a lidiar con atenciones de pacientes

CAPÍTULO XX.
El deber de obediencia de los funcionarios públicos: cambio de funciones habituales del médico, representación de las órdenes al superior jerárquico y eventuales responsabilidades administrativas, en contexto COVID-19
Por Irene Soto Munizaga, abogada

propias de especialistas. Así, sumado al deber de obediencia referido y, más allá de la posibilidad cierta del funcionario de representar la orden a su superior; se encuentra la realidad médica que no cuenta con la normativa especial mencionada, situación que le impedirá al profesional negarse (por no contar con la especialidad) al ejercicio de la profesión en cualquier campo de la medicina que así lo requiera, dado que bastará su título de médico general y el respectivo Eunacom (obligatorio en la esfera pública), para hacerlo.

En este sentido y por una realidad país, la responsabilidad administrativa que pueda generarse para el profesional médico, en el ejercicio de su función pública, por la alteración del habitual desarrollo de funciones, será un tema a analizar siempre con posterioridad, por cuanto el primer llamado es a cumplir la orden impartida por su superior, no obstante la oportuna representación que se haga de la misma.

En definitiva y para interés de lo expuesto, la normativa vigente no genera espacios para el no cumplimiento de los deberes funcionarios y tareas extraordinarias encomendadas, sin embargo, sí los otorga al liberar al funcionario de toda responsabilidad, mediando la oportuna representación aludida. Por lo demás y, salvo las excepciones comentadas, el espíritu inicial de la norma pública es a cumplir con el deber cometido, en clara concordancia con la obediencia requerida, piedra angular del ordenamiento jurídico en estudio.

CAPÍTULO XXI.
Asociaciones de funcionarios públicos.

Por Gabriel Nieto Muñoz,
abogado jege UDELAM

En primer término, es preciso aclarar que nuestra Constitución Política asegura a todas las personas, el derecho a asociarse sin permiso previo (artículo 19 N° 15), siempre que las asociaciones que se formen, no sean contrarias a moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

En tal sentido, es permitido por la Carta Fundamental que las personas puedan formar diversas asociaciones, sin perjuicio de que nadie puede ser obligado a pertenecer a una determinada organización para ejercer cualquier actividad, por cuanto ello atenta con lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Carta Magna.

Ahora bien, debemos remitirnos en esta materia a la ley N° 19.296 que ESTABLECE NORMAS SOBRE ASOCIACIONES DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Esta ley, establece en primer término que, se reconoce a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, y del Congreso Nacional el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Además, es preciso destacar que, las asociaciones de funcionarios de los servicios de salud podrán tener como base uno o más hospitales o establecimientos que integren cada servicio de salud, caso en el cual serán consideradas de carácter comunal.

Por su parte, es preciso considerar que la ley contempla como principales objetivos de las asociaciones de funcionarios, las siguientes:

a. Promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos, en el marco que esta normativa permite;

b. Procurar el perfeccionamiento de sus asociados, en los aspectos material y espiritual, así como también la recreación y el esparcimiento de ellos y de sus grupos familiares;

c. Recabar información sobre la acción del servicio público correspondiente y de los planes, programas y resoluciones relativos a sus funcionarios;

d. Hacer presente, ante las autoridades competentes, cualquier incumplimiento de las normas del Estatuto Administrativo, y demás que establezcan derechos y obligaciones de los funcionarios;

e. Dar a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal, a la carrera funcionaria, a la capacitación y a materias de interés general para la asociación;

f. Representar a los funcionarios en los organismos y entidades en que la ley les concediere participación. Podrán, a solicitud del interesado, asumir la representación de los asociados para deducir, ante la Contraloría General de la República, el recurso de reclamación establecido en el respectivo Estatuto Administrativo.

g. Prestar asistencia y asesoría técnica a sus asociados y a sus grupos familiares. Los asociados podrán otorgar también tal asistencia a los trabajadores pasivos que hubieren

sido miembros del respectivo servicio o institución, si así lo solicitaren, y, también, procurarles recreación y esparcimiento a tales pasivos y a sus grupos familiares;

h. Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a mutualidades, fondos y otros servicios y participar en ellos. Estos servicios podrán consistir en asesorías técnicas, jurídicas, educacionales, culturales, de promoción, socio-económicas y otras;

i. Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a instituciones de carácter previsional o de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y participar en ellas. Lo anterior no podrá ser realizado por las asociaciones de funcionarios que afilien al personal de los respectivos organismos de fiscalización administrativa;

j. Establecer centrales de compra o economatos, y

k. En general, realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estuvieren prohibidas por ley.

Fuero

Respecto al fuero establecido en estas Asociaciones, debemos señalar que los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando ésta derivare de la aplicación de las letras c) y e) del artículo 61ć, o de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones.

Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, los dirigentes no podrán ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito.

Por lo tanto, los dirigentes de estas asociaciones "gremiales", específicamente, gozan de fuero o inamovilidad.

La Contraloría General de la República, ha sostenido en Dictamen 28136/2007, que en relación con esta materia, es oportuno recordar que el artículo 25 de la ley N° 19.296, dispone, en lo pertinente, que los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante la aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por esta Contraloría General.

Ahora bien, analizando un caso particular, la Contraloría señala: *"expresa el recurrente que las señoras M.C. y D.M., en conocimiento que sus designaciones a contrata expirarían el 31 de enero de 2007, promovieron e incitaron la creación de una nueva asociación de funcionarios, con el objetivo de ser elegidas como dirigentes de dicha organización gremial y*

CAPÍTULO XXI.
Asociaciones de funcionarios públicos.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jege UDELAM

así mantenerse en el servicio invocando el referido fuero, motivo por el cual habrían actuado de mala fe, abusando de sus prerrogativas."

"Al respecto, es necesario aclarar que esa situación no se vincula, de modo alguno, con la interpretación que, en relación con el artículo 25 de la ley N° 19.296, efectuó esta Contraloría General en el dictamen recurrido. En efecto, la interpretación de la norma legal en comento, la realizó esta Contraloría General con estricto apego al propósito que tuvo en vista el legislador al establecerla, sin tener en consideración la "discutible aplicación" que puedan efectuar los funcionarios para beneficiarse y desvirtuar el fin perseguido, que no es otro que amparar con la inamovilidad en sus cargos a los directores de las asociaciones de funcionarios."

Cómo puede advertirse, la referida norma estatutaria contempla expresamente la posibilidad de prorrogar los empleos a contrata, dejando entregada la decisión sobre el particular a la respectiva autoridad administrativa, por lo que no se puede entender que a su respecto exista un mandato expreso del ordenamiento jurídico que obligue a disponer el cese del empleado de que se trate.

En efecto, la circunstancia que el artículo 2° de la ley N° 18.883, establezca que las contratas cesarán por el solo ministerio de la ley el 31 de diciembre de cada año, no significa que los funcionarios que se desempeñan en esa calidad, no puedan continuar prestando sus servicios después de esa fecha ya que el mismo precepto agrega que el cese ocurrirá a menos que se hubiere propuesto la prórroga por la autoridad administrativa dentro del plazo que indica, de manera que ese mandato legal se ve limitado por una facultad que le asiste a la autoridad administrativa, en orden a disponer la prórroga de la contrata de que se trate.

Con mayor razón, entonces, puede sostenerse que dicho mandato se ve afectado cuando otra norma de rango legal confiere al funcionario la inamovilidad en su empleo, como ocurre, precisamente, con el fuero que para los dirigentes gremiales contempla el aludido inciso primero del artículo 25 de la ley N° 19.296, norma orgánica constitucional, según la sentencia de 27 de enero de 1994, del Tribunal Constitucional.

Siendo ello así, resulta forzoso entender que la estabilidad en el cargo que prevé la citada norma, no puede verse alterada por la sola circunstancia de producirse el vencimiento del plazo de la contrata, de modo que en tal caso la autoridad administrativa no tiene otra opción que la de renovarla mientras se encuentre vigente la protección de inamovilidad en estudio.

Al respecto, es dable tener presente que las normas contenidas en la aludida ley N° 19.296, tienen por finalidad reconocer y regular el derecho que les corresponde a los servidores públicos para constituir asociaciones de funcionarios y cuyo fundamento se encuentra en la Constitución Política, la cual, en su artículo 19, N°s. 15 y 19, asegura a todas las personas el derecho de asociarse sin permiso previo y el derecho de sindicarse en la forma y condiciones que determine la ley.

En otro orden de ideas, cabe agregar que si, en la especie, existieran razones de carácter presupuestario que impidieran la prórroga de las contratas -como lo sostiene el recurrente-, el municipio deberá efectuar los ajustes presupuestarios correspondientes en armonía con lo informado por esta Entidad Fiscalizadora a través del dictamen N° 45.814, de 2001, ya que, en este caso, la autoridad administrativa se encuentra en el imperativo de respetar el fuero gremial que, tal como se anotara, beneficia tanto a los servidores de planta como a los contratados.

Asimismo en Dictamen 20669/2007, nuestra Contraloría estableció que, los dirigentes gremiales, ya sea que posean la calidad de funcionarios de planta o a contrata, gozan de inamovilidad y por ello no pueden ser separados del cargo por simple determinación de la autoridad, salvo que una norma legal disponga expresamente el cese de aquéllos. Así, la inamovilidad en el cargo prevista en el art/25 de la ley 19296, no puede alterarse por la sola circunstancia de producirse el vencimiento del plazo de la contratación, por lo que municipio debe respetar el fuero gremial disponiendo la renovación de la contrata de dirigentes gremiales interesadas, mientras se encuentren amparadas por la protección analizada. En el mismo sentido, el Dictamen 20040/2010 estableció que "sobre el particular, cabe señalar, en primer término, que el citado artículo 25 de la ley N° 19.296 -Establece Normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado-, previene, en su inciso primero, que los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General."

Como puede advertirse, del tenor de la norma transcrita se desprende el derecho a la inamovilidad, que le corresponde a los directores de las asociaciones de funcionarios, cualquiera que sea su calidad jurídica, dado que el precepto en comento no formula distingos entre dirigentes con contratos indefinidos o a plazo fijo, de suerte que estimarla establecida sólo en favor de los primeros, significaría formular una diferenciación que el legislador no ha previsto.

Fuero y Facultad de Destinación del artículo 73 del Estatuto Administrativo

La Contraloría General, mediante dictamen N° 58.479 de fecha 22-X-2009 señala: *"Sobre el particular, esta Entidad de Control no puede dejar de reiterar lo que ya tantas veces ha manifestado en su jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el dictamen N° 41.473, de 2004, en el sentido que de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la Constitución Política y en los artículos 1° y 6° de la ley N° 10.336, es a este Organismo Fiscalizador al que compete privativamente cautelar el cumplimiento de las normas por las que se rigen los empleados públicos, entre las cuales se encuentran los preceptos de la ley N° 19.296, que establecen los derechos y deberes para los dirigentes de las asociaciones de funcionarios, en su condición de servidores de la Administración del Estado, como ocurre, precisamente, con el artículo 25 de ese texto legal, que regula el fuero por el cual se consulta.*

CAPÍTULO XXI.
Asociaciones de funcionarios públicos.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jege UDELAM

Enseguida, se debe indicar, tal como lo ha señalado también la jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 21.105, de 1991, y 8.070, de 1992, de este Organismo Contralor, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los organismos señalados en el artículo 21 de dicho cuerpo legal, entre los cuales se encuentra, por cierto, la Dirección General de Aeronáutica Civil, se rigen de un modo general y amplio por las normas contenidas en la ley N° 18.834.

Precisado lo anterior, cabe manifestar que los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda-, previenen, en lo pertinente, que las destinaciones que disponga el jefe superior de la respectiva institución, implican prestar servicios en cualquier localidad, en un empleo de la misma institución y jerarquía, debiendo notificarse con treinta días de anticipación, a lo menos, de la fecha en que deba asumir sus nuevas labores, cuando ellas impliquen un cambio de su residencia habitual para el funcionario. A su vez, según el artículo 61, letra e), de dicho Estatuto, es obligación de cada funcionario, entre otras, cumplir las destinaciones que disponga la autoridad competente.

En armonía con tales disposiciones, el artículo 24 de la ley N° 16.752, que fija organización y funciones y establece disposiciones generales a la Dirección General de Aeronáutica Civil, faculta a su Director General para trasladar y disponer el cambio de destino del personal de su dependencia en los casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del servicio.

Por su parte, el artículo 25 de la ley N° 19.296, que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado, prescribe, en lo que interesa, que los directores de las referidas entidades gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargo desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de! haber cesado su mandato como tales, lapso durante el cual no podrán ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito.

Como puede apreciarse, de las normas precitadas aparece que el Director General de la Dirección General de Aeronáutica Civil está facultado para disponer las destinaciones de su personal que estime necesarias para el buen funcionamiento de dicho servicio, medidas que, en todo caso, deberán cumplir con los requisitos que al efecto establece la citada ley N° 18.834.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 25 de la ley N° 19.296, los directores de las asociaciones de funcionarios de los respectivos organismos públicos gozan de fuero, lo que implica, entre otras medidas, que NO PUEDEN SER TRASLADADOS DE LA LOCALIDAD EN QUE DESEMPEÑAN SUS FUNCIONES, INAMOVILIDAD QUE, TAL COMO SE VIERA, RIGE A CONTAR DE LA FECHA DE LA ELECCIÓN EN LOS RESPECTIVOS CARGOS GREMIALES Y POR EL LAPSO QUE ESA PRECEPTIVA ESTABLECE.

Ahora bien, en la situación por la cual se recurre, de los antecedentes tenidos a la vista se ha podido constatar que, efectivamente, mediante la resolución exenta N° 2.674, de 7

de noviembre de 2008, del Director General de Aeronáutica Civil, se dispuso la destinación, entre otros funcionarios, de don Exequiel Pinto Catalán desde el aeródromo de Balmaceda al Subdepartamento de Tránsito Aéreo en Santiago, a contar del 1 de febrero de 2009, estableciendo, en su N° 3, que dicha medida debía materializarse, a más tardar, con fecha 1 de marzo de 2009. Consta, asimismo, según memorando N° 49/0/13, de 27 de abril de ese año, emanado de la jefatura del aeródromo de Balmaceda, que el interesado tomó conocimiento de ello el 12 de noviembre de 2008, disponiéndose su despacho al nuevo destino a contar de la fecha del documento aludido, el cual no fue recibido ni firmado por el funcionario.

Enseguida, es del caso precisar que según consta del certificado N° 621, de 21 de abril de 2009, de la Inspección Provincial del Trabajo de Coyhaique, el peticionario fue electo tesorero de la Asociación Nacional de Funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil, el 15 de abril de 2009, fecha a partir de la cual se encuentra protegido por el fuero consagrado por el artículo 25 de la citada ley N° 19.296.

Atendido lo expuesto, cabe concluir que la referida resolución exenta N° 2.674, mediante la cual el Director General del servicio de que se trata dispuso la destinación del señor Pinto, se ha ajustado a derecho y debió ser cumplida por dicho servidor, toda vez que tal acto administrativo fue dictado y comunicado al interesado con anterioridad a la época de su elección como directivo de la señalada asociación gremial y, por ende, no pudo estar amparado con el fuero de que goza a partir de tal proceso eleccionario al momento en que debió materializarse esa medida, esto es, el 1 de marzo de 2009, fecha que fue diferida, precisamente, por encontrarse el funcionario haciendo uso de licencia médica.

En efecto, el fuero que invoca el peticionario sólo ha podido operar a partir de la época en que fue electo tesorero, esto es, desde el 15 de abril de 2009, razón por la cual no impide el cumplimiento del referido acto administrativo, el que fue válidamente emitido y notificado por la autoridad competente con anterioridad a la fecha de la elección que le confiriera tal inmunidad.

Ahora bien, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control contenida, entre otros, en sus dictámenes N°s. 13.778, de 1984 y 26.565, de 2004, la circunstancia de que el señor Pinto estuviere haciendo uso de licencia médica el día en que debía asumir tal destinación no ha producido otro efecto que el de impedir su asunción en esa fecha, medida que, en todo caso, debió ser cumplida luego de que el peticionario cesara en el aludido reposo, lo que de acuerdo con los antecedentes examinados ocurrió, precisamente, el 15 de abril de 2009.

Atendido lo expuesto, el Director General de la Dirección General de Aeronáutica Civil podrá requerir el cumplimiento inmediato de dicha medida de destinación sin que obste a ello la actual condición de dirigente gremial del funcionario aludido, debiendo hacer efectiva su responsabilidad administrativa si aquél se negare a trasladarse a la nueva localidad.

En armonía con lo anterior y acorde con los pronunciamientos antes citados, es del caso señalar que al interesado le asistió el derecho a percibir las remuneraciones y demás asignaciones asociadas al cargo que desempeñaba en el aeródromo de Balmaceda mientras hizo uso de

CAPÍTULO XXI.
Asociaciones de funcionarios públicos.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jege UDELAM

la referida licencia médica.Ahora bien, respecto a la inamovilidad de la que goza el dirigente de la asociación de funcionarios públicos, esta se extiende también a las FUNCIONES PROPIAS QUE REALIZA, por cuanto el inciso 2° del artículo 25 de la ley 19.296 establece: ASIMISMO, DURANTE EL LAPSO A QUE SE REFIERE EL INCISO PRECEDENTE, LOS DIRIGENTES NO PODRÁN SER TRASLADADOS DE LOCALIDAD O DE LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑAREN, SIN SU AUTORIZACIÓN POR ESCRITO."

Prohibición de los Funcionarios Públicos de Sindicalizarse

La letra i) del artículo 84 del Estatuto Administrativo establece claramente que queda prohibido a los funcionarios públicos, organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado.

En tal sentido, el concepto de sindicato no se aplica en estos casos.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva

Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

I. LAS ORGANIZACIONES SINDICALES.

GENERALIDADES.

1.1. Noción.

La palabra sindicato -de origen francés[43]- se utiliza, en un sentido amplio, como sinónimo de toda organización o asociación de trabajadores. Desde este punto de vista, el profesor Guido MACCHIAVELLO señala que: "el sindicato es una organización colectiva laboral basada en principios de solidaridad y de justicia, que nace dentro del nuevo sistema de producción industrial con el objeto de defender los intereses colectivos que conforman las agrupaciones de trabajadores, por medio de acuerdos y acciones comunes que tienen el propósito de promover el desarrollo individual, familiar y colectivo de ellos con la parte empresarial, sus organizaciones y el Estado mismo[44].

Los profesores THAYER y NOVOA, observan que "en nuestro derecho vigente el sindicato es una asociación de trabajadores ligados por un interés económico común que busca, ante todo, la representación, defensa y promoción de ese interés. Todas las definiciones que se pueden dar de sindicatos o asociaciones sindicales van a corresponder esencialmente a este concepto, sin perjuicio de agregar otros que contribuirán a especificar o detallar mejor ese interés económico (satisfacción de necesidades materiales tales como alimentación, vestuario, habitación, trabajo, descanso, etc., y búsqueda de los medios para ello, cuales son: sueldo o salario, ocupación estable, participación en la empresa, etc.), o a complementarlo con elementos de orden social o cultural, que son los que el hombre busca en la medida en que va alcanzando la solución de ciertas necesidades materiales básicas"[45].

Vemos que ambas definiciones coinciden en dos elementos: se trata de una asociación de trabajadores que defiende un interés colectivo. Acerca de la unidad, pluralidad e índole de este interés se vislumbran, en cambio, diferencias entre los autores citados. Volveremos sobre este tema cuando veamos los fines y funciones del sindicato.

---

43 Según CABANELLAS, etimológicamente sindicato proviene de la expresión griega syndicos de la que deriva la latina syndicus con que se designaba a la persona encargada de representar los intereses de un grupo de individuos, esto es, al procurador que defendía los intereses de una corporación. De tal manera la voz síndico retuvo, en las lenguas romance, el concepto de procuración y representación de la voz latina y de ella se formó sindicato que, en la significación de asociación profesional, hemos tomado de Francia (Guillermo CABANELLAS: Derecho sindical y corporativo, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. Aires, 1959, pp. 383 y 384).

44 Guido MACCHIAVELLO CONTRERAS: Derecho colectivo del trabajo, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1989, p. 65.

45 William THAYER ARTEAGA, y Patricio NOVOA FUENZALIDA: Manual de derecho del trabajo, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1987, tomo I, p. 195.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

1.2. Naturaleza jurídica.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha discutido si es un ente civil o laboral; y en íntima conexión con dicha cuestión, si reviste la calidad de organismo público o privado.

De acuerdo con una antigua tesis civilista, los sindicatos son mandatarios privados gratuitos. Jurídicamente tienen la condición de personas jurídicas o simples asociaciones, en ambos casos, sin fines de lucro, que reciben el "encargo" de cada trabajador en orden a negociar un mejoramiento de las cláusulas de su contrato original.

En cambio, para los iuslaboralistas el sindicato tiene una fisonomía propia. Es un cuerpo intermedio, que tiene un fin de mejoramiento y desarrollo social de los trabajadores; a quienes representa no individual, sino colectivamente; con facultades que exceden a las del mandato civil y que no puede concebirse ni como una entidad de lucro, ni como un organismo ajeno a las ventajas patrimoniales.

La naturaleza pública o privada del sindicato no es fácil de elucidar in abstracto, pues está muy vinculada a la configuración jurídica que le dé el ordenamiento jurídico de cada nación. Así por ejemplo, en la Italia fascista y en la España franquista, los sindicatos tenían la calidad de personas jurídicas de derecho público y formaban parte de la organización estatal de la época, tanto en su constitución como en su funcionamiento, y estaban dotados de una normativa pública que era obligatoria para todos los trabajadores.

Según el profesor MACCHIAVELLO "el sindicato se configura como un ente especial, que lo reconocen las Constituciones, para el cual hay una forma propia de obtención de personalidad jurídica, que no es una "concesión", sino un "reconocimiento", porque es un "sujeto colectivo" y es una "organización intermedia" con fines de protección de grandes sectores, cuyos intereses colectivos coinciden en parte importante con los intereses públicos propiamente tales, y a los cuales el propio Estado les asigna, en una u otra medida, funciones públicas, todo lo cual lleva a situarlo en una zona que deslinda entre lo privado y lo público, asumiendo caracteres de ambos ordenamientos"[46]

Sin embargo, en su esencia, el sindicato no persigue directamente el bien común de la sociedad, lo cual es el criterio distintivo de lo público, su fin inmediato es la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales concernientes a una categoría de trabajadores; un interés colectivo, pero privado. Partiendo de esta constatación, nos inclinamos a pensar que el sindicato es un ente privado, jurídicamente hablando: una asociación de derecho privado. Sin perjuicio de su papel como actor o fuerza social, reconocido por la propia Constitución Política.

Para los profesores THAYER y NOVOA "el sindicato es típicamente una organización o cuerpo intermedio. A través de él la persona humana trabajadora cumple funciones o satisface necesidades que aisladamente no puede cumplir ni satisfacer. Por eso mismo, la función del estado es respetar el sindicato, auxiliarlo en cuanto no pueda desenvolverse sin su ayuda;

46 MACCHIAVELO: Op. cit., pp. 72 y 73.

pero no sustituirlo ni absorberlo. En tal sentido, los principios de la constitución de 1980 son muy claros al disponer en su Art. 19 N° 15 "El derecho de asociarse sin permiso previo" y en su N° 19 "El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria..." Concuerda con estos preceptos lo estatuido en el inciso 3° del art. 1°, que señala: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos".[47]

Por tanto, si bien las organizaciones sindicales son asociaciones de derecho privado, genéricamente reconocidos por la Constitución como cuerpos intermedios y amparados por la libertad de asociación, son también objeto de especial atención por parte de la Carta Fundamental, que contiene normas específicas respecto de aquéllas, lo cual las configura como asociaciones de relevancia constitucional. Que sean asociaciones de relevancia constitucional implica que la ley puede establecer ciertos requisitos para cualificar una determinada asociación como el tipo correspondiente a la actividad de que se trate –incluso dando a tal regulación carácter de orden público- requisitos que no se exigen para el resto de las asociaciones, y que se justifican en la remisión que la propia Constitución hace a la ley en tal sentido.

1.3. Preceptos constitucionales relativos a las organizaciones sindicales.

El art. 19 Nć 19ć inc. 1ć CPR asegura a todas las personas: "El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria". Por su parte, su inciso segundo estatuye que: "Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley".

Ambos preceptos consagran expresamente en nuestro ordenamiento constitucional la libertad sindical positiva, como derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos. Además, las organizaciones sindicales adquieren personalidad jurídica de pleno derecho, por el solo hecho de depositar sus estatutos y actas constitutivas en la forma que determine la ley.

La segunda parte del inc. 1ć art. 19 Nć 19ć CPR que dice "la afiliación sindical será siempre voluntaria", garantiza la libertad sindical negativa, como derecho de los trabajadores a desafiliarse de los sindicatos y a no pertenecer a sindicato alguno.

El art. 19 Nć 19ć inc. 3ć CPR, reconoce la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales al establecer que la ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Agrega que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.

Esta norma debe armonizarse con lo dispuesto en el art. 1ć inc. 3ć CPR, sobre autonomía de

47 THAYER y NOVOA: Op. cit., tomo I, p. 198.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

los cuerpos intermedios para cumplir sus propios fines específicos, lo cual –como vimos- es plenamente aplicable a los sindicatos, en cuanto grupos intermedios.

La autonomía colectiva establecida en la Constitución, implica que los sindicatos pueden utilizar los dos instrumentos básicos de que disponen: la negociación colectiva y la huelga, con las limitaciones que la propia Carta Fundamental establece y que estudiaremos en su oportunidad.

La regulación que hace la Constitución Política de la libertad sindical hay que ponerla en relación con lo dispuesto en el art. 60 Nć 4 CPR, señalando que sólo en virtud de una ley se puede regular las materias básicas relativas al régimen jurídico sindical. Y teniendo especialmente presente además, la así llamada "garantía de las garantías", vale decir, que este régimen legal que regule o limite aquella libertad no puede afectar este derecho en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, según el art. 19 Nć 26ć CPR.

Para el Tribunal Constitucional, un derecho es afectado en su esencia «cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica».

El contenido esencial del derecho a la libertad sindical estaría constituido por lo siguiente:

Libertad de constitución de sindicatos.

Libertad de afiliación; con expreso reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical negativa.

Libertad de acción (autonomía).

Enseguida, cabría engrosar el contenido concreto del derecho a la libertad sindical previsto expresamente por la Constitución por dos vías:

1.- Por lo dispuesto en el art. 5ć CPR, en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

En este sentido, en lo que toca al derecho de libertad sindical son importantes, entre otros, los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT, en cuanto acuerdos internacionales específicamente referidos al derecho de libertad sindical y ya incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.- Por la vía de la ley que desarrolle el derecho fundamental correspondiente, en cuanto es perfectamente admisible que las organizaciones sindicales puedan recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del art. 19 Nć19 CPR y que no contradigan el texto constitucional. De manera que, en definitiva, la garantía constitucional resulta integrada no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o

facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar el contenido esencial del derecho.

2. Trabajadores Con Derecho A Sindicación.

«El derecho de sindicación consiste en la facultad de constituir sindicatos y de afiliarse a ellos o de desafiliarse. Se reconoce en la actualidad, en Chile, a «los trabajadores» del sector privado y, en líneas generales, de empresas del Estado»[48].

El art. 212 CT reconoce el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas, a los siguientes trabajadores:

Trabajadores del sector privado;

Trabajadores de las empresas del Estado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionan con el gobierno a través de dicho Ministerio, podrán constituir organizaciones sindicales en conformidad a las disposiciones del Libro III CT, sin perjuicio de las normas sobre negociación colectiva contenidas en el Libro IV (art. 217 CT).

¿Qué ocurre con los demás funcionarios de la Administración del Estado? No se les aplica el Libro III CT. Su derecho de sindicación está regulado por la Ley Nć 19.296, publicada en el DO el 14 de marzo de 1994, que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado.

Esta ley no se aplica, sin embargo, a las Fuerzas Armadas ni a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, de lo cual es posible colegir que los funcionarios de estas reparticiones no tienen derecho a sindicación.

3. EL DERECHO DE AFILIACION SINDICAL

3.1. Noción.

Para el profesor MACCHIAVELLO «forma parte del derecho genérico de sindicación y consiste en la facultad de los trabajadores de incorporarse y de permanecer en el sindicato de su elección, con los derechos, las obligaciones, las prerrogativas y las limitaciones del sistema legal y estatutario de la organización sindical»[49].

3.2. Características de la afiliación.

---

48 MACCHIAVELLO: Op. cit. p. 365.

49 Op. cit. p. 366.

Están señaladas en el inciso segundo del art. 214 CT: «La afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable». Del inciso cuarto del precepto citado se desprende que la afiliación es, además, única.

3.2.1. Voluntaria.

La libertad tanto para afiliarse como para no hacerlo y para desafiliarse, constituyen expresiones de la libertad sindical consagradas en la Constitución Política de la República (Vid. art. 19 N°19 y N° 16 inciso cuarto CPR), recogidas y desarrolladas en el Código del Trabajo.

Así, el inciso tercero del art. 214 CT dispone que «nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación».

Y el art. 215 CT agrega que «no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales».

3.2.1.1. Problema 1: Las cláusulas estatutarias de admisión de miembros.

Ahora bien, el art. 231 inc. 1ć CT exige como una de las menciones necesarias de los estatutos sindicales "los requisitos de afiliación". De lo que parece colegirse que los estatutos de los sindicatos podrían complicar los requisitos para la admisión de sus afiliados, pudiendo llegarse al rechazo de la solicitud de afiliación. La cuestión consiste, entonces, en cómo conciliar estas posibles cláusulas estatutarias con la recién vista prohibición de impedir o dificultar la afiliación del trabajador al sindicato.

En nuestra opinión, la valoración de las cláusulas estatutarias debe hacerse en primer lugar desde el derecho a la no discriminación, reconocido por el art. 19 Nć16 inc. 3ć CPR y desarrollado por el art. 2ć CT. Así, resultarían atentatorias contra estas normas las cláusulas que establecieran discriminaciones afiliativas por cualquiera de las circunstancias allí descritas (raza, color, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social).

Enseguida, la valoración de las cláusulas estatutarias en materia de afiliación debe hacerse desde la óptica del fin y de la clase de sindicato de que se trata. De manera que no resultaría ilegítima, por ejemplo, una cláusula que prohibiera la afiliación de trabajadores por cuenta ajena a un sindicato de trabajadores independientes y, en general, aquellas tendientes a proteger la identidad del sindicato.

3.2.1.2. Problema 2: Las cláusulas estatutarias sobre desafiliación

El inc. 3ć (in fine) del art. 214 CT señala que no podrá impedirse la desafiliación de un trabajador. Y, sin embargo, el art. 231 CT prescribe que el estatuto del sindicato deberá

contemplar los requisitos de desafiliación de sus miembros. Si el sindicato puede condicionar estatutariamente la desafiliación al cumplimiento de ciertos requisitos, podría entonces impedir al trabajador la desafiliación, entretanto éste no dé cumplimiento a tales requisitos. Estimamos que tal deducción repugna a la libertad sindical negativa y que, en cualquier caso, el trabajador tiene derecho a separarse de la organización sindical, bastando para ello la mera expresión de su voluntad en tal sentido.

La exigencia del art. 231 CT de contemplar en los estatutos los requisitos de desafiliación ha de interpretarse como el reconocimiento del derecho del sindicato de poner fin al vínculo afiliativo, mediante la expulsión del trabajador del seno del sindicato. Sería una expresión del poder disciplinario del sindicato sobre el afiliado, reconocido explícitamente en el mismo precepto, al señalar como contenido mínimo del estatuto "el régimen disciplinario interno". La expresión "requisitos de desafiliación" hay que entenderla, entonces, como la necesaria mención de las causales de expulsión del sindicato y del procedimiento interno que ha de seguirse para llevarla a cabo.

3.2.2. Personal e indelegable.

Los profesores THAYER y NOVOA señalan al respecto: «el acto de incorporarse o asociarse a un sindicato es propio e individual, por lo cual no puede transferirse ni delegarse a otra persona».[50]

El legislador ha querido dar a la afiliación un carácter personalísimo, y, en concordancia con este propósito, ha establecido que «los menores no necesitarán autorización alguna para afiliarse a un sindicato, ni para intervenir en su administración y dirección» (art. 214 inc. 1° CT). Evidentemente, esta disposición se refiere a aquellos menores que pueden celebrar un contrato de trabajo, en los términos establecidos por los arts. 13 y ss. CT.

3.2.3. Única.

«Un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato, simultáneamente, en función de un mismo empleo. Las organizaciones sindicales no podrán pertenecer a más de una organización de grado superior de un mismo nivel» (art. 214 inc. 4° CT). Si se contraviniere alguna de estas prohibiciones «la afiliación posterior producirá la caducidad de cualquiera otra anterior y, si los actos de afiliación fueren simultáneos, o si no pudiere determinarse cual es el último, todas ellas quedarán sin efecto» (art. 214 inc. 5° CT).

4. CLASES DE SINDICATOS.

El art. 216 CT dispone que las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que se afilien. Agrega que podrán, entre otras, constituirse las siguientes:

50 Op. cit., tomo I, p. 374.

a) Sindicato de empresa: es aquel que agrupa a trabajadores de una misma empresa.
Como se sabe, el Código del Trabajo define el concepto de empresa en su título preliminar. El art. 3° inciso final CT señala que «se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada». Se ha criticado esta definición porque parece otorgar preponderancia al elemento de la personalidad jurídica, vale decir, a un dato formal, por sobre el hecho real de la unidad de dirección.

b) Sindicato interempresa: es aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos;

c) Sindicato de trabajadores independientes: es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno, y

d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.

En los sindicatos interempresa y de los trabajadores eventuales o transitorios, los socios podrán mantener su afiliación aunque no se encuentren prestando servicios (art. 230 CT).

5. FINES Y FUNCIONES.

LEVI SANDRI[51] sostiene que la asociación sindical tiene por fin «el cuidado y la defensa de los intereses profesionales, sean morales o económicos...» Añade que «la tutela de los intereses colectivos no puede limitarse a la disciplina de trabajo y a la fijación de mínimos retributivos. Ella comprende y debe comprender toda acción destinada a la elevación moral de los integrantes de las colectividades, las que van desde la formación profesional a la cívica, y desemboca necesariamente en un elevado campo político».

Estos fines genéricos de las organizaciones sindicales se alcanzan mediante el ejercicio de actividades específicas o "funciones", las cuales tienen por objeto concretizarlos. La doctrina señala como funciones propias de los sindicatos la de tutela y desarrollo profesional, de representación, de corregulación colectiva, social, educacional, previsional, asistencial y de bienestar.

El art. 220 CT hace una enumeración de los fines (hablando más propiamente, de las funciones) principales de las organizaciones sindicales:

1.- Representar a los afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva, suscribir los instrumentos colectivos de trabajo que corresponda, velar por su cumplimiento y hacer valer los derechos que de ellos nazcan.

La corregulación colectiva es una de las funciones más relevantes y característica de las organizaciones sindicales. Como una forma de evidenciar la importancia de esta función, la

51 Citado por MACCHIAVELLO: op. cit. p. 79 y 80.

Ley 19.759 (D.O. de 5 de octubre de 2001) modificó el art. 220 CT, en el sentido de encabezar con ella la enumeración, pues antes se encontraba señalada en el Nć 2.

2.- Representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados. No será necesario el requerimiento de los afectados para que los representen en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos de trabajo y cuando se reclame de las infracciones legales o contractuales que afecten a la generalidad de sus socios. En ningún caso podrán percibir las remuneraciones de sus afiliados.

La primera parte de este número contempla una representación individual. El requerimiento a que alude no entraña ninguna formalidad especial, pudiendo ser efectuado incluso verbalmente.

En seguida se contempla la representación colectiva, connatural a la organización sindical y, en general, necesaria a toda asociación, pues constituye el instrumento merced al cual el sujeto colectivo actúa y se relaciona en el tráfico jurídico.

En ambos casos, la representación no se reduce al concepto técnico jurídico sino que conlleva, además, como dice GRANDI, fenómenos sociológicos de «sustitución y de intermediación, ligados a la necesidad de efectividad, en el ámbito de la organización y de la tutela de los intereses individuales y colectivos».[52]

3.- Velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones.

4.- Actuar como parte en los juicios o reclamaciones, de carácter judicial o administrativo, que tengan por objeto denunciar prácticas desleales. En general, asumir la representación del interés social comprometido por la inobservancia de las leyes de protección, establecidas a favor de sus afiliados, conjunta o separadamente de los servicios estatales respectivos.

En los cuatro números precedentes aparece la función fundamental y típica de los sindicatos, a saber: la tutela de los intereses colectivos.

El profesor MACCHIAVELLO señala que "el trabajo dependiente genera una situación de "vulnerabilidad" para los trabajadores, que se encuentran en la realidad en un plano de inferioridad para celebrar el contrato, durante su dinámica, en la que están bajo subordinación, y para terminar sus servicios [...] las organizaciones de trabajadores tienen como función primera o esencial la de "defender" a éstos en su situación de vulnerabilidad ante su contraparte, que, por el contrario, está dotada de los poderes propios del empresario"[53].

52 Idem, p. 85.

53 Op. cit. p. 82.

Esta función de defensa se ejerce precisamente a través del conjunto de facultades de que la ley confiere a los sindicatos, tales como velar por el cumplimiento tanto de las normas contractuales (individuales y colectivas) como legales; denunciar su infracción ante los órganos administrativos; ejercer acciones ante los tribunales y participar activamente en la negociación colectiva.

5.- Prestar ayuda a sus asociados y promover la cooperación mutua entre los mismos, estimular su convivencia humana e integral y proporcionarles recreación.

6.- Promover la educación gremial, técnica y general de sus asociados.

7.- Canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo.

8.- Propender al mejoramiento de sistemas d prevención de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sin perjuicio de la competencia de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, pudiendo además, formular planteamientos y peticiones ante éstos y exigir su pronunciamiento.

9.- Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a mutualidades, fondos u otros servicios y participar en ellos. Estos servicios pueden consistir en asesorías técnicas, jurídicas, educacionales, culturales, de promoción socioeconómica y otras.

10.- Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a instituciones de carácter previsional o de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica y participar en ellas.

11.- Propender al mejoramiento del nivel de empleo y participar en funciones de colocación de trabajadores.

Del N° 5 en adelante aparecen las funciones social, educacional, previsional, asistencial y de bienestar, las cuales se justifican por cuanto el sindicato tiene entre sus fines el de promover el desarrollo integral de los trabajadores y de sus familias, y aquellas atribuciones contribuyen precisamente a dicho desarrollo.

La función social del sindicato importa «facilitar el acceso de los trabajadores a la cultura, a la civilización contemporánea, haciéndolos partícipes y usufructuarios del avance actual».[54] En cierto sentido, las demás funciones aludidas en el párrafo anterior se desprenden de ésta.

12.- En general, realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estuvieren prohibidas por ley.

Recordemos que el art. 19 Nć 19 inc. 3ć CPR prescribe que «las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas».

54 MACCHIAVELLO: Op. cit. p. 90.

La actual redacción del art. 220 CT que contempla mayores atribuciones y, especialmente, este numeral 12, no deja dudas en cuanto a la amplitud del campo de acción que el legislador ha querido dar a los sindicatos. El antiguo art. 206 del Código del Trabajo de 1987, sólo enumeraba siete funciones y pretendía ser taxativo[55].

«Cabe destacar asimismo que no se consigna en la Ley la circunstancia de que los sindicatos no puedan tener fines de lucro, lo que significaría -a contrario sensu- que sí podrían tenerlos; dicha situación también era objeto de prohibición en el Código del trabajo de 1987»[56].

6. CONSTITUCION DE LOS SINDICATOS

6.1. Noción.

«La formación de un sindicato es un acto jurídico pluripersonal, en virtud del cual un grupo de trabajadores celebran una convención para crear un ente jurídico, dotado de personalidad propia, conforme con reglas legales y para los fines que son propios de la organización».[57]

6.2. Quórum.

Al establecer quórum y porcentajes mínimos de trabajadores para formar un sindicato, el legislador persigue que la organización constituida revista algún grado de representatividad.

Como vimos, el CT define las distintas clases de sindicatos (vid. art. 216 CT) distinguiendo entre sindicatos de empresa y sindicatos interempresa, de trabajadores eventuales o transitorios, o de trabajadores independientes. Esta misma distinción se aplica en materia de quórum:

Sindicatos de empresa. La ley da cuatro reglas:

1° Si la empresa tiene más de 50 trabajadores: se requiere un mínimo de 25 trabajadores que representen, a lo menos, el 10% del total de los que presten servicios en ella.

Este mínimo de 25 opera sólo en empresas que ocupen entre 51 y 250 trabajadores; si la empresa tiene más de 250 trabajadores prima el porcentaje de representatividad. Por ejemplo, si en la empresa trabajan 300 empleados, se requiere un mínimo de 30 para formar un sindicato.

55 THAYER y NOVOA: Op. cit., tomo I, p. 379.

56 HUMERES y HUMERES: Op. cit., p. 300.

57 MACCHIAVELLO: Op. cit. , p. 366.

Excepción: Si en la empresa no existe un sindicato vigente, se requerirá al menos de 8 trabajadores, debiendo completarse el quórum de la regla anterior, en el plazo máximo de un año. Si transcurrido el plazo no se ha cumplido el quórum, caducará la personalidad jurídica del sindicato por el solo ministerio de la ley.[58]

2° Si la empresa tiene 50 o menos trabajadores: podrán constituir un sindicato 8 trabajadores[59].

De esta regla se desprende que no se puede constituir un sindicato de empresa en una que emplee menos de 8 trabajadores.

3° Si la empresa tuviere más de un establecimiento, podrán también constituir sindicato los trabajadores de cada uno de ellos, con un mínimo de 25, que representen, a lo menos, el 30 % de los trabajadores de dicho establecimiento.[60]

4° Tratándose de 250 o más trabajadores de una misma empresa, podrán siempre constituir un sindicato cualquiera sea el porcentaje que representen en ella.

Sindicatos interempresa, de trabajadores eventuales o transitorios, o de trabajadores independientes (art. 228 CT).

Para constituir cualquiera de ellos se requiere del concurso de un mínimo de 25 trabajadores (sin sujeción a porcentaje de representación).

6.3. Asamblea constitutiva.

De acuerdo con el art. 221 CT, la constitución de los sindicatos se efectuará en una asamblea que reúna los quórum precedentemente señalados. En tal asamblea y en votación secreta se aprobarán los estatutos del sindicato y se procederá a elegir su directorio. Deberá celebrarse ante un ministro de fe.

Son ministros de fe conforme al art. 218 CT:

Los inspectores del trabajo;

Los notarios públicos;

Los oficiales del Registro Civil; y

Los funcionarios de la administración del Estado que sean designados en calidad de tales por la Dirección del Trabajo.

---

58 Vid. inciso 2ć del art. 227 (reformado por a Ley 19.759).

59 La ley 19.759 eliminó la exigencia de que estos 8 trabajadores representaran a lo menos el 50% del total de la plantilla.

60 El porcentaje de representatividad fue rebajado del 40 al 30% por la Ley 19.759.

Los trabajadores deberán decidir quién será el ministro de fe respecto del acto de constitución, eligiendo a alguno de los recién señalados.[61]

Se debe levantar un acta de esta asamblea, en la cual debe constar:

la aprobación de los estatutos;

la elección del directorio;

la nómina de asistentes; y

los nombres y apellidos de los miembros del directorio.

6.4. Adquisición de la personalidad jurídica (arts. 222 y 223 CT).

A continuación de la asamblea constitutiva, el directorio sindical deberá depositar el acta original de constitución y dos copias de los estatutos certificadas por el ministro de fe en la Inspección del Trabajo, que procederá a inscribirlos en el registro de sindicatos.

El ministro de fe actuante no podrá negarse a certificar el acta original y las copias de los estatutos. Deberá asimismo autorizar con su firma a lo menos tres copias del acta respectiva y de sus estatutos, autenticándolas. La Inspección del Trabajo respectiva entregará dichas copias a la organización sindical una vez hecho el depósito, insertándoles, además, el correspondiente número de registro (vid. art. 223 inc. 1° CT). La entrega de estas copias tiene una evidente utilidad probatoria, pues permitirá acreditar el depósito y el registro -y, por consiguiente, la personalidad jurídica del sindicato.

El plazo para efectuar este depósito es de 15 días contados desde la fecha de celebración de la asamblea. En caso de no efectuarse el depósito dentro del plazo, deberá procederse a una nueva asamblea constitutiva[62].

El registro se entenderá practicado y el sindicato obtendrá la personalidad jurídica al momento de efectuarse el depósito recién explicado.

6.5. Control de legalidad.

Para controlar la legalidad del procedimiento de constitución, la Inspección del Trabajo podrá, dentro del plazo de 90 días corridos desde la fecha del depósito del acta, formular observaciones a la constitución del sindicato por las siguientes razones:

Si faltare cumplir algún requisito para constituirlo; o

---

61 En los demás casos en que la ley requiera genéricamente un ministro de fe, tendrán tal calidad los señalados en el inciso primero [art.218 CT], y si ésta nada dispusiere, serán ministros de fe quienes el estatuto del sindicato determine (vid. nuevo art. 218 CT introducido por la Ley 19.759).

62 Además cesará el fuero que ampara a la directiva designada en la asamblea constitutiva (Vid. art. 224 inc. 2° CT).

Si los estatutos no se ajustaren a lo prescrito en el Código del Trabajo.

El art. 223 inc. 3° CT, da al sindicato un plazo de 60 días desde la notificación de las observaciones para que, bajo apercibimiento de tener por caducada su personalidad jurídica por el solo ministerio de la ley, adopte cualquiera de estas dos alternativas:

Subsanar los defectos de constitución o conformar sus estatutos a las observaciones formuladas por la Inspección del Trabajo; o bien,

Reclamar de las observaciones ante el Juzgado de Letras del Trabajo correspondiente, el que conocerá de la reclamación en única instancia, sin forma de juicio, con los antecedentes que el solicitante proporcione en su presentación y oyendo a la Inspección del Trabajo respectiva. Esta última deberá evacuar su informe dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde el requerimiento del tribunal, el que se notificará por cédula, acompañando copia íntegra del reclamo.

Si el tribunal rechazare total o parcialmente la reclamación, ordenará lo pertinente para subsanar los defectos de constitución, si ello fuera posible, o enmendar los estatutos en la forma y dentro del plazo que él señale, bajo apercibimiento de caducar su personalidad jurídica.

El directorio de las organizaciones sindicales se entenderá facultado para introducir en los estatutos las modificaciones que requiera la Inspección del Trabajo o, en su caso, el tribunal que conozca de la reclamación respectiva.

6.6. Las comunicaciones (art. 225 CT)

El primer directorio deberá comunicar por escrito a la administración de la empresa, la celebración de la asamblea constitutiva y la nómina del directorio y quiénes dentro de él gozan de fuero, dentro de los tres días hábiles laborales siguiente al de su celebración.

Asimismo, dicha nómina deberá ser comunicada, en igual forma y plazo, cada vez que se elija al directorio sindical.

En el caso de los sindicatos interempresa, tales comunicaciones deberán practicarse a través de carta certificada. Igual comunicación deberá enviarse al empleador cuando se elija al delegado sindical.

7. LOS ESTATUTOS.

7.1. Generalidades.

Toda persona jurídica está condicionada en su actuar por su estatuto (en sentido amplio) o "ley social", que es su ordenamiento regulador, esto es, el ordenamiento jurídico que la rige. En lo que respecta a la persona jurídica-sindicato, ese ordenamiento lo constituye un conjunto de prescripciones heterónomas de diversa jerarquía: la Constitución Política (arts. 1°, 5°, 6°, 19 números 13, 15, 16 y 19; el art. 23, etc.); y el Código del Trabajo (especialmente el título I de Libro III. Pero existe, además, un ordenamiento interno, dictado por la propia

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

organización en el ejercicio de la autonomía sindical: el estatuto en sentido estricto, del cual trataremos a continuación.

7.2. Noción.

«El estatuto es la normativa general, abstracta y obligatoria que aprueba una organización sindical para regir su funcionamiento interno y el comportamiento de sus respectivos asociados, cualquiera que sea su clase, y los derechos y obligaciones que median entre el sindicato y cada uno de sus afiliados».[63]

El art. 232 inc. 1ć (in fine) CT prescribe que los estatutos serán públicos.

7.3. Contenido

7.3.1. Contenido mínimo.

El art. 231 CT establece que los estatutos deberán contemplar:

Los requisitos de afiliación, de desafiliación y los derechos y obligaciones de sus miembros;

Los requisitos para ser elegido dirigente sindical;

Los mecanismos de modificación del estatuto o de fusión del sindicato;

El régimen disciplinario interno;

La clase y denominación de sindicato que lo identifique, que no podrá sugerir el carácter de único o exclusivo.

El estatuto deberá incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor.

El estatuto deberá disponer los resguardos para que los socios puedan ejercer su libertad de opinión y su derecho a votar.

El art. 232 CT agrega importantes materias a estos contenidos, igualmente con carácter imperativo:

Los estatutos determinarán los órganos encargados de verificar los procedimientos electorales y los actos que deban realizarse en los que se exprese la voluntad colectiva, sin perjuicio de aquellos actos en que la ley o los propios estatutos requieran la presencia de un ministro de fe de los señalados por el art. 218 CT.

Asimismo, los estatutos establecerán el número de votos a que tiene derecho cada miembro,

63 MACCHIAVELLO: op. cit., pág. 314.

debiendo resguardar, en todo caso, el derecho de las minorías.

El estatuto regulará los mecanismos de control y de cuenta anual que el directorio sindical deberá rendir a la asamblea de socios. La cuenta anual, en lo relativo a la administración financiera y contable, deberá contar con el informe de la comisión revisora de cuentas.

Deberá, además, disponer expresamente las medidas de garantía de los afiliados de acceso a la información y documentación sindical.

Por su parte el art. 235 inc. 2ć CT dispone que el estatuto establecerá el número de directores de que estará compuesto el directorio.

El valor de la cuota sindical ordinaria con que los socios concurrirán a financiarla (art.261 inc. 1° CT).

La omisión de cualquiera de estas menciones puede ser observada por la Inspección del Trabajo luego del depósito de los estatutos, de acuerdo con el procedimiento y con las consecuencias ya vistas.

7.3.2. Contenido posible:

Podrá el estatuto, además:

Contener normas de ponderación del voto, cuando afilie a trabajadores no permanentes (art. 231 inc. 4ć CT).

Consignar las exigencias de forma, oportunidad y publicidad de la presentación de candidaturas para director sindical. Si nada dijere operan las reglas supletorias del art. 237 CT.

Otras fuentes de ingreso patrimonial distintas a las señaladas en el art. 256. CT

La organización sindical a la que pasarán los bienes del sindicato en caso de disolución. A falta de esta mención el Presidente de la República determinará la organización sindical beneficiaria (art. 259 inc. final CT). [64]

7.4. Reforma de los estatutos (art. 233 CT)

7.4.1. Requisitos:

---

64 Según la DT (ORD. Nć 5177/197) resulta indiscutible que la disposición legal en estudio, cuando establece, en lo pertinente, que "Disuelta una organización sindical, su patrimonio pasará a aquella que señalen sus estatutos", exige que la designación de la entidad beneficiaria efectuada por una organización sindical en sus estatutos, recaiga, a su vez, en una organización sindical, por cuanto, si el legislador utilizó la expresión "aquella", luego del sustantivo "organización sindical", lo hizo con la inequívoca intención de reemplazar dicho término por un pronombre. Ello, por razones gramaticales, con el objeto de no repetir el referido concepto dentro de una misma oración, para evitar así, incurrir en una redundancia de palabras o pleonasmo.

- Que el acuerdo sea adoptado en asamblea extraordinaria.
- Que la asamblea sea citada especialmente para tal efecto, con dos días hábiles de anticipación.
- Que la asamblea se celebre en presencia de un ministro de fe.
- Que la reforma sea aprobada por la mayoría absoluta de los afiliados al día en el pago de sus cuotas.
- Que la voluntad de los socios se manifieste en votación secreta y unipersonal.

7.4.2. Control de legalidad.

Deberá entregarse dos copias de los estatutos reformados a la Inspección del Trabajo, debidamente autorizadas por un ministro de fe, dentro de 15 días contados desde la fecha de la asamblea.

Dentro de los 90 días que siguen a tal entrega, la Inspección del Trabajo puede formular observaciones de legalidad a la reforma estatutaria. El sindicato tiene 60 días para subsanarlas, o bien, para reclamar judicialmente de dichas observaciones.

La sanción establecida para el caso de no acompañarse las copias de la reforma en el plazo legal, o de no subsanarse oportunamente las observaciones de la Inspección del Trabajo, o de ser rechazado el reclamo del sindicato por sentencia judicial, será que la reforma de los estatutos quede sin efecto y, en consecuencia, permanezca vigente el estatuto primitivo.

8. EL DIRECTORIO

8.1. Noción.

«El Directorio es el órgano ejecutivo del sindicato y cuenta a la vez con funciones principalmente de dirección, de representación y de administración, cualquiera que sea la clase de sindicato».[65]

8.2. Composición (art. 235 CT).

Los sindicatos de empresa que afilien a menos de 25 trabajadores, serán dirigidos por un Director, el que actuará en calidad de Presidente y gozará de fuero laboral.

En los demás casos, el directorio estará compuesto por el número de directores que el estatuto establezca. Antes de la reforma introducida por la Ley 19.759, el art. 235 CT reglamentaba el número de directores que podía elegirse en cada sindicato en relación con el número de trabajadores afiliados a la organización. Hoy, teóricamente, los estatutos podrían fijar tantos directores como trabajadores reúna el sindicato, vale decir, todos los trabajadores podrían ser miembros del directorio; sin embargo, -y como tendremos oportunidad de ver más adelante- sólo gozarán del fuero, de los permisos y de las licencias legales propios de

65 MACCHIAVELLO: op. cit., p. 322.

los directores, un número limitado de ellos, las más altas mayorías relativas en una cantidad que varía según el número de trabajadores afiliados, en la proporción que fija al efecto la ley. Estos directores aforados elegirán entre ellos al Presidente, al Secretario y al Tesorero.

Si el número de directores aforados en ejercicio disminuyere a una cantidad tal, que impidiere el funcionamiento del directorio, deberá procederse a una nueva elección.

8.3. Requisitos para ser director sindical.

Dispone el art. 236 CT que, para ser elegido o desempeñarse como director sindical o delegado sindical, se requiere cumplir con los requisitos que señalen los respectivos estatutos.[66]

Ha de tenerse presente, además, que el art. 23 inc. 1° CPR establece que «son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos».

8.4. Elección de directorio (art. 237 CT)

Para las elecciones de directorio sindical, deberán presentarse candidaturas en la forma, oportunidad y con la publicidad que señalen los estatutos. Si éstos nada dijesen se aplicarán las reglas siguientes:

Las candidaturas deberán presentarse por escrito, ante el secretario del directorio, no antes de 15 días ni después de 2 días anteriores a la fecha de la elección.

En este caso, el secretario deberá comunicar por escrito o mediante carta certificada la circunstancia de haberse presentado una candidatura a la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los dos días hábiles siguientes a su formalización.

Las reglas precedentes no se aplicarán a la primera elección de directorio. En este caso, serán candidatos todos los trabajadores que concurran a la asamblea constitutiva y que reúnan los requisitos para ser director sindical. .

66 La reforma introducida por la Ley 19.759 eliminó los requisitos legales, que en nuestra opinión eran bastante razonables, juzgue si no el lector: Ser mayor de 18 años de edad; no haber sido condenado, ni hallarse procesado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva (esta inhabilidad sólo duraba el tiempo requerido para prescribir la pena, señalado en el art. 105 del Código Penal. El plazo de prescripción corría desde la fecha de comisión del delito); saber leer y escribir; y tener una antigüedad mínima de seis meses como socio del sindicato, salvo que el mismo tuviere una existencia menor.

Resultarán elegidos quienes obtengan las más altas mayorías relativas. En los casos en que se produjere igualdad de votos, se estará a lo que disponga el estatuto y si nada dijere, se procederá sólo respecto de quienes estuvieren en tal situación, a una nueva elección.

8.5. La votación.

Las votaciones que deban realizarse para elegir al directorio serán secretas y deberán practicarse en presencia de un ministro de fe. El día de la votación no podrá llevarse a efecto asamblea alguna del sindicato respectivo, salvo que se trate de la asamblea constitutiva (art.239 CT).

Del art. 246 CT parece desprenderse la exigencia de que la votación se realice en un acto único ("de manera simultánea") en la forma que determinen los estatutos o, en su defecto, de acuerdo con las normas que determine la Dirección del Trabajo.

El empleador deberá prestar las facilidades necesarias para practicar la elección del directorio y demás votaciones secretas que exija la ley, sin que lo anterior implique la paralización de la empresa, establecimiento o faena (art. 247 CT).

8.6. Funciones del directorio.

El directorio cuenta con funciones de dirección, de representación y de administración, cualquiera sea la clase de sindicato. Salvo el caso del directorio unipersonal de los sindicatos con menos de 25 afiliados, se trata de un órgano colegiado cuya voluntad se forma a través de acuerdos. Antes de que la ley 19.759 lo derogara, el art. 242 prescribía que tales acuerdos debían adoptarse por la mayoría absoluta de sus integrantes. Ahora será el estatuto de cada organización el que determinará cómo se tomarán las decisiones al interior del directorio.

8.6.1. La dirección sindical.

El art. 235 CT dice que los sindicatos "serán dirigidos" por un directorio. "Dirigir" un sindicato es asumir su conducción para que pueda cumplir sus fines. Según el profesor MACCHIAVELLO "consiste esencialmente en tomar todas las decisiones y ejecutar todos los actos que se requieran para: 1) mantener la organización; 2) ajustar las actuaciones a las disposiciones de orden jurídico, al estatuto interno y a los acuerdos de las asambleas; 3) exigir el respeto y el cumplimiento de las leyes y los acuerdos sindicales a los afiliados; 4) hacer eficiente la organización en el sentido de cumplir sus fines"[67].

8.6.2. La representación sindical.

El art. 234 CT establece que «el directorio representará judicial y extrajudicialmente al sindicato y a su presidente le será aplicable lo dispuesto en el artículo 8.° del Código de Procedimiento Civil». En consecuencia, el presidente del sindicato está autorizado para litigar a nombre de la organización, con las facultades del inc. 1° del art. 7° CPC no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos del sindicato. Requerirá, sin

67 Op. cit., p. 323.

embargo, poder expreso para desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir.

Pero la representación sindical no es solamente jurídica sino, además, de intereses. Asumirá este carácter «si pretende sólo relacionar o hacer presente intereses que no son créditos personales u obligaciones específicas, pero que tienen un potencial relieve económico social para los trabajadores».[68]

8.6.3. La administración.

Prescribe el art. 258 CT que corresponde a los directores la administración de los bienes que forman el patrimonio del sindicato y que los directores responderán en forma solidaria y hasta de la culpa leve, en el ejercicio de tal administración, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en su caso.

Los directores administran los bienes del sindicato y, por consiguiente, ejecutan todos los actos propios de la "administración". Esta comprende facultades ordinarias "conservativas" y otras que importan adquisiciones, traspasos de recursos, enajenaciones y gravámenes.[69]

8.7. Permanencia y cesación en el cargo de director.

De acuerdo a lo previsto en el art. 235 inc. 5° CT "el mandato sindical durará no menos de dos años ni más de cuatro y los directores podrán ser reelegidos".

El CT no sistematiza en un artículo las causas de cesación en el cargo de director, y algunas no están siquiera expresamente consignadas en dicho cuerpo legal. Resulta útil, por ende, enumerarlas:

- Expiración del mandato.
- Muerte, incapacidad o inhabilidad del dirigente.
- Renuncia al cargo u opción por otro incompatible.
- Pérdida de la calidad de socio del sindicato.
- Disolución del sindicato.
- Extinción de la empresa.
- Término del contrato de trabajo por causa legal, autorizado por el tribunal competente.
- Merma del número de directores que haga inoperante al directorio.
- Censura del directorio.

68 Idem.

69 Idem, p. 324.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

8.8. La censura del directorio.

8.8.1. Noción.

La censura del directorio «se podría definir como el acuerdo colectivo de la asamblea en cuya virtud se pone término a las funciones del directorio cuando los dirigentes han perdido la confianza de sus bases»[70].

8.8.2. Características:

Es un derecho de los trabajadores afiliados al sindicato (art. 244 inc. 1.ć CT); no se requiere una causal pare censurar, basta el acuerdo de los afiliados; y la censura afecta a todo el directorio.

9. EL FUERO SINDICAL.

9.1. Naturaleza y alcances.

En nuestro país el fuero laboral es un mecanismo de protección de la maternidad y de la libertad sindical. En virtud del fuero, la facultad del empresario de rescindir el contrato se convierte en una simple propuesta al tribunal, que resuelve sobre la justificación posible de los motivos del despido. En efecto, de acuerdo con el art. 174, CT "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".

Según los profesores THAYER y NOVOA, «con el fuero reconocido por la legislación sindical a los dirigentes de las organizaciones, se está cautelando la posibilidad de una representación independiente y libre, ajena a eventuales presiones y represalias empresariales. Podríamos decir que es una protección a la libertad sindical»[71].

El profesor MACCHIAVELLO observa «que se trata de una forma de "protección legal" a la "vulnerabilidad" que afecta a un trabajador por ejercitar funciones de dirigente, en que, en representación de los afiliados, deberá controvertir posiciones del empleador para conseguir un mejoramiento laboral, retributivo y de las condiciones de vida de los trabajadores»[72].

Además del límite a la libertad para despedir, el fuero sindical restringe el ius variandi del empleador. En efecto, de acuerdo con el art. 243 inc. 2° CT, durante el lapso que dura el fuero de los directores sindicales, el empleador no podrá ejercer a su respecto las facultades que establece el art. 12 CT, es decir, no puede alterar la naturaleza de los servicios, el sitio donde deban prestarse ni la distribución de la jornada de trabajo, salvo que se trate de caso fortuito o fuerza mayor.

70 THAYER y NOVOA: op. cit., tomo I, p. 398.

71 Op. cit., p. 400.

72 Op. cit., p. 340.

9.2. Ámbito temporal que cubre el fuero.

En materia sindical la extensión del fuero tiene tres fases o momentos:

9.2.1. Durante el período de las candidaturas a dirigente sindical o fuero de los candidatos.

Hay que distinguir si se trata de la elección del primer directorio o de las siguientes.

9.2.1.1. Elección del primer directorio.

Recordemos que para la primera elección de directorio (que coincide con la constitución del sindicato), serán candidatos todos los trabajadores que concurran a la asamblea constitutiva y que reúnan los requisitos para ser director sindical (art. 237 inc. 1ć CT).

Pues bien, los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta 30 días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días (art. 221 inc. 3ć CT).

Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato interempresa gozarán de fuero laboral desde que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva y hasta 30 días después de realizada esta. La asamblea deberá verificarse dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de ministro de fe (art. 221 inc. 4ć CT)..

Los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, gozan de este fuero hasta el día siguiente de la asamblea constitutiva y se aplicará a su respecto la prohibición de ejercicio del ius variandi en los términos del inciso final del art. 243 CT (vale decir, salvo caso fortuito o fuerza mayor) (art. 221 inc. 5ć CT).

De acuerdo con el art. 221 inc. final CT "se aplicará a lo establecido en los dos incisos precedentes, lo dispuesto en el inciso tercero del art. 238". Este último precepto establece que en una misma empresa, los trabajadores podrán gozar del fuero sólo dos veces durante cada año calendario.

9.2.1.2. Posteriores elecciones de directorio.

El art. 238 CT otorga fuero a los trabajadores de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, que sean candidatos al directorio desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba realizarse la elección respectiva y hasta esta última.

Dicha comunicación deberá practicarse con una anticipación no superior a 15 días de aquél en que se efectúe la elección. Si la elección se postergare, el fuero cesará en la fecha en la que debió celebrarse aquella. En consecuencia, este fuero tiene una duración máxima de 15 días.

Esta norma se aplicará también en las elecciones que se deban practicar para renovar parcialmente el directorio.

9.2.2. Durante el período de funciones del directorio o fuero de los directores sindicales.

El art. 243 CT prescribe que los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente desde la fecha de su elección. Esta inamovilidad rige en tanto el trabajador sea director. Recordemos que el mandato sindical dura dos años, como mínimo, y cuatro, como máximo y que cada director puede ser reelegido indefinidamente.

Tratándose del primer directorio de una organización sindical, sus miembros gozarán este fuero desde el momento en que se realice la asamblea constitutiva (art. 224 CT).

El fuero que ampara a la directiva designada en la asamblea constitutiva cesará si no se efectuare el depósito del acta de constitución del sindicato en la Inspección del Trabajo dentro del plazo de 15 días desde la fecha de la asamblea (art. 224 inc. 2° CT).

Como estudiamos precedentemente, la Ley 19.759 dispuso el número del directores de los sindicatos que afilien 25 o más trabajadores. En efecto, el nuevo art. 235 inc. 2ć CT señala que en tal caso, "el directorio estará compuesto por el número de directores que el estatuto establezca". No obstante lo cual, dicho precepto agrega en su inciso siguiente que sólo gozarán de fuero y de los permisos y licencias legales, las más altas mayorías relativas de acuerdo con la tabla siguiente:

N° de trabajadores afiliados al sindicato	Directores que gozan de fuero
25 a 249	3
250 a 999	5
1000 a 2999	7
3000 o más	9

En el caso de los sindicatos de empresa formados por 3000 o más trabajadores, que tengan presencia en dos o más regiones, el número de directores aforados se aumentará en dos.

Es evidente que la ampliación de la autonomía sindical a los efectos de la fijación del número de directores resulta inmediatamente vaciada de contenido por esta limitación del fuero sindical. Los directores "supernumerarios" quedan así convertidos en una suerte de paladines sin coraza. La figura tendrá, por este motivo, escasa aplicación práctica.

9.2.3. Durante el lapso de 6 meses después de haber cesado en el cargo o fuero de los ex directores.

De acuerdo con el art. 243 inc. 1ć CT, los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo.

Sin embargo, el fuero termina de inmediato cuando el director cesa en el cargo por: censura del directorio; sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deba hacer abandono del mismo; término de la empresa.

10. LOS PERMISOS SINDICALES

10.1. Ideas generales

La asunción del cargo de director entraña la de un conjunto de deberes, propios de las funciones sindicales, los cuales no siempre es posible conciliar con las obligaciones que conlleva su condición de trabajador. Con el objeto de facilitar el ejercicio de las funciones sindicales la ley ha establecido la obligación del empleador de conceder permisos a los dirigentes y la facultad de pactarlos con el directorio.

Jurídicamente el sistema de permisos constituye un caso de suspensión legítima –legal o contractual- de la obligación laboral.[73]

Recordemos que la suspensión es «la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato de trabajo, subsistiendo el vínculo contractual». Puede ser legal o contractual, según sea la fuente formal inmediata que la origina.[74]

10.2. Clasificación.

El Código regula los permisos de los directores y delegados sindicales en los arts. 249 a 252 CT. Para su estudio distinguiremos entre el permiso general o común y los permisos especiales o licencias.

10.2.1. Permiso general o común. Características (art. 249 CT).

1.° Constituye una obligación del empleador -y por consiguiente un derecho para los directores y delegados sindicales- autorizarlos para ausentarse de sus labores con el objeto de cumplir sus funciones fuera de su lugar de trabajo.

2° Estos permisos no podrán ser inferiores a 6 horas semanales por cada director, ni a 8, tratándose de organizaciones sindicales con 250 o más trabajadores.

---

73 THAYER y NOVOA: op. cit., tomo I, p. 394.

74 Idem, tomo II, p. 348.

3.° El tiempo de los permisos semanales será acumulable por cada director dentro del mes calendario correspondiente.

4.° Cedible. Cada director podrá ceder a uno o más de los restantes, la totalidad o parte del tiempo que le correspondiere, previo aviso escrito al empleador. Además, los directores aforados podrán ceder en todo o en parte los permisos a los directores electos que no gozan de dichos permisos. Dicha cesión deberá ser notificada al empleador con al menos tres días hábiles de anticipación al día en que se haga efectivo el uso del permiso a que se refiere la cesión (art. 235 inc. final CT).

5.° Las horas que los directores y delegados ocupen cuando sean citados en calidad de tales por autoridades públicas, no se computarán dentro de los permisos y, por tanto, podrán exceder sus límites. Pero deberán acreditarse debidamente si así lo exigiere el empleador.

6.° El tiempo que abarquen los permisos otorgados a directores y delegados para cumplir labores sindicales se entenderá trabajado para todos los efectos.

7.° Será de cargo del sindicato respectivo el pago de las remuneraciones, beneficios y cotizaciones previsionales de cargo del empleador que puedan corresponder a los dirigentes durante el tiempo del permiso.

8.° Las normas sobre permiso y pago de remuneraciones, beneficios y cotizaciones previsionales de cargo del empleador podrán ser objeto de negociación de las partes.

10.2.2. Permisos especiales o licencias.

Adicionalmente al permiso ordinario habrá lugar a los siguientes:

Los directores sindicales, con acuerdo de la asamblea respectiva, adoptado en conformidad a sus estatutos, podrán, conservando su empleo, excusarse enteramente de su obligación de prestar servicios a su empleador, siempre que sea por un lapso no inferior a 6 meses y hasta la totalidad del tiempo que dure su mandato.

Asimismo, el dirigente de un sindicato interempresa podrá excusarse por un lapso no superior a un mes con motivo de la negociación colectiva que tal sindicato efectúe.

Los directores y delegados sindicales podrán también hacer uso de hasta tres semanas de horas de trabajo sindical en el año calendario para asistir a actividades destinadas a formación y capacitación sindical, en conformidad a los estatutos del sindicato.

10.2.2.1. Normas comunes a los permisos especiales:

Los directores o delegados sindicales comunicarán por escrito al empleador, con 10 días de anticipación, a lo menos, la circunstancia de que harán uso de estas franquicias.

La obligación de conservar el empleo se entenderá cumplida si el empleador asigna al trabajador otro cargo de igual grado y remuneración al que anteriormente desempeñaba.

Las remuneraciones, beneficios y cotizaciones previsionales de cargo del empleador serán pagadas por la respectiva organización sindical, sin perjuicio del acuerdo a que puedan llegar las partes.

El tiempo empleado en estos permisos o licencias se entenderá como efectivamente trabajado para todos los efectos.

El empleador puede convenir directamente con el directorio otro tipo de licencias para uno o más de los dirigentes. A estas licencias convencionales se les aplicará lo señalado en las letras c) y d) precedentes.

11. LAS ASAMBLEAS

11.1. Noción.

Según el profesor MACCHIAVELLO "la asamblea se puede conceptuar como la reunión (en un solo acto) que se realiza con la asistencia y la participación de los afiliados al sindicato, según los requisitos legales y estatutarios, para conformar un acto jurídico en virtud del cual una pluralidad de personas se constituye en "un solo cuerpo", para crear "la voluntad colectiva" que principalmente se manifestará en "acuerdos" o "resoluciones" tomados a lo menos por la mayoría de los integrantes o asistentes, según corresponda[75].

Los profesores THAYER y NOVOA, por su parte, advierten que "no obstante las atribuciones del directorio, la asamblea general es el órgano decisorio principal de las organizaciones sindicales, lo que no es extraño si tenemos presente que nuestro Código consagra el sindicalismo democrático. Conforme a él se traspasa a las bases, o sea, a las asambleas, la toma de decisiones más importantes. Sus acuerdos obligan a todos los socios y particularmente al directorio, que es el órgano ejecutor de ellos"[76].

11.2. Clasificación.

El Código distingue tres clases de asambleas: la constitutiva del sindicato y las asambleas ordinarias y extraordinarias. Respecto de la asamblea constitutiva nos remitimos a lo ya señalado en el número 6.3. de este trabajo. Ahora corresponde referirse a las dos últimas.

11.2.1. Asambleas ordinarias.

Son aquellas que se realizan o celebran con la frecuencia y en la oportunidad establecidas en los estatutos, y serán citadas por el presidente o quien los estatutos determinen (art. 231 inc. 2° CT). Tienen por objeto deliberar y decidir asuntos relacionados con el cumplimiento de los fines, la dirección y la administración del sindicato.

75 Op. cit., pág. 317.

76 Op. cit., tomo I, pág. 403.

11.2.2. Asambleas extraordinarias.

Son aquellas que se realizan cada vez que lo exijan las necesidades de la organización. Serán convocadas por el presidente o por el 20% de los socios (art. 231 inc. 2ć CT).

Sólo en asambleas extraordinarias podrán tratarse las materias siguientes:

La enajenación de bienes raíces;

La modificación de los estatutos;

La disolución de la organización.

11.3. Lugar y horario de reunión (art. 255 CT)

Las reuniones ordinarias o extraordinarias de las organizaciones sindicales se efectuarán en cualquier sede sindical, fuera de las horas de trabajo, y tendrán por objeto tratar entre sus asociados materias concernientes a la respectiva entidad. Para estos efectos se entenderá también por sede sindical todo recinto dentro de la empresa en que habitualmente se reúna la respectiva organización. Podrán, sin embargo, celebrarse dentro de la jornada de trabajo las reuniones que se programen previamente con el empleador o sus representantes.

12. EL PATRIMONIO SINDICAL.

12.1. Noción.

El sindicato goza de personalidad jurídica y tiene por consiguiente los atributos propios de ésta, entre los cuales se encuentra, como sabemos, el patrimonio. Este puede ser concebido como «la universalidad de relaciones jurídicas, o de derechos y obligaciones, apreciables en dinero, de cada sindicato».[77]

En concordancia con lo precedentemente expuesto, el art. 259 CT establece que «el patrimonio de una organización sindical es de su exclusivo dominio y no pertenece, en todo ni en parte a sus asociados». Y el legislador lleva este principio hasta sus últimas consecuencias. En efecto, el precepto citado agrega que «ni aun en caso de disolución, los bienes del sindicato podrán pasar a dominio de alguno de sus asociados». Seguramente se ha querido evitar que la codicia de sus miembros pudiera instigar un votum mortis para el sindicato.

12.2. Contenido.

Dispone el art. 256 CT que el patrimonio del sindicato estará compuesto por: las cuotas o aportes ordinarios o extraordinarios que la asamblea imponga a sus asociados, con arreglo a los estatutos; por el aporte o cuota sindical ordinaria del exafiliado que se mantenga afecto al instrumento colectivo negociado por la organización, en los términos del inciso segundodel

77 MACCHIAVELLO: Op. cit., pág. 345,

artículo 323[78]; por la cuota sindical ordinaria de los no afiliados que hayan aceptado que se les aplique la extensión de beneficios de conformidad al inciso segundo del artículo 322[79]; las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren; el producto de sus bienes; el producto de la venta de sus activos; las multas cobradas a los asociados de conformidad a los estatutos; y las demás fuentes que prevean los estatutos.

Adviértase que la enumeración no es taxativa, pudiendo contemplar los estatutos las más diversas fuentes de financiamiento, sujetándose -por supuesto- a las normas generales de licitud, moralidad y orden público.

Esta amplitud manifiesta un cambio radical respecto del Código de 1987, cuyo artículo 244 establecía numerus clausus de fuentes y que en el art. 247 prohibía a los sindicatos recibir directa ni indirectamente aportes, donaciones, empréstitos ni ningún tipo de financiamiento de las empresas a que pertenecieran sus asociados, como tampoco contratar o recibir éstos de personas naturales o jurídicas extranjeras. Con razón, Thayer y Novoa criticaban lo exagerado de este último precepto (op. cit., tomo I, págs. 405 y 406). También Macchiavello recomendaba revisar la norma (op. cit., pág. 348).

12.3. Administración

Habíamos ya señalado que corresponde a los directores la administración de los bienes que forman el patrimonio del sindicato. Los directores responderán en forma solidaria y hasta de la culpa leve en el ejercicio de tal administración, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en su caso (art. 258 CT). Deberán, además, sujetarse a las reglas siguientes:

1.° Los bienes de las organizaciones sindicales deberán ser precisamente utilizados en los objetivos y finalidades señalados en la ley y los estatutos (art. 259 inc. 2° CT).

2.° Las organizaciones sindicales podrán adquirir, conservar y enajenar bienes de todas clases y a cualquier título. La enajenación de bienes raíces deberá tratarse en asamblea citada al efecto por la directiva (art. 257 CT).

---

78 No obstante el cambio de afiliación sindical o desafiliación, el trabajador se mantendrá afecto al instrumento colectivo negociado por el sindicato al que pertenecía y que estuviere vigente, debiendo pagar el total de la cuota mensual ordinaria de ese sindicato durante toda la vigencia de dicho instrumento colectivo. Al término de la vigencia del instrumento colectivo del sindicato al que estaba afiliado, el trabajador pasará a estar afecto al instrumento colectivo del sindicato al que se hubiere afiliado, de existir este.

79 Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de

empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.

3.° Los fondos del sindicato deberán ser depositados, a medida que se perciban, en una cuenta corriente o de ahorro abierta a su nombre en un banco (esta obligación no se aplicará a los sindicatos con menos de 50 trabajadores). Contra estos fondos girarán conjuntamente el presidente y el tesorero, los que serán solidariamente responsables si no se efectuaren los depósitos en la forma y oportunidad señalados (art. 263 CT). Coincidimos con el profesor MACCHIAVELLO en el sentido que el giro debe supeditarse a los acuerdos del directorio y al estatuto del sindicato[80].

12.4. Las cuotas (arts. 260 y 261 inc. 1° CT)

El CT distingue entre cuotas o cotizaciones ordinarias y extraordinarias. Las cuotas ordinarias tienen por objeto financiar los gastos ordinarios y de funcionamiento del sindicato. La cotización a las organizaciones sindicales será obligatoria respecto de los afiliados a éstas, en conformidad a sus estatutos, en los que deberá constar el valor de la cuota ordinaria con que concurrirán a financiarla.

Las cuotas extraordinarias se destinarán a financiar proyectos o actividades previamente determinadas y serán aprobadas por la asamblea mediante voto secreto con la voluntad conforme de la mayoría absoluta de sus afiliados.

12.5. Los descuentos.

El empleador sólo podrá deducir de las remuneraciones del trabajador las cuotas ordinarias y extraordinarias del sindicato respectivo en los casos siguientes:

A simple requerimiento del presidente o tesorero de la directiva de la organización sindical respectiva; o Cuando el trabajador afiliado lo autorice por escrito.

Una vez descontadas, deberá depositarlas en la cuenta corriente o de ahorro de la o las organizaciones sindicales beneficiarias, cuando corresponda.

Las cuotas descontadas a los trabajadores y no entregadas oportunamente se pagará reajustadas conforme a la variación del IPC En todo caso, las sumas adeudadas devengarán, además, un interés penal del 3% mensual sobre la suma reajustada, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal a que pudiere haber lugar.

La asamblea del sindicato base fijará, en votación secreta, la cantidad que deberá descontarse de la respectiva cuota ordinaria, como aporte de los afiliados a la o las organizaciones de superior grado a que el sindicato se encuentre afiliado, o vaya a afiliarse.

En este último caso, la asamblea será la misma en que haya de resolverse la afiliación a la o las organizaciones de superior grado. Este acuerdo importará que el empleador deberá proceder al descuento respectivo y a su depósito en la cuenta corriente o de ahorro de la o las organizaciones de superior grado, para lo cual se le deberá enviar copia del acta respectiva. Las copias de dichas actas tendrán mérito ejecutivo cuando estén autorizadas por un notario público o por un inspector del trabajo.

80 Op. cit., p. 349.

La ley presume que el empleador ha practicado los descuentos, por el solo hecho de haber pagado las remuneraciones del trabajador.

12.6. La contabilidad y fiscalización financiera (arts. 232 inc. 2º CT)

Los arts. 264 y 265 que reglamentaban estas materias fueron derogados por la Ley 19.759. Se desregula una vez más a favor de la autonomía sindical: "El estatuto regulará los mecanismos de control y de cuenta anual que el directorio sindical deberá rendir a la asamblea de socios. La cuenta anual, en lo relativo a la administración financiera y contable, deberá contar con el informe de la comisión revisora de cuentas. Deberá, además, disponer expresamente las medidas de garantía de los afiliados de acceso a la información y documentación sindical".

II. LAS PRÁCTICAS DESLEALES O ANTISINDICALES

1. IDEAS GENERALES.

Para que la libertad sindical sea eficaz no basta que el ordenamiento jurídico permita la sindicación o la no sindicación. Además es necesario que la proteja contra los que tratarán de no respetarla. El Código tipifica y sanciona las prácticas antisindicales mediante la ordenación contenida en el Capítulo IX del Título I del Libro III, artículos 289 a 294 bis y en el Título IX del Libro IV, arts. 403 a 407.

Su introducción, derivada más bien de ordenamientos anglosajones, se mira como una protección a la acción del sindicato, con la manifiesta finalidad de evitar presiones morales o materiales que puedan desvirtuarla, sobre todo en la etapa de negociación colectiva y principalmente fundamentado en el principio de la libertad sindical.[81]

En este capítulo no trataremos las prácticas desleales en la negociación colectiva, pues el estudio de esta materia exige conocer previamente el procedimiento de dicha negociación. Nos ocupamos de ellas en el capítulo noveno de este trabajo.

2. NOCIÓN GENÉRICA

Se llama prácticas desleales o antisindicales a «ciertos hechos de autoría del empleador, o de los trabajadores o de las organizaciones sindicales, en su caso, que tienen por objeto atentar en contra de la libertad sindical o de la autonomía de funcionamiento de aquéllas».[82]

Ya don Andrés Bello había observado, agudamente, que la mala fe es fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales.[83] El legislador laboral, si bien tipifica numerosas prácticas antisindicales, no lo hace con carácter taxativo y sanciona en general todas las acciones u omisiones que atenten contra la libertad sindical, aun las no expresamente descritas en los arts. 289 a 291 CT.

81 Idem, p. 321.

82 MACCHIAVELLO: Op. cit., p. 386.

83 Vid. mensaje del CC, párrafo primero.

3. PRACTICAS DESLEALES DEL EMPLEADOR

De acuerdo con el art. 289 CT "serán consideradas prácticas antisindicales del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical". Esta definición genérica es defectuosa porque, como veremos de inmediato, en la descripción que le sigue existen hipótesis de omisión. Así en la a) "negarse a recibir" y en la letra b) negarse a proporcionar [...]la información".

Agrega el precepto citado que incurre especialmente en esta infracción:

El que obstaculice la formación o funcionamiento de sindicatos de trabajadores. Esta práctica tiene tres modalidades de comisión. La ley entiende que el empleador obstaculiza la formación o el funcionamiento del sindicato:

a.1. negándose injustificadamente a recibir a sus dirigentes;

a.2. ejerciendo presiones mediante amenazas de pérdida del empleo o de beneficios, o del cierre de la empresa, establecimiento o faena, en caso de acordarse la constitución de un sindicato; o

a.3. ejecutando maliciosamente actos tendientes a alterar el quórum de un sindicato.

Estas conductas se considerarán también prácticas desleales cuando se refieran a los comités paritarios de higiene y seguridad o a sus integrantes.

El que se niegue a proporcionar a los dirigentes de o de los sindicatos base la información a que se refieren los artículos 315 y 317.

El que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato.

El que realice alguna de las acciones indicadas en las letras precedentes, a fin de evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente.

El que ejecute actos de injerencia sindical, tales como:

e.1. Intervenir activamente en la organización de un sindicato;

e.2. Ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado;

e.3. Discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o

e.4. Condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato, o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones.

El que ejerza discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical, y

El que aplique las estipulaciones de un contrato colectivo a los trabajadores a que se refiere el art. 346 CT sin efectuar el descuento o la entrega al sindicato de lo descontado según dicha norma dispone[84].

4. PRACTICAS DESLEALES DEL TRABAJADOR, DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES, O DE ESTOS Y DEL EMPLEADOR EN SU CASO (art. 290 CT).

Incurre especialmente en esta infracción:

El que acuerde con el empleador la ejecución por parte de éste de alguna de las prácticas desleales atentatorias contra la libertad sindical en conformidad al art. 289 CT y el que presione indebidamente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos.

El que acuerde con el empleador el despido de un trabajador u otra medida o discriminación indebida por no haber éste pagado multas, cuotas o deudas a un sindicato y el que de cualquier modo presione al empleador en tal sentido.

Los que apliquen sanciones de multas o de expulsión de un afiliado por no haber acatado éste una decisión ilegal o por haber presentado cargos o dado testimonio en juicio, y los directores sindicales que se nieguen a dar curso a una queja o reclamo de un afiliado en represalia por sus críticas a la gestión de aquélla.

El que de cualquier modo presione al empleador a fin de imponerle la designación de un determinado representante, de un directivo u otro nombramiento importante para el procedimiento de negociación y el que se niegue a negociar con los representantes del empleador exigiendo su reemplazo o la intervención personal de éste, y

Los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a éste los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados.

Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece el Código del Trabajo de mala fe o con abuso del derecho.

5. PRACTICAS DESLEALES SIN SUJETO ACTIVO CALIFICADO.

A diferencia de los casos precedentes, el art. 291 CT no exige que el autor de la conducta antisindical revista una calidad especial, sino que puede ser cualquier persona, incluso un tercero ajeno a la relación de trabajo. Incurren, especialmente, en Infracción que atenta contra la libertad sindical:

Los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y

84 Se refiere a los trabajadores que no participaron de la negociación colectiva. El empleador debe descontarles de su remuneración una suma equivalente al 75% de la cotización mensual ordinaria, descuento que irá a las arcas del sindicato que hubiere obtenido los beneficios que se extienden a tales trabajadores (Vid. art. 346).

los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical, y

Los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros de un sindicato, impidan el ingreso de los trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio.

III. LA NEGOCIACION COLECTIVA

3.1 Concepto de negociación colectiva:

La negociación colectiva es una Institución propia del derecho del trabajo, reconocidas en las legislaciones de los distintos países, pero anterior al él, que permite armonizar los intereses contradictorios de los actores laborales, para que de común acuerdo y con plena autonomía fijen los salarios y condiciones de trabajo en conformidad a los procedimientos que establecen las respectivas legislaciones[85].

Asimismo, la negociación colectiva admite diversas definiciones:

Desde la perspectiva jurídica y respecto a su naturaleza se declara como un derecho humano fundamental de contenido laboral, reconocido como tal en los principales tratados internacionales de derechos humanos y en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Ahora bien, podemos distinguir también entre un concepto amplio y un concepto restringido de negociación colectiva:

- Desde una perspectiva amplia: "aquella que se efectúa entre los trabajadores organizados y los empleadores y/o el Estado con el objeto de lograr acuerdos a nivel de establecimiento, de empresa, de profesión o de industria, de la región o de la nación, en materias que interesan a los trabajadores"

- Desde una perspectiva restringida: la definición circunscribe a la negociación colectiva "al objeto de lograr un mejoramiento de condiciones de trabajo y de vida y que culmina en un instrumento denominado contrato o convenio colectivo.

En el convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo de 1981, se define la Negociación colectiva en el artículo 2, enmarcada dentro de un concepto o perspectiva restringida, en los siguientes términos:

"Todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

85 Eduardo Caamaño Rojo, "La negociación Colectiva en el derecho del Trabajo. Un análisis en ambiente comparado y según estándares OIT", 2008

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

a. Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o

b. Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o

c. Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

3.2 Marco normativo de la negociación colectiva en Chile.

3.2.1 A nivel Constitucional:

La negociación colectiva en nuestro país se encuentra consagrada como garantía constitucional en el Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la Republica, en los incisos quinto y sexto específicamente se encuentran el derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga.

3.2.2 En nuestra legislación laboral:

La Negociación Colectiva en nuestra legislación Laboral, se encuentra regulada en el libro IV del código del trabajo, distribuyéndose las temáticas de la siguiente forma:

- En el título I, sobre normas generales, el artículo 314 regula la negociación no reglada entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales.
- El título IV establece el procedimiento de negociación colectiva reglada de los sindicatos de empresa con una empresa, en el artículo 327 y siguientes.
- El título V en el capítulo I establece las Reglas Especiales Para la Negociación Colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interpresa con una empresa, específicamente en el artículo 364. En tanto los artículos 365 y siguientes del Capítulo II, de ese mismo título, se determina el procedimiento de negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.
- El titulo X en el artículo 408 y siguientes dispone que las federaciones y confederaciones pueden, en cualquier momento y sin sujeción a reglas de procedimiento, previo acuerdo con uno o más empleadores, o con una o más asociaciones gremiales de empleadores , suscribir convenios colectivos y/o pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

3.2.3 Tratados Internacionales:

Existe un variado reconocimiento directo e indirecto de la Negociación Colectiva en instrumentos o tratados internacionales, a continuación, una enumeración de los diversos instrumentos internacionales que la reconocen:

- Convenio Nć 154 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1981, sobre Fomento de la Negociación Colectiva: el que señala en su Preámbulo "la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan… lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación

colectiva", y tomando nota de que este principio es "plenamente aplicable a todos los pueblos".

- Recomendación Nć 163 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Fomento de la Negociación Colectiva

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, de 1948, que establece en su Artículo 23:

1. "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."

- Convenio Nć 87 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

- Convenio N° 98 de la Organización Internacional de Trabajo relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva: el que en su artículo 4 señala: "deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello lo sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Artículo 16 sobre Libertad de Asociación.

3.3 Características de la negociación colectiva.

a. Es un procedimiento regulado por la ley: La negociación colectiva, comprende una serie temporal y sucesiva de actos a través de los cuales los sujetos involucrados buscan una solución. Procedimiento en el que se formulan peticiones, se responde, se discute y se llega o no a un acuerdo.

b. Su finalidad es establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para los trabajadores que negocian.

c. Los trabajadores involucrados gozan de fuero.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

d. Existe el derecho de los trabajadores a declarar la huelga y del empleador a declarar lock-out en los términos previstos por la ley.

e. El instrumento que se celebra recibe el nombre de Contrato Colectivo y debe tener una duración no menor a dos ni superior a tres años.

La negociación colectiva es, por lo tanto, un proceso que supone un conflicto previo, que requiere o necesita de una solución. Conflicto que puede ser representado por el rechazo de un grupo de trabajadores (una o más organizaciones sindicales o un grupo ad hoc de trabajadores) a las condiciones contractuales de trabajo actual y que proponen o realizan peticiones de nuevas condiciones laborales, donde la solución del problema no es impuesta por un tercero, sino que se lleva a cabo entre las partes directamente.

3.4 CLASIFICACION DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.

3.4.1 Desde el punto de vista de los actores que involucra, la negociación colectiva puede clasificarse en de empresa y supraempresa o interempresa.

3.4.2 Según el procedimiento la negociación colectiva puede ser reglada, semi reglada, no reglada o informal:

-Negociación colectiva reglada: es aquella regula por la ley y puede desarrollarse entre el empleador y uno o más sindicatos de empresa o con un grupo de trabajadores. Debe estar rigurosamente sujeta a las normas contenidas en el Libro IV del Código del Trabajo y da lugar a los derechos y obligaciones contenidos en éste, resolviéndose a través de un contrato colectivo o un fallo arbitral.

Tiene su origen en la iniciativa de los trabajadores, los que para iniciar un proceso de negociación colectiva deben presentar un proyecto de contrato colectivo de trabajo. El sindicato puede presentar el proyecto de contrato colectivo por el sólo hecho de tener tal calidad, con prescindencia de la cantidad de socios que agrupe.

El grupo podrá negociar en la medida que reúna los quórum y porcentajes que se exige para constituir un sindicato. En estos casos, dichos quórum y porcentajes se calculan en relación a los trabajadores facultados para negociar colectivamente y no sobre la totalidad de trabajadores de la empresa o establecimiento, como debe hacerse al constituir un sindicato.

-Negociación colectiva no reglada: es aquella negociación directa que, en cualquier momento, se celebra entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales en representación de los trabajadores afiliados a la misma , que no da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones del procedimiento de negociación colectiva reglado, concluyendo con la suscripción de un convenio colectivo.

-Negociación colectiva semi-reglada: es aquella negociación que puede ser llevada a efecto por un grupo de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar colectivamente, caso en el cual deben observarse las reglas procesales mínimas contenidas en el artículo 314 bis del Código del Trabajo.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

En la negociación colectiva semi-reglada y la no reglada se crea un convenio colectivo, que de acuerdo al artículo 314 bis C del Código del Trabajo (inciso 2°), una vez suscrito éste produce los mismo efectos que un contrato colectivo.

3.5 PRINCIPIOS DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO[86].

3.5.1 La libertad sindical

"Es aquel derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses comunes".

Desde el punto de vista jurídico la libertad sindical más q una libertad es un derecho que comprende la facultad de constituir sindicatos, tutela y promoción de la actividad sindical. Este derecho reconoce el conflicto en las relaciones laborales, lo importante que es el dialogo y la necesidad de llegar a un acuerdo entre los actores. Además el concepto de libertad sindical se encuentra estrechamente vinculado a los intereses de los trabajadores y a los derechos humanos.

Puede clasificarse en:

a. Individual o colectiva: la libertad sindical individual se relaciona directamente con los trabajadores individualmente considerados y la colectiva con los sindicatos o agrupaciones de trabajadores una vez constituidos a fin de lograr un la realización de ultimo común de la organización sindical, ésta es llamada también como Autonomía sindical, autonomía colectiva o autarquía sindical.

b. Procedimental o Sustantiva: La libertad sindical procedimental es aquella que se relaciona con las formas y procedimientos por los cuales se deben regir para la constitución y la vida del sindicato; en cambio, la sustantiva es aquella relacionada con los derechos básicos de los trabajadores y sus sindicatos ya constituidos. Ambas pueden ser a su vez individual o colectiva, según sea el caso.

c. Positiva o negativa: esta clasificación se da dentro de la libertad sindical individual, según sea o no permitido a los trabajadores constituir un sindicato y afiliarse a los ya formados , o negativa como libertad del trabajador para hacer abandono del sindicato o no pertenecer a sindicato alguno. Esta clasificación es criticada ya que la libertad sindical es un derecho, y como tal implica la facultad de no asociarse o no ocuparla.

3.5.2 Atributos de la libertad sindical.

Podemos distinguir diversos atributos o sub principios de la libertad sindical que dicen relación a sus características y reconocer sus elementos esenciales.

Todos estos atributos deben ser respetados por el Estado y los particulares.

a. Libertad de constitución: En primer lugar la libertad de constitución es parte de la libertad

86 Gamonal, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo

sindical individual positiva y consiste en la facultad de los trabajadores y empleadores de constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes. La legislación no debe discriminar respecto de la posibilidad de constituir sindicatos basándose en la ocupación, sexo, color, raza, credo, nacionalidad y opinión política. Del mismo modo, no debe exigirse autorización previa para constituirlos, existiendo una única excepción basada en que el Estado puede limitar este derecho respecto de Fuerzas Armadas y policías, los que por razones de orden general, pueden excluirse.

b. Libertad de afiliación: Es aquella libertad de adherir a la o a las organizaciones o agrupaciones que tienen los trabajadores, empleadores y sus respectivas organizaciones.

c. Libertad sindical negativa: Contempla la libertad que tienen los trabajadores y empleadores de desafiliarse de la o las organizaciones a que pertenezcan, así como también a la libertad de no pertenecer a organización alguna, lo que puede garantizarse, incluso por ley.

d. Libertad colectiva de reglamentación: Es la libertad o facultad con que cuentan los sindicatos para poder dictar sus propios estatutos reglamentos internos. En el caso de que la ley establezca exigencias a los estatutos, éstas pueden serlo sólo de forma, sin quedar sujetos de forma alguna a aprobación previa, de carácter discrecional por parte de autoridades.

e. ibertad colectiva de representación: Libertad para elegir a quienes serán sus representantes, sin intervención del Estado, limitándose únicamente por el respeto al principio democrático.

f. Libertad colectiva de disolución: los sindicatos sólo pueden ser disueltos o suspendidas sus actividades por acuerdo de los afiliados o por resolución judicial. Jamás podrán ser disueltos o suspendidos por una decisión administrativa.

g. Libertad colectiva de actuación sindical: Este es el atributo más importante de la libertad sindical, sin el cual los demás no tendrían sentido. Consiste en el derecho que tienen los sindicatos de estructurar su propio programa o plan de acción relacionados con los objetivos de la organización sindical, defensa de intereses económicos y sociales de los trabajadores. Esta libertad faculta a los sindicatos para organizar libremente su administración y sus actividades internas, sin intervención externar alguna, respetando sólo el principio democrático en la toma de decisiones, las que el Estado puede establecer reglas, aunque mínimas, para asegurar el respeto ha dicho principio.

h. Libertad colectiva de federación: Las federaciones y confederaciones gozan de todos los atributos de la libertad sindical que ya hemos enunciado y por lo tanto los sindicatos pueden o tienen la libertad de federarse, confederarse y formar organizaciones internacionales, así como también pueden asociarse o desafiliarse de las mismas.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

V. LA REFORMA LABORAL.

4.1 La Ley N° 20.940.

Esta ley nace por un compromiso de campaña presidencial de la Presidenta Michelle Bachelet, campaña en la que mencionó que realizaría una reforma al Código del Trabajo y señalando en su discurso el 21 de mayo del año 2014, que con dicha reforma se va a fortalecer al sindicato, la negociación colectiva, y la huelga como manera de fortalecer la libertad sindical. Este compromiso de campaña es parte de lo que este gobierno denomina las "Reformas Transformadoras del Modelo Chileno", y q se manifiestan en términos programáticos en lo que el misterio del trabajo denomina "Agenda Laboral". Esta agenda laboral señala dos grandes puntos con respecto a lo que señala esta ley, por un lado ampliar y mejorar la calidad de la negociación colectiva, promoviendo relaciones laborales basadas en el dialogo y por otro lado fortalecer la participación sindical, promoviendo un movimiento sindical representativo y de calidad que contribuya al desarrollo del país.

4.1.1 Objetivos fundamentales de la Ley N° 20.940.

De acuerdo a lo señalado en el mensaje con el que se da inicio al trámite de esta Ley el objetivo fundamental es "el desarrollo de las relaciones laborales modernas, justas y equilibradas entre las partes, en las que predomine el diálogo y el acuerdo combinando objetivos de equidad, eficiencia y productividad"[87], promoviendo, por una parte la negociación colectiva a través de la ampliación de la cobertura de los trabajadores que pueden ejercerla y ampliación de las materias que podrán ser acordadas entre las partes, y el establecimiento de procedimientos que faciliten la negociación colectiva entre empleadores y sindicatos; y por otra parte, fomenta el fortalecimiento de las organizaciones sindicales por medio del reconocimiento de su titularidad para los fines de la negociación colectiva y la extensión de los beneficios colectivos a los afiliados al sindicato.

Estos objetivos de la Ley N° 20.940, se fundamentaron en la baja cobertura de negociación colectiva la que en el año 2013 alcanzó el 8,1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y 2% bajo la modalidad no reglada; en las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo, observaciones hechas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo a la legislación laboral en temas sobre:

- La exclusión de la negociación colectiva de los aprendices y trabajadores contratados por obra o faena.
- La existencia simultanea de grupos negociadores y sindicatos (los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo admite la existencia de grupos negociadores cuando no hay sindicato en la empresa, y para el caso que estos coexistan, insta a que los estados garanticen que los grupos negociadores no vayan en desmedro de cualquier actividad sindical).

87 Mensaje N° 1052-362, de 29 de diciembre de 2014.

- El derecho a negociar colectivamente para el sindicato interempresa.
- Las limitaciones al ejercicio del derecho a huelga (el reemplazo de los huelguistas).

4.1.2 Cambios introducidos por la ley N° 20.940.

Esta ley modifica materias reguladas en el Código del Trabajo sobre el ejercicio del derecho de sindicación. Dentro de las primeras modificaciones está la realizada en el Libro III, ahora denominado "de las organizaciones sindicales" siendo eliminada la expresión "y del delegado del personal", abarcando también numerosas modificaciones en esta materia:

1. Respecto de los ministros de fe: de acuerdo al artículo 218, se incluye junto a los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del registro civil y los funcionarios de la administración del Estado que sean designados en calidad de tales por la dirección del trabajo, a los Secretarios municipales en las localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles.

2. La constitución del sindicato interempresa: la modificación se basa en que anteriormente el artículo 221 se refería en forma genérica respecto del ministro de fe ante el cual se debía celebrar la asamblea de constitución, en cambio el nuevo artículo 221 señala que sólo podrán actuar como ministro de fe los inspectores del trabajo.

3. Respecto del fuero, también se modifica el artículo 221 en relación a la constitución de un sindicato interempresa, señalando que el fuero del constituyente regirá desde que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva y hasta 30 días después de realizada ésta, lo que anteriormente señalaba que gozaba de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva y hasta 30 días después de realizada ésta. Este nuevo artículo 221 de Código del Trabajo, viene o es llamado a solucionar la problemática de la práctica abusiva del denominado "sindicato del día después", debido a que el fuero laboral de que gozaban los trabajadores que concurrían a la constitución de un sindicato interempresa era desde los 10 días anteriores a esta asamblea de constitución, se permitía que se utilizara fraudulentamente éste, en el caso de que un trabajador que haya sido despedido, podría constituir un sindicato interempresa con la única finalidad de aprovecharse del fuero retroactivo de 10 días y por ese medio dejar invalido su despido.

4. En el artículo 227 se modifica el quórum para constitución del sindicato en la micro y pequeña empresa, incluyendo el artículo que para poder constituir un sindicato en una empresa que tenga cincuenta trabajadores o menos, se requiere de un mínimo de ocho trabajadores, a lo que también agrega, que éstos deben representar al menos el 50% del total de los trabajadores.

5. Modifica la regulación aplicable a los delegados sindicales de los sindicatos interempresa y de trabajadores eventuales y transitorios (artículo 229): El delegado sindical se puede definir como un representante de los trabajadores en aquellas organizaciones que tienen una base de origen multiempleadora: sindicato interempresa y sindicato de trabajadores transitorios y eventuales.

Y su finalidad es la representación de los trabajadores que no han elegido directores en un sindicato de base multiempleadora a través de la elección de un delegado sindical[88].

Para la elección de este delegado sindical, anteriormente no requería o no se exigía formalidad alguna y debido a esto dicha elección debía ser regulada en los propios estatutos; las irregularidades del proceso electoral las conocía y resolvía los Tribunales Electorales Regionales; y así como también la nulidad de las actuaciones derivada de elecciones de mayor número de delegados permitidos eran conocidos por los Tribunales de Justicia.

La ley N° 20.940, modifica diversos aspectos acerca de la figura del delegado sindical, en los artículos 229 y 290.f del Código de Trabajo:

1. Se aumentó el número de trabajadores afiliados al sindicato de base multiempleadora necesario para que proceda la elección de 1 o más delegados sindicales, esto es:

- De 8 a 50 socios: 1 Delegado sindical.
- De 51 a 75 socios: 2 Delegados sindicales.
- 76 o más socios: 3 Delegados sindicales.

2. La votación del delegado sindical debe ser obligatoriamente realizada ante un ministro de fe, de aquellos señalados en el artículo 218 del Código del Trabajo.

3. Se debe informar obligatoriamente al empleador de la elección del delegado sindical por medio de carta certificada, dirigida a la administración de la empresa dentro de los 3 días hábiles siguientes a la elección del delegado sindical, entregando a la Inspección del Trabajo respectiva una copia.

4. Respecto de las prácticas antisindicales, se incluyó a éstas, el ejercicio de los derechos o fueros sindicales de mala fe o con abuso del derecho.

5. El delegado sindical gozará del mismo fuero del que gozan los directores sindicales, esto es, desde el día de su elección hasta 6 meses de después de haber cesado en el cargo, durando éste en su cargo el tiempo que establezcan los estatutos y si nada dicen estos, será el tiempo establecido para los directores sindicales.

6. Fija una proporción mínima de trabajadores en el directorio sindical: En el artículo 278 se incluye la obligatoriedad mínima de un 30% de participación femenina en el directorio sindical, en los siguientes términos: “Artículo 278:…Asimismo, los estatutos deberán incorporar un mecanismo destinado a resguardar que su cuerpo directivo esté integrado por un número de directoras no inferior al 30% del total de integrantes del directorio con derecho al fuero, inamovilidad funcionaria, horas de trabajo sindical y licencia del artículo 283”.

88 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág.35.

7. Incluye nuevas causales de término del fuero de los directores sindicales (Artículo243): De acuerdo a lo que señala el artículo 243, no hay modificación respecto de la extensión del fuero del director sindical, el que va desde que es elegido como tal, hasta 6 meses después de haber cesado en su cargo.

La diferencia está en que la ley N°20.940 incluye una nueva causal al término del fuero del director sindical, la cual es por "renuncia al sindicato", que se integra a las causales anteriores a saber: por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo.

Asimismo, el artículo 243, incorporó una nueva regla que establece que el fuero de los directores sindicales terminará cuando caduque la personalidad jurídica de la organización sindical, en dos casos:

- Si el sindicato no subsana los defectos de constitución o conforma sus estatutos a las observaciones formuladas por la inspección del trabajo dentro del plazo de 60 días contados desde su notificación, o dentro del mismo plazo no reclama las mismas observaciones ante el juez laboral (artículo 223).

- Si el sindicato "en formación" no contempla el quorum exigido legalmente en el plazo máximo de un año (artículo 227)[89].

8) Cambia la denominación de "permiso sindical" por "horas de trabajo sindical":

Este cambio en la denominación es parte de la "promoción del derecho de sindicación" que se pretende con la reforma laboral. De esta forma tenemos que los permisos o licencias sindicales se consideran junto al fuero, como una de las prerrogativas de la representación sindical, significan el ejercicio de la actividad sindical, considerando, además como un derecho fundamental en el artículo 19, N°19 de la Constitución[90].

De acuerdo al artículo 249 del Código del Trabajo, los empleadores deben conceder a los directores sindicales y delegados sindicales permisos para ausentarse de sus labores con el objeto de cumplir sus funciones fuera del lugar de trabajo, los que no podrán ser inferiores a 6 horas semanales por cada director, ni a 8 horas semanales tratándose de directores de organizaciones sindicales con más de 250 o más trabajadores. A su vez, el inciso 3° del artículo 274 del Código del Trabajo señala que el director de una federación o confederación que no haga uso de su opción de excusarse de su obligación de prestar servicios a su empleador por todo o parte del periodo que dure su mandato y hasta un mes de expirado éste, tiene derecho a que el empleador le conceda 10 horas semanales de permiso para efectuar su labor sindical, acumulables dentro del mes calendario.

89 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág 48 y 49.

90 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág 38.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

El objetivo del ejercicio de este derecho es el desempeño eficaz de la función sindical, reconociéndose al representante sindical de los periodos de tiempo con ese objeto, sin que las limitaciones del contrato de trabajo le impone, le restrinjan.

Anteriormente, en el Código del Trabajo esta materia se regulaba en los artículos 249 al 252, en los que se refería al "permiso sindical" denominación que fue modificada con la Ley N° 20.940 por "horas de trabajo sindical" con el objeto de denotar que todo aquel tiempo destinado por los directores y delegados sindicales a cumplir con sus funciones sindicales es equivalente a la prestación de servicios contratados.

Este denominado horas de trabajo sindical autoriza al director y/o delegado sindical para desarrollar las actividades propias de esa función, dentro de las horas que corresponden a la jornada laboral, sin que éstas actividades constituyan una ilícita contractual. En este sentido tenemos que el Código del Trabajo regula y diferencia entre las horas de trabajo sindical legal, estatutario, especial y convenido:

- Horas de trabajo sindical legal: Aquel regulado en el artículo 249, estableciendo que estas horas no podrán ser inferiores a 6 horas semanales, y tratándose de directores de organizaciones sindicales con 250 o más trabajadores, no podrán ser inferiores a 8 horas semanales. Los directores de una federación o confederación tendrán derecho a 10 horas semanales de horas de trabajo sindical para efectuar su labor, acumulables dentro del mes calendario. Los directores de una central sindical tendrán derecho a que el empleador le conceda hasta 24 horas semanales, acumulables dentro del mes calendario, de horas de trabajo sindical para efectuar su labor. En ambos casos, los directores podrán excusarse de su obligación de prestar servicios a su empleador por todo el período que dure su mandato y hasta un mes después de expirado este, sin derecho a remuneración. Las horas de trabajo sindical podrán ser acumuladas dentro del mes calendario por cada director, quién además podrá ceder los mismos a uno o más de los otros directores, avisando previamente, por escrito al empleador. El límite de horas de trabajo sindical podrá ser superiores a las ya señaladas, en caso de citaciones practicadas a los directores o delegados sindicales por autoridades públicas.

- Las horas de trabajo sindical de carácter estatutario: De acuerdo al artículo 250 de Código del Trabajo, los directores sindicales, con acuerdo de sus afiliados, podrán excusarse totalmente de la obligación de prestar servicios al empleador, siempre q se trate de un periodo no inferior a 6 meses, horas sindicales que pueden extenderse hasta la totalidad del tiempo que dure su mandato. De igual forma podrá excusarse el dirigente de un sindicato interempresa, pero en este caso solo podrá ser por un periodo que no exceda de 1 mes.

- Las horas de trabajo sindical especial: indicado en el artículo 250 b) que señala la facultad del director y delegado sindical de hacer uso de hasta 3 semanas de horas de trabajo sindical en el año calendario para asistir a actividades destinadas a formación y capacitación sindicales. Esto contrastado con el anterior articulo 250 b) notamos que se modifica la cantidad de días de horas de trabajo sindical, ya éste articulo señalaba que los dirigentes y delegados sindicales podrán hacer uso de hasta 1 semana de permiso sindical en el año calendario, y además que fuera con la finalidad de realizar actividades que sean necesarias

o estimen indispensables para el cumplimiento de sus funciones de dirigentes, o para el perfeccionamiento en su calidad de tales.

En las horas de permiso sindical estatutario y especial, los directores o delegados sindicales comunicarán por escrito al empleador la circunstancia de que harán uso de estos permisos, con a lo menos 10 días de anticipación.

- Las horas de trabajo sindical convenido: son aquellas horas de trabajo sindical que se pueden pactar entre el empleador y el directorio, para que uno o más de los dirigentes sindicales hagan uso de licencias sin goce de remuneraciones por el tiempo que se pacte.

Incorpora al patrimonio del sindicato las cuotas sindicales de los exafiliados que se mantengan afectos a un instrumento colectivo negociado por la organización sindical, así como la cuota de los no afiliados a quienes se les han extendido los beneficios del contrato colectivo: las organizaciones sindicales, para poder desarrollar sus actividades y así dar cumplimiento a sus finalidades, deben contar con recursos, para lo cual el sindicato al ser persona jurídica cuenta con patrimonio, que puede componerse de fuentes diversas. Señalaba el anterior artículo 256 que el patrimonio sindical estaba compuesto por:

a. las cuotas ordinarias o extraordinarias de los afiliados a la organización.

b. los aportes de los trabajadores adherentes a un instrumento colectivo.

c. los aportes de aquellos trabajadores a quienes el empleador le hubiere hecho extensivo parte o la totalidad de los beneficios del mismo instrumento.

d. las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, el producto de la venta de los activos de la organización, por las multas cobradas a los socios y las demás fuentes que establecieran sus estatutos.

El nuevo artículo 256 del Código de Trabajo, elimina lo referido a las cuotas o aportes de los adherentes y de los trabajadores a quienes se les extendieron los beneficios, sustituyéndose únicamente estos aportes por los siguientes:

a. El aporte o cuota sindical ordinaria del exafiliado que se mantenga afecto al instrumento colectivo negociado por la organización a la que pertenecía en el caso de que luego se haya desafiliado, en los términos establecidos en el art. 323. En este caso, el exsocio quedará obligado al pago del total de la cuota ordinaria de su ex sindicato durante toda la vigencia del mismo instrumento, por lo tanto se mantendrá afecto al instrumento colectivo del que fue parte.

b. La cuota sindical ordinaria de los trabajadores no afiliados que hayan aceptado que se les aplique la extensión de beneficios de acuerdo al art. 322 del Código del Trabajo. Aquellos trabajadores a quienes se les hagan extensivo el o los beneficios, previa aceptación de la extensión, deberán obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, de acuerdo a lo señalado en los estatutos.

9. Establece la proporción en la cual el directorio sindical, de la federaciones y confederaciones debe estar integrado por mujeres: Esta estipulación viene a fomentar el equidad de género y promover la representación femenina al interior de las organizaciones sindicales, en las que asegura un porcentaje mínimo de trabajadoras en el directorio sindical y garantizando que haya, a lo menos, una integrante en la comisión negociadora laboral. Esto, con el fin de garantizar los intereses de las trabajadoras. En el artículo 272 del Código del Trabajo se establecen los requisitos y condiciones mínimas que deben contemplar en los estatutos de las federaciones y confederaciones respecto de la participación femenina, indicando que éstas deberán incorporar un mecanismo destinado a resguardar que sus directorios estén integrados por un numero de trabajadoras no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero, horas de trabajo sindical y licencia del artículo 274, y en el caso de no contar con dicho porcentaje, será por el número de directoras que corresponda al porcentaje de dirigentes que puedan ser electas de conformidad al artículo 273, en caso de ser menor, esto es, estar en posesión del cargo de director de alguna de las organizaciones afiliadas.

10. Modifica la regulación de prácticas antisindicales: la regulación de las prácticas antisindicales están reguladas en los artículos 289 y 290 del Código del trabajo. Respecto de su definición ésta se mantiene en los mismos términos: "son aquellas que atenten contra la libertad sindical". Ahora bien, como primer cambio introducido por la Ley N° 20.940, podemos señalar que el Código del Trabajo modifica la expresión "prácticas desleales" por la expresión de "prácticas antisindicales". Debemos mencionar que las prácticas desleales son aquellos actos que atentan tanto a la libertad sindical, como aquellas conductas lesivas a la libertad sindical ejecutadas por el empleador, los trabajadores o las organizaciones sindicales durante la negociación colectiva[91].

Entendemos, entonces que esta modificación es debido a la intención del legislador por diferenciar las conductas atentatorias de la libertad sindical, que son las "prácticas antisindicales", de aquellas prácticas o conductas lesivas a la libertad sindical que se producen en el proceso de negociación colectiva, las "prácticas desleales".

Las prácticas antisindicales del empleador se encuentran establecidas de manera enunciativa en el artículo 289 del Código de Trabajo, encontrando las siguientes modificaciones:

- En la anterior letra a) se modifica la frase "el que obstaculice" por "obstaculizar" la formación o funcionamiento de sindicatos, modificándose luego la frase "el que maliciosamente ejecutare" por "ejecutar maliciosamente" actos tendientes a alterar el quorum de un sindicato y se agrega como práctica antisindical "despedir a trabajadores por haber manifestado su intención de sindicalizarse".

- En la letra b) se reemplaza la frase "el que se niegue" por "negarse" a proporcionar la información a que se refieren los artículos 316 y 318 del Código de Trabajo.

- Se cambia en la letra c) la frase "el que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato" por "ofrecer u otorgar

91 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág. 49.

beneficios especiales que signifiquen desestimular la formación de un sindicato". En este caso: se elimina el elemento subjetivo que lleva implícito el enunciado "con el fin exclusivo" y se reemplaza por la expresión: "que signifiquen".

- Se modifica la frase "el que realice" por "realizar" alguna de las acciones indicadas en las letras anteriores con la finalidad de evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente.

- Se varía la frase "el que ejecute" por "ejecutar" actos de injerencia sindical, tales como los mencionados en el respectivo párrafo.

- Se reemplaza "el que ejerza discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical" por "ejercer discriminaciones indebidas entre trabajadores que signifiquen incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical. Al igual que en la letra c), se elimina el elemento subjetivo que está implícito en el enunciado "con el fin exclusivo de incentivar o desestimular" y se le reemplaza por el aserto "que signifiquen". Ello, para que esta práctica pase a ser una conducta objetiva.

Cabe destacar que las prácticas antisindicales señaladas en el Código del Trabajo no son taxativas y que en definitiva, cualquier conducta que tenga como fin atentar o entorpecer la negociación colectiva o su procedimiento, se considerará de esta manera.

Incluye como atentado a la libertad sindical, los casos en los cuales se impida el ingreso a trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio: Esta modificación corresponde a una de las nuevas prácticas antisindicales introducidas por la ley N° 20.940, y en específico ésta, es una manifestación de la protección al ejercicio de los derechos de militancia del socio que es integrante de una organización democrática. La modificación y/o inclusión de ésta práctica antisindical está señalada en el artículo 291, letra b), inciso final: "… impidan el ingreso de los trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio".

11. Señala que el despido de un trabajador no aforado, como consecuencia de su afiliación sindical, no producirá efecto: El despido antisindical, de acuerdo a lo señalado en el artículo 294 del Código del Trabajo Si el despido o el término de la relación laboral de trabajadores no amparados por fuero laboral se realiza en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva, el despido o el término de la relación laboral no producirá efecto alguno. Regla nueva que modifica el llamado "despido antisindical" regulado en la ley N° 19.759 que era más amplia que la regla nueva, esto porque el nuevo artículo 294 hace aplicable al despido antisindical el procedimiento de tutela laboral, pero sin las reglas del "despido discriminatorio grave" que permiten al trabajador optar entre la reincorporación o el pago de indemnizaciones, opción no contemplada en la ley N° 20.940, señalando el nuevo artículo 294 que le corresponderá exclusivamente al trabajador afectado y el efecto será la nulidad del término del contrato de trabajo y su reincorporación al empleo sin derecho a elegir el pago de indemnizaciones.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

12. Incluye la posibilidad que el empleador solicite la disolución de la organización sindical:

En nuestra legislación existe una garantía sindical, establecida en el artículo 295 del Código del Trabajo, en virtud de la cual las organizaciones sindicales no estarán sujetas a la disolución o suspensión administrativa, siendo únicamente procedente la disolución por acuerdo de sus socios o por sentencia judicial.

La modificación que contempla la reforma laboral en este aspecto, es que permite al empleador que fundadamente y a través de la Dirección de Trabajo demandar ante el juez laboral la disolución de una organización sindical, ya sea por incumplimiento grave de las obligaciones que la ley le impone o por haber dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su constitución.

Elimina la figura del delegado del personal del artículo 302 del Código del Trabajo: El delegado del personal de acuerdo a SERGIO GAMONAL, se definía como "un trabajador que sirve de nexo de comunicación entre el grupo de trabajadores que lo ha elegido y el empleador y su personal directivo y es, además, representante de dicho grupo ante autoridades del trabajo". Esta institución se encontraba regulada en el artículo 302 del Código del Trabajo, artículo que fue derogado mediante la Ley N° 20.940, y suprimido de igual forma del Libro III de este mismo código en los artículos 153, 156 y 177.

A pesar de todo lo anterior, el artículo 5 transitorio señala que si el delegado del personal fue elegido antes de la publicación de la ley, podrá permanecer en sus funciones hasta el término del período para el cual fue elegido.

4.1.3 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

4.1.3.1 Clases de negociación colectiva que reconoce la ley:

Los trabajadores tienen derecho a negociar colectivamente a través de:

a. La o las organizaciones sindicales que los representen, por medio del procedimiento de negociación colectiva reglada, establecido en el Título IV, de Libro IV del Código del Trabajo.

b. De las reglas especiales para la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa y de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, por medio de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V, del Libro IV, del Código del Trabajo.

c. De la negociación colectiva no reglada contemplada en el artículo 314 del Código del Trabajo, esto es, de forma directa y sin sujeción a normas de procedimiento.

d. Grupo de trabajadores establecidos para el solo efecto de negociar colectivamente.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

Negociación colectiva con las organizaciones sindicales:

1. La negociación colectiva con el sindicato empresa:

Esta clase de negociación colectiva puede ser a su vez de dos tipos:

A. Negociación colectiva reglada y forzosa: Se encuentra regulada en el Título IV, del Libro IV. Se caracteriza principalmente porque es obligatoria para el empleador, pudiendo éste ser multado en caso de no responder oportunamente el proyecto de contrato colectivo presentado, llegando incluso a entenderse que lo acepta en caso de llegado el vigésimo día sin responder, según lo establecido en el artículo 337 del Código del Trabajo.

El fuero laboral otorgado a los trabajadores afiliados al sindicato que negocia, en este tipo o clase de negociación colectiva, es de los 10 días antes de la presentación del proyecto de contrato colectivo y hasta 30 días después de la suscripción del mismo, o de la notificación del fallo arbitral cuando sea el caso. Respecto de aquellos trabajadores que se afilien al sindicato durante el proceso de negociación, gozarán de fuero laboral desde la comunicación al empleador, hasta 30 días después de la suscripción del mismo o de la notificación del fallo arbitral cuando sea el caso.

Los trabajadores tendrán derecho a huelga y el empleador tendrá derecho al cierre temporal de la empresa.

Cabe mencionar que esta clase de negociación es la que se ajusta mayormente al derecho fundamental a negociar colectivamente consagrado en nuestra Constitución Política.

B. No reglada y voluntaria: Se encuentra regulada y definida en el artículo 314 del Código del Trabajo, y tiene las siguientes características:

- Es voluntario, ya que es un acuerdo de voluntades.
- Puede iniciarse en cualquier momento.
- No se encuentra sujeta a restricciones de ninguna naturaleza.
- Los trabajadores sólo pueden participar en este tipo de proceso, representados por una organización sindical.
- Tiene por objeto convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.
- Las normas procesales establecidas para la negociación colectiva reglada, no le resultan aplicables.
- No da lugar a los derechos y prerrogativas y obligaciones que se establecen en la negociación colectiva reglada, por lo tanto: no habrá derecho a fuero para los trabajadores involucrados, no habrá derecho a huelga ni lock-out, no obliga a negociar al empleador, no obliga a la empresa a suscribir un instrumento colectivo.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

- El instrumento que se suscribe tendrá una duración que no podrá ser superior a tres años, pudiendo ser inferior a dos años.

2. La Negociación colectiva con el sindicato de trabajadores transitorios o eventuales:

Los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, podrán negociar colectivamente, siempre representados por la organización sindical a la cual estén afiliados, a través de un procedimiento especial de negociación establecido en el Capítulo II del Título V del Libro IV, denominado "De la negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena".

Características:

- Las empresas estarán obligadas a negociar conforme a este procedimiento sólo en el caso de que la obra o faena transitoria tenga una duración superior a 12 meses (debiendo considerarse la duración de la obra material y no la de los contratos).
- No se encuentra sujeta a restricciones de ninguna naturaleza.
- Los trabajadores sólo pueden participar en este tipo de proceso, representados por una organización sindical.
- Tiene por objeto convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.
- También se pueden negociar convenios sobre puestos de trabajo y pactos sobre condiciones especiales de trabajo.
- Las normas procesales establecidas para la negociación colectiva reglada, no le resultan aplicables.
- No da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que se establecen en la negociación reglada, por lo tanto: no hay derecho a fuero para los trabajadores involucrados, no hay derecho a huelga ni lock-out, no obliga a negociar al empleador si la obra tiene una duración inferior a 12 meses, no obliga a las empresas a suscribir un instrumento colectivo.
- El instrumento que se suscribe se denomina Convenio Colectivo y su duración no podrá ser superior a tres años.

Etapas de este procedimiento

1° Se inicia con la presentación de un proyecto de convenio colectivo una o a más empresas una vez iniciada la obra o faena.

2° Este proyecto deberá cumplir con los requisitos del artículo 366, inciso 2° del Código del Trabajo.

3° El empleador deberá responder en el plazo de 5 días desde su presentación, y en caso q

se presente a 2 o más empresas deberá señalar expresamente si decide negociar en forma conjunta o separada, lo que deberá comunicar a la comisión negociadora sindical.

4° Las partes podrán reunirse el número de veces que estimen necesario, y podrán solicitar la mediación de la Inspección del Trabajo.

5° Las estipulaciones del convenio colectivo se tendrán como parte integrante de los contratos de trabajo de los trabajadores afiliados a la o las organizaciones sindicales que los hubieren negociado, incluidos aquellos que se afilien con posterioridad.

6° El convenio colectivo podrá incluir pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

7°Los convenios de provisión de puestos de trabajos regulados en el artículo 142 del Código del Trabajo podrán negociarse conforme a las reglas de este procedimiento.

Contenido del proyecto de convenio colectivo:

- La identificación de la organización que presenta el proyecto y la individualización de los miembros de la comisión negociadora sindical, la que corresponde al directorio del sindicato, con indicación de un domicilio y correo electrónico de la organización.
- Las cláusulas que se proponen a la empresa.
- El ámbito de la negociación.
- La determinación de la obra o faena o período de tiempo comprendido en la negociación.

3. La negociación colectiva con el sindicato interempresa:

Conforme al artículo 364 del Código del Trabajo, donde se regula la negociación colectiva con el sindicato interempresa, los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa podrán negociar colectivamente a través del procedimiento de negociación colectiva reglada, pero estableciendo modificaciones a saber:

- Los sindicatos interempresa deberán agrupar a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica.
- Para negociar colectivamente en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliado no inferior al quorum del artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa.
- En la mediana y gran empresa, la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa se realizara a través del sindicato interempresa.
- La comisión negociadora sindical estará integrada por los directores y los delegados sindicales que trabajen en la empresa en la que negocia.
- Podrán participar de las negociaciones los asesores de ambas partes, conforme a las reglas generales[92].

92 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Págs. 67 y 68.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

Es importante indicar, que el sindicato interempresa también podrá negociar colectivamente en forma no reglada, al señalar en el artículo 364, inciso 3° que el sindicato interempresa podrá negociar colectivamente de acuerdo a lo indicado en el artículo 314 del Código del Trabajo, esto es, de forma no reglada.

4. La negociación colectiva con la federación y confederación:

Este tipo de negociación colectiva puede iniciarse en cualquier momento por iniciativa de la o las organizaciones de grado superior o bien, de uno o más empleadores o una o más asociaciones gremiales de empleadores.

La propuesta debe ser presentada por escrito a la otra parte, la que deberá manifestar su voluntad de negociar en el plazo de 30 días contados desde la presentación de la misma, lo cual será siempre voluntario.

Tiene por objeto convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, y/o pactos sobre condiciones especiales de trabajo por un tiempo determinado.

Las normas procesales establecidas para la negociación colectiva reglada, no le resultan aplicables.

No da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que se establecen en la negociación reglada, esto es: no hay derecho a fuero para los trabajadores involucrados, no hay derecho a huelga o lock-out, no obliga a las empresas y/o asociaciones gremiales a suscribir un instrumento colectivo, el instrumento que se suscribe se denomina Convenio Colectivo y su duración será la que pacten las partes la que no podrá ser superior a tres años.

No existe plazo para que las partes lleguen a acuerdo.

En caso que los empleadores acepten, deberá responder la proposición de convenio en el mismo plazo de 30 días y se podrán establecer libremente por las partes los mecanismos y formas de procedimiento.

A los empleadores sólo le serán aplicables los convenios o pactos concordados directamente por sus representantes legales o que concurran a aceptar una vez concordados. Los convenios colectivos y pactos deberán ser depositados en la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los 5 días siguientes a su suscripción, quien llevara un registro público sobre el particular.

Los convenios colectivos o pactos solo les serán aplicables a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales de base, previa aprobación de estos en asamblea de socios, de conformidad a lo dispuesto en sus estatutos, o bien por la mayoría absoluta de socios en votación secreta ante un ministro de fe.

En los artículos 410 y 411 del Código del Trabajo se establece un régimen especial para la micro y pequeña empresa sin sindicato, en la que se distingue entre la aplicación de convenios y de pactos sobre condiciones especiales de trabajo respectivamente. Respecto

de la aplicación de convenios, se establece que podrán ser extendidos a los trabajadores sin afiliación sindical, previa aceptación escrita de la extensión y del compromiso de pago de la cuota sindical ordinaria de la respectiva organización sindical.

En cuanto a los pactos de condiciones especiales de trabajo, podrán aplicarse los acordados conforme a las reglas del Título X, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Que exista un convenio colectivo sobre condiciones comunes de trabajo y remuneración, suscrito entre las mismas partes para toda la vigencia del pacto sobre condiciones especiales de trabajo.

b) Que el convenio colectivo señalado se haya extendido a los trabajadores de la respectiva empresa, de conformidad a lo previsto en el artículo anterior.

c) Que la aplicación del pacto sobre condiciones especiales de trabajo sea aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa, ante un ministro de fe.

La negociación colectiva con el grupo de trabajadores.

Anteriormente el artículo 315 del Código del Trabajo, permitía la negociación colectiva del grupo negociador en una empresa, a condición de que no existiera organización sindical con derecho a negociar colectivamente en ella. Los trabajadores integrantes del grupo negociador no tenían fuero ni derecho a huelga.

El grupo negociador podía negociar conforme a un procedimiento semi reglado con las siguientes reglas:

a) Debía cumplir el quorum exigido para constituir un sindicato empresa.

b) Debían ser representados por una comisión negociadora, conformada por no menos de 3 integrantes ni más de 5, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del trabajo.

c) El empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 5 días, bajo amenaza de una multa.

d) La propuesta final del empleador debía ser aprobada ante el inspector del trabajo en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados.

e) El instrumento que se suscribía recibía el nombre de "acuerdo de grupo negociador"[93].

En el proyecto, este tipo de negociación colectiva con el grupo de trabajadores, fue objeto de requerimiento constitucional por algunos parlamentarios, el que fue acogido por el Tribunal Constitucional, considerando que en el proyecto original se vulneraban garantías constitucionales, siendo estas suprimidas del texto final dejando desregulado legalmente al grupo de trabajadores que se reúne con el sólo objeto de negociar colectivamente.

93 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág. 70.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

4.1.3.2 Las empresas en la negociación colectiva.

A. Empresas en las que se puede negociar colectivamente: de acuerdo al artículo 304, inciso 1°:"podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en que el Estado tenga aportes, participación y representación".

En caso que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritaria, el inciso 2° dispone que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que tendrán el carácter de empresas para todos los efectos del Código del Trabajo.

Cabe señalar que el Código del Trabajo, en el artículo 308 dispone que para poder ejercer éste derecho a negociar colectivamente se debe cumplir con un plazo mínimo, contado desde el inicio de sus actividades, dependiendo del tamaño de la empresa, esto es:

- Micro o pequeña empresa: 18 meses.

- Mediana empresa: 12 meses.

- Gran empresa: 6 meses.

B. Empresas en las que está prohibido negociar colectivamente: el artículo 304 del Código del Trabajo, señala cuales son las empresas en las que se encuentra prohibido negociar colectivamente, estas son:

- Las empresas del Estado que dependan del Ministerio de Defensa o que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio.

- En aquellas en que leyes especiales así lo determinen: FAMAE, ASMAR y ENAER. Sin embargo, sus trabajadores si pueden constituir organizaciones sindicales.

- En aquellas empresas o instituciones públicas o privadas en que el Estado haya financiado en un más de un 50% sus presupuestos, en cualquiera de los dos años anteriores, sea de forma directa, o a través de derechos o impuestos. La interpretación de la Dirección del Trabajo, contenida en Dictamen N°3356/50, de 01.09.2014 ha señalado que la prohibición a negociar se configura cuando el aporte ha sido a título gratuito.

Excepción: esta prohibición no rige en los establecimientos educacionales particulares subvencionados, en conformidad al Decreto Ley N°3.476, de 1980 y sus modificaciones, ni en los establecimientos educacionales Técnicos profesionales administrados por Corporaciones Privadas, conforme al Decreto Ley N° 3.166, de 1980, que recibiendo aporte directo del Estado superior al 50% pueden negociar colectivamente.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

4.1.3.3 Sujetos en la negociación colectiva.

1. Los grupos negociadores: Es la agrupación voluntaria de trabajadores que se unen en pos de un fin legítimo que es negociar colectivamente. Estos formalmente no aparecen regulados por el Código del Trabajo, respecto de sus atributos, potestades y facultades deberá ser ponderado caso a caso por los operadores jurídicos.

2. Las organizaciones Sindicales: el Código del Trabajo señala cuales son las organizaciones sindicales que pueden o podrán ser sujetos negociadores:

- El Sindicato Empresa.

- El Sindicato Interempresa.

- El Sindicato que afilia a trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.

- La federación y Confederación.

Por regla general, pueden negociar todos aquellos trabajadores que presten servicios en empresas en las que puede tener lugar la negociación colectiva. Sólo existe en el caso de la negociación colectiva reglada a trabajadores impedidos de negociar colectivamente, estos son:

- Los trabajadores que tienen facultades de representación del empleador y que están dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. En la Micro y Pequeña empresa esta prohibición se aplica también al personal de confianza que ejerce cargos superiores de mando. Esta prohibición debe figurar en el contrato de trabajo, y en caso de omisión de esto, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.

4.1.3.4 Materias de negociación colectiva[94].

1. Materias que pueden negociarse colectivamente:

Todas aquellas que son de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente:

- Remuneraciones.

- Otros beneficios en especie o en dinero

- Condiciones comunes de trabajo.

También pueden, entre otros, incluir acuerdos respecto a:

- La conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares.

94 Guía Negociación Colectiva 2017, www.nuevasrelacioneslaborales.cl

- El ejercicio de la corresponsabilidad parental.

- Planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa.

- Acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad.

- Capacitación y reconversión productiva de los trabajadores.

- Constitución y mantenimiento de servicios de bienestar.

- Mecanismos de solución de controversias.

- Establecer una comisión bipartita para la implementación y seguimiento del cumplimiento del instrumento colectivo.

2. Materias que no pueden negociarse colectivamente:

a) Cualquiera que restrinja o limite las facultades del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

b) Las materias ajenas a la empresa.

4.1.3.5 Pactos de condiciones especiales de trabajo.

Una de las novedades más llamativas de la Ley N° 20.940, fue la incorporación de regulaciones que buscan la flexibilización y adaptación sobre condiciones especiales de trabajo, estos pactos deben cumplir con las siguientes condiciones y formalidades, establecidas en el artículo 374 del Código del Trabajo:

a) Requisitos: en aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores, la o las organizaciones sindicales, conjunta o separadamente, podrán acordar con el empleador los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

b) Procedimiento: los pactos sólo podrán acordarse de forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada. Su aprobación por parte del sindicato se sujetará a las disposiciones que establezcan sus estatutos y si estos nada dicen, se aprobaran por mayoría absoluta, en asamblea convocada al efecto y ante un ministro de fe. La duración máxima de estos pactos será de 3 años.

c) Ámbito de aplicación: los pactos serán aplicables a los trabajadores representados por las organizaciones sindicales q los hayan celebrado, salvo que las partes excluyan expresamente de su aplicación a los trabajadores que lo hubieren solicitado. Para aplicar estos pactos a los trabajadores de la empresa sin afiliación sindical se requerirá de su consentimiento expreso, manifestado por escrito.

d) Registro: dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del pacto, el empleador deberá registrarlo en forma electrónica ante la Dirección del Trabajo.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

Materias que pueden ser reguladas por los pactos de condiciones especiales de trabajo:

a. Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal: por disposición del artículo 375 del Código del Trabajo, las partes pueden pactar jornadas ordinarias semanal de trabajo distribuidas en 4 días, sin perjuicio de que cada jornada no puede exceder las 12 horas de trabajo diario efectivo, incluyendo jornada ordinaria, extraordinaria y descansos.

b. Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares: tiene por objeto el fortalecimiento de las responsabilidades familiares, para lo cuál el legislador permite la celebración de estos pactos para que puedan acceder a sistemas de jornada que combinen tiempo de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella. El trabajador deberá solicitarlo por escrito al empleador quien debe responder también por escrito, en el plazo de 30 días si acepta o rechaza la solicitud, ya que ésta es una facultad para el empleador. Si la solicitud es aceptada deberá suscribirse un anexo de contrato individual de trabajo que debe establecer las siguientes menciones, establecidas en el artículo 376 del Código del trabajo:

1. El lugar o lugares alternativos a la empresa en el que el trabajador prestará los servicios, el que podrá ser el hogar del trabajador u otro lugar convenido con el empleador.
2. Las adecuaciones a la jornada de trabajo, si fuere necesario.
3. Los sistemas de control y gestión que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.
4. El tiempo de duración del acuerdo.

Éste pacto puede dejarse sin efecto y el trabajador podrá volver a las condiciones de trabajo y que tenía anteriormente por medio de aviso por escrito por parte del trabajador al empleador con una anticipación de lo menos 30 días. Cabe mencionar que esta categoría de pactos también puede ser aplicable a los casos de trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías de trabajadores que definan de común acuerdo la organización sindical y el empleador.

Fiscalización y registro de los pactos:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 377 del Código del Trabajo, cada pacto deberá registrarse de manera electrónica ante la Dirección del Trabajo dentro de los 5 días siguientes a la suscripción de dicho instrumento. Respecto a la fiscalización de los pactos, ésta será labor de la Dirección del trabajo que deberá determinar mediante resolución exenta la forma, condiciones y características del registro de los pactos y verificar el cumplimiento de los requisitos de forma establecido por el legislador, los que en caso de no cumplirse, o si las estipulaciones del pacto infringen gravemente el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, podrá mediante resolución fundada, dejar sin efecto el pacto.

Resolución que puede ser reclamable ante el juez laboral conforme al procedimiento de aplicación general.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

4.1.3.6 Derecho a la información.

De acuerdo a lo señalado en el Dictamen ORD. 5936/96 de 13.12.2016, el derecho a la información es un derecho de naturaleza instrumental al desempeño rápido y eficaz de la funciones de representación del sindicato, el cual exige poner a disposición de los representantes de los trabajadores facilidades materiales e información necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, siendo uno de los más importantes su rol en las negociaciones colectivas. Está fundamentado en el principio de la buena fe, lo que implica que las partes deben negociar cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ellas.

1. Tipos de derecho a información:

a) Derecho a la información periódica:

Es aquel derecho que tienen los sindicatos de empresa a que se les entregue, sin solicitud alguna un determinado tipo de información generada por la empresa en un determinado periodo. Este tipo de información dependerá del tamaño de la empresa:

i. Gran Empresa: por disposición del artículo 315 del Código del Trabajo, deberán entregar al sindicato una vez al año:

- el balance general.

- el estado de resultados.

- los estados financieros auditados, si los hubiere: Esta información debe entregarse en el plazo de 30 días corridos, contados desde que ésta estuviere disponible

- toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligados a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros, la que deberá ser entregada en el mismo plazo de 30 días, pero se contará desde que se haya puesto a disposición de la SVS.

Para los nuevos sindicatos la información deberá ser entregada dentro del plazo de 30 días contados a partir de la comunicación.

ii. Micro, pequeña y mediana empresa: de acuerdo al artículo 318 del Código del Trabajo, deberán entregar una vez al año, dentro de los 30 días siguientes a la declaración anual de impuesto a la renta que efectúe la empresa, toda aquella información que dé cuenta de sus ingresos y egresos, según el régimen tributario al cual se encuentren acogidas. Es decir, depende de si la empresa informante se encuentra obligada a llevar contabilidad completa o simplificada.

Derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores:

Es un derecho restringido a los sindicatos empresa quienes podrán solicitar información de acuerdo al tamaño de la empresa:

- Grandes empresas: por disposición del artículo 317, inciso 1° del Código del Trabajo, en las grandes empresas, sus sindicatos podrán una vez al año solicitar a su empleador, información acerca de las remuneraciones asignadas a los trabajadores de los diversos cargos y funciones de la empresa de acuerdo al registro a que alude el artículo 154 N° 6 del Código del Trabajo, la que deberá ser entregada innominadamente dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que haya sido requerida.

- Mediana empresa: conforme a lo estipulado en el artículo 317, inciso 3° del Código del Trabajo, sus sindicatos SÓLO podrán solicitar la información antes mencionada en forma previa a la negociación colectiva dentro del plazo de 90 días antes del vencimiento del instrumento colectivo vigente, y en cualquier época si no lo hay.

La entrega de la información anterior operará siempre que se asegure la reserva de la información individual de cada trabajador y que no se infrinja la obligación a que se refiere el artículo 154 bis del Código del Trabajo, esto es: que el empleador no divulgue información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral. Por lo mismo el empleador deberá proporcionar esta información en forma innominada, reservada y garantizando el derecho a la intimidad del trabajador.

b) Derecho de información específica en la negociación colectiva.

Es un derecho del que son titulares los sindicatos, en virtud del cual las empresas están obligadas a proporcionar a los sindicatos que tengan derecho a negociar en ellas, la información específica y necesaria para preparar sus negociaciones colectivas. Esta información específica para la negociación colectiva a la que están obligadas a proporcionar las empresas dependerá nuevamente del tamaño de la empresa:

i. Mediana y Gran Empresa: Las organizaciones sindicales tienen como plazo para solicitar la información específica para la negociación colectiva, que este requerimiento se efectúe dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente en el caso que exista uno, y en cualquier época en caso de no existir un instrumento colectivo vigente. Y la empresa tendrá el plazo de 30 días para proporcionar la información requerida:

- Planilla de remuneraciones pagadas a los trabajadores afiliados a la organización requirente, desagregada por haberes y con el detalle de fecha de ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada. Para solicitar esta información, el sindicato deberá estar autorizado a ello ya sea en sus estatutos o expresamente por el trabajador.

- El valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente.

- Los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años. Si la vigencia del contrato colectivo fuese superior a dos años, se entregará la información por el periodo establecido en el contrato.

- Toda la información periódica de los artículos 315 y 318 del Código del Trabajo, que no fue entregada oportunamente a los sindicatos de empresa, cuando corresponda.

- Información que incide en la política futura de inversiones de la empresa que no tenga, a juicio del empleador, carácter confidencial.

- En el caso de los sindicatos de empresa constituidos en medianas empresas podrán requerir como información específica las remuneraciones por cargos o funciones que se encuentren en el registro del artículo 154 N° 6 del Código del Trabajo.

ii. Pequeña y Microempresa: Los sindicatos con derecho a negociar colectivamente SÓLO podrán solicitar, dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente:

- Planilla de remuneraciones pagadas a sus socios desagregadas por haberes. Para solicitar esta información el sindicato deberá estar autorizado a ello ya sea en sus estatutos o expresamente por el trabajador.

- Valor actualizado de todos los beneficios que forman parte del instrumento colectivo vigente.

- Los costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años. Si el contrato colectivo vigente fuese superior a dos años, se entregará la información por el periodo establecido en el contrato.

La comisión negociadora del grupo negociador, cumpliendo con el requisito de estar autorizada previamente por los trabajadores, podrá requerir la siguiente información al empleador:

- Planilla de remuneraciones pagadas a los trabajadores que conforman el grupo negociador que lo requiere, desagregada por haberes y con el detalle de ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada.

- Valor actualizado de los beneficios que son parte del instrumento colectivo vigente, si hubiere.

En este caso la empresa contará con el plazo de 5 días para proporcionar la información requerida.

c) Derecho a requerir información por vía administrativa y judicial.

En el caso de que el empleador no cumpla con entregar la información en la forma y los plazos antes señalados el o los sindicatos afectados podrán solicitar a la Inspección del Trabajo que requiera al empleador para su entrega. En caso de no tener una respuesta positiva o satisfactoria por parte del empleador al requerimiento hecho por la Inspección del Trabajo, el o los sindicatos afectados podrán recurrir al tribunal Laboral, conforme al procedimiento monitorio establecido y regulado en el artículo 504 del Código del Trabajo, en el que el Juez previa revisión de todos los antecedentes, ordenará en la primera resolución que el empleador haga entrega de la información, bajo apercibimiento legal. Cabe señalar que esta negativa del empleador constituye una Práctica antisindical prevista en el artículo 289 b) del Código del Trabajo.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

4.1.3.7 Reglas generales de la negociación colectiva.

1.- Plazos: por disposición del artículo 312 del Código del Trabajo, los plazos establecidos en el Libro IV de éste mismo Código son de días corridos, salvo los previstos para la mediación obligatoria del artículo 351 (procedimiento reglado y forzoso). Respecto del cómputo de los plazos, el artículo 312, en su inciso 2° nos entrega una regla especial en esta materia señalando que cuando un plazo venciere en día sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado hasta el día hábil siguiente.

2.- Ministros de fe: de acuerdo al artículo 313 del Código del Trabajo, podrán ser o son ministros de fe para los efectos previstos en el Libro IV de éste Código, los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del registro civil, los funcionarios de la administración del Estado que sean designados en esa calidad por la Dirección del Trabajo y los secretarios municipales en localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles.

4.1.3.8 Procedimiento de negociación colectiva reglada.

Para la presentación del proyecto de negociación colectiva, el impulso de la negociación recae en los trabajadores quienes preferentemente a través del sindicato que los represente, podrán requerir de su empleador a iniciar el procedimiento de negociación colectiva.

La negociación colectiva se inicia por la presentación de un proyecto de contrato colectivo por parte del o los sindicatos de empresa de la respectiva empresa.

El derecho a negociar colectivamente queda limitado o supeditado al cumplimiento de dos requisitos:

- Si no existe contrato colectivo vigente en la empresa: el proceso de negociación no podrá iniciarse en período definido por el empleador como no apto para negociar colectivamente.

- La empresa deberá contar, al momento de la presentación del proyecto de contrato colectivo, con más de 6, 12 o 18 meses de funcionamiento contados desde el inicio de actividades, según se trate de grandes empresas, medianas empresas, y micro y pequeñas empresas respectivamente.

Cumplidos estos requisitos, los trabajadores representados por el sindicato quedarán habilitados para iniciar la negociación mediante la presentación del proyecto de contrato colectivo, debiendo respetar las reglas acerca de la oportunidad y plazo para presentarlo, reglas que varían según si existe o no contrato colectivo vigente en la empresa:

- Sin instrumento colectivo vigente: podrá presentar el proyecto en cualquier tiempo y oportunidad, excepto en el caso de la limitante del artículo 308 del Código del Trabajo referente a los plazos mínimos de existencia de la empresa y la del artículo 332, inciso 2° del Código del Trabajo, en el que se indica el periodo no apto para negociar colectivamente, el que no podrá superar dentro de un año calendario un total de 60 días, debiendo comunicar tal decisión tanto a los trabajadores como a la inspección del trabajo por medios idóneos, la que tendrá una vigencia máxima de 12 meses desde su emisión y comunicación.

- Con instrumento colectivo vigente: el sindicato debe presentar el proyecto no antes de 60 días ni después de 45 días anteriores a la fecha de vencimiento de su instrumento colectivo vigente. En caso contrario se deberá esperar al vencimiento de éste, y en el evento que se presente con anterioridad a los 60 días anteriores al vencimiento del contrato colectivo vigente, se entenderá para todos los efectos legales que éste se ha presentado en esa oportunidad. Si el proyecto es presentado fuera de plazo, por disposición del artículo 334 del Código del Trabajo, éste no tendrá efecto, pues la presentación extemporánea del proyecto de contrato colectivo acarrea la extinción del instrumento colectivo vigente al verificarse la fecha de su vencimiento y sus cláusulas subsistirán como parte de los contratos individuales de los trabajadores afectos a él, salvo las que dicen relación a temas como a la reajustabilidad pactada tanto en las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, el incremento real pactado, así como los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente.

En el caso de vencido el plazo de vigencia del instrumento colectivo, el sindicato podrá presentar nuevamente un proyecto de contrato colectivo cuando lo estime conveniente, respetando el período que el empleador haya declarado como no apto para iniciar negociaciones. Si el sindicato no presenta proyecto de contrato colectivo se observarán los mismos efectos antes indicados anteriormente.

1- Contenido mínimo del Proyecto de contrato colectivo:

- Contenido normativo: se debe explicitar las clausulas propuestas de su contrato y contenido.

- Plazo de vigencia: debe proponer la vigencia del contrato colectivo, la que no podrá ser inferior a 2 años ni superior a 3 años.

- La identificación de los representantes: se debe individualizar a quienes formen parte de la “comisión negociadora sindical”, incluyendo además la lista de asesores que los acompañen en el proceso.

- El domicilio sindical: deberá indicarse el domicilio físico del sindicato y el correo electrónico.

- Nómina de trabajadores afectos al contrato colectivo: se deberá indicar la nómina de los trabajadores afectos a este proceso y en la presentación de deben indicar todos aquellos que a esa fecha se encontraren afiliados a la organización. Esta nómina puede ser ampliada dentro de los 5 días siguiente a la presentación del proyecto en el caso de que se afiliaren a la organización sindical otros trabajadores, quienes se entenderán de pleno derecho, que forman parte de este proceso y quedarán afectos al instrumento colectivo. Si hay trabajadores que con posterioridad a la presentación del proyecto deciden desafiliarse, mantendrán su condición de afectos a la negociación colectiva y al instrumento colectivo que se suscriba, hasta el término de su vigencia, quedando obligado al pago íntegro de la cuota sindical durante el tiempo que reste hasta el término de la vigencia de dicho contrato.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

La comisión negociadora:

A esta comisión le corresponde la representación del sindicato en la negociación colectiva, la cual está integrada por el directorio sindical. Para los casos en que participe más de un sindicato ésta comisión negociadora estará integrada por los directores que sean designado en el proyecto de contrato colectivo, correspondiendo a las organizaciones sindicales la determinación de la conformación de esa comisión.

Además de los miembros de la comisión negociadora sindical, pueden asistir al desarrollo de las negociaciones los asesores que designen la o las organizaciones sindicales, las que no pueden ser más de 3.

Para el caso de los sindicatos interempresa la comisión negociadora estará integrada por el o los directores y el o los delegados que laboren en la empresa con la que se está negociando.

Si ocurre que en el o los sindicatos que negocien tienen afiliación femenina y en la respectiva comisión negociadora sindical no esté integrada ninguna trabajadora, se deberá integrar a una representante elegida por el o los sindicatos de conformidad a sus estatutos. En el evento que los estatutos nada establecieran, esta trabajadora deberá ser elegida en asamblea convocada al efecto, en votación universal. La trabajadora gozara de un fuero de hasta 90 días contados desde la suscripción del contrato colectivo o, en su caso, desde la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral.

En la micro y pequeña empresa la trabajadora que integra la comisión negociadora de conformidad a lo señalado anteriormente sustituye a uno de los miembros que deban integrarla por derecho propio. Y de no existir mujeres socias del sindicato interesadas en incorporarse a la comisión negociadora, circunstancia de la que deberá dejarse constancia en la forma que determinen los estatutos o en el acta de la asamblea sindical, la comisión negociadora quedará conformada sin dicha participación femenina.

2- La respuesta del empleador:

La respuesta del empleador, una vez presentado el proyecto de contrato colectivo por el sindicato, está supeditada a las reglas contenidas en el artículo 335 del Código del Trabajo, el que se estipulan los términos y condiciones que debe contener la respuesta del empleador:

- Oportunidad: el empleador debe responder en el plazo de 10 días contados desde la recepción del proyecto de contrato colectivo, plazo que será prorrogable de común acuerdo hasta por 10 días más.

- Contenido: deberá dar respuesta a todas las cláusulas que integran el proyecto de contrato colectivo del sindicato y entregar la propuesta de contrato colectivo, pudiendo además explicar los fundamentos en que se funda su respuesta y propuesta de instrumento a negociar, acompañando los antecedentes en que se sustente.

- Domicilio electrónico: deberá individualizar una dirección de correo electrónico para efectos del proceso de negociación.

- Comisión negociadora: deberá contener a su vez, la individualización de una comisión negociadora de empresa, la cual deberá estar constituida por un máximo de 3 apoderados. Éstos apoderados podrán ser miembros del directorio y/o socios con facultades de administración, a la que podrán integrarse un máximo de 3 asesores designados por el empleador.

Una vez cumplidos los requisitos, la respuesta deberá ser entregada por escrito a alguno de los miembros de la comisión negociadora sindical y remitir una copia al correo electrónico designado por el sindicato en su presentación. Todo esto en el plazo que se indicó en el punto acerca de la oportunidad. Una copia deberá remitirse a la Inspección del Trabajo correspondiente dentro del plazo de 5 días, adjuntándose a esta un comprobante de recepción por parte del sindicato.

3- Piso de la negociación colectiva:

La respuesta del empleador de acuerdo a lo anteriormente explicado, deberá obligatoriamente que ésta asegure como mínimo el "piso de la negociación", el que dependerá si el proceso de negociación se ha iniciado existiendo o no contrato colectivo vigente:

a) Con instrumento colectivo vigente: el piso de la negociación comprenderá todas aquellas estipulaciones contenidas en el instrumento colectivo vigente, las que deberán ser replicadas de forma idéntica a su texto, actualizando los beneficios y las remuneraciones pactados en dinero con los valores que se debieren pagar a los trabajadores considerando la fecha del término del instrumento colectivo sobre el cual se negocia, excluyendo de este piso:

- La reajustabilidad pactada.

- Los incrementos reales pactados.

- Los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo.

- El acuerdo de extensión de beneficios.

- Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

b) Sin instrumento colectivo vigente: en este caso el piso de la negociación será

la totalidad de remuneraciones y beneficios que de manera regular y periódica se otorguen a los trabajadores representados por el sindicato que negocia.

Las negociaciones directas.

Las negociaciones directas son aquellas que surgen al momento de entregada la respuesta del empleador, momento en que las partes podrán, sin sujetarse a modalidades especiales, reunirse las veces que estimen necesarias con el objeto de lograr el acuerdo. Estas negociaciones directas son una manifestación del principio de la buena fe que inspira todo el proceso de negociación colectiva, en las que las partes podrán negociar todas las materia comprendidas en el proyecto y la respuesta, como aquellas que de común acuerdo definan,

incluyendo modificaciones al piso de la negociación. De igual forma, podrán convenir rebajar el piso de la negociación, cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen.

El periodo de negociaciones directas durará hasta que las partes acuerden suscribir el contrato colectivo o los trabajadores hagan uso del derecho a suscribir el piso de la negociación.

4- Impugnaciones y/o reclamaciones.

Los artículos 339 y 340 del Código del Trabajo reculan esta materia y su procedimiento. Una vez presentado el proyecto y evacuada la respuesta del empleador, la ley otorga a las partes la posibilidad de efectuar un control formal sobre parte del contenido de los instrumentos respecto de ciertas materias reguladas en el artículo 339, del texto legal antes indicado, operando en este caso el sistema de impugnación y reclamación a ser resueltas por la inspección del trabajo, sin perjuicio de la opción ante el juzgado de letras del Trabajo indicada en el artículo 340, letra f) del Código del Trabajo.

a) Materias de impugnación[95]:

- Corrección a la nómina de trabajadores: la exclusión de trabajadores de la nómina negociadora por no ajustarse a la ley.

- La inobservancia de formalidades y requisitos establecidos por ley: las partes podrán impugnar el incumplimiento tanto de las formalidades establecidas para efectos de la presentación del proyecto de contrato como aquellas que afecten a la respuesta del empleador.

Se excluirán de las impugnaciones y/o reclamaciones todas aquellas materias que tengan relación con el objeto de la negociación colectiva y en particular en lo referido a materias que puedan restringir o limitar la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

El artículo 340, letra g) señala que la presentación de impugnaciones, no suspenderá el transcurso de la negociación colectiva ni afectará a los plazos comprendidos en ella. Sin perjuicio de ello en el artículo 401 del Código del Trabajo se indica que se podrá, mediante resolución fundada, disponer la suspensión de la negociación colectiva en curso, cuando se hayan iniciado acciones judiciales.

b) Procedimiento:

La presentación de impugnaciones y/o reclamaciones, deberá realizarse ante la Inspección del Trabajo respectiva, a lo que dicha institución citará a las partes a una audiencia dentro de los 5 días siguientes contados desde la respuesta del empleador, o dicho de otra forma, desde vencido el plazo para la interposición de la reclamación de los trabajadores.

La citación se realizará por medio del correo electrónico indicado en el proyecto y en la respuesta y a la audiencia deberán asistir las partes con todos los antecedentes necesarios y

95 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág. 92.

la documentación adicional que haya requerido la Inspección del Trabajo, y es en esta misma audiencia en que dicha institución instará a las partes a llegar a un acuerdo.

En caso de que no se llegue a un acuerdo, el Inspector del Trabajo, deberá dictar su resolución en el plazo de 5 días contados desde la conclusión de la audiencia (en el caso que la impugnación y/o reclamación involucre a un número mayor a 1.000 trabajadores resolverá el Director del Trabajo).

Dentro del plazo de 3 días contados desde la notificación de la resolución de reclamación, se podrá interponer un recurso de reposición ante la Inspección del Trabajo que la dictó o el Director del Trabajo según sea el caso, si existiere disconformidad con la misma.

La resolución que resuelve el recurso de reposición deberá ser dictada en el plazo de 3 días y será reclamable judicialmente dentro del plazo de 5 días, a través del procedimiento monitorio establecido en el artículo 404 del Código del Trabajo.

5- La última oferta del empleador.

El empleador tiene derecho a realizar una última oferta a los trabajadores, para que estos dentro de los plazos legales voten acerca de su aceptación o rechazo, lo que en el último caso implica la aceptación de la huelga.

En cuanto a la oportunidad, la presentación de la última oferta debe realizarse ante la comisión negociadora sindical con una anticipación mínima de 2 días al inicio del periodo de votación de huelga, y deberá estar suscrita por el comité de apoderados de la empresa (a menos que se trate de negociaciones en micro y pequeña empresa, en donde solo bastará con la firma de uno solo de los miembros del comité). Si el empleador no entregare la última oferta en el plazo, considerará a esta las anteriores ofertas formalizadas dentro del proceso de negociación, y a falta de éstas será la respuesta del empleador. El empleador, para cumplir con las medidas de publicidad, podrá informar a todos los trabajadores involucrados en la negociación colectiva la presentación de la última oferta, la que deberá ser hecha por escrito, poniéndola en conocimiento de aquellos mediante los mecanismos generales de comunicación. Esta última oferta del empleador o la respuesta de éste en su caso, será escrutada por el sindicato al momento de votación de huelga, debiendo cada uno escoger entre la huelga o la última oferta.

6- La votación.

Los trabajadores una vez que concluye el periodo de negociación colectiva y realizada la convocatoria sindical, deberán realizar la votación respecto de la última oferta, la que en el caso de ser aceptada finalizará la negociación colectiva, y en el caso de ser rechazada, significa que se aprueba la huelga.

Esta convocatoria a la votación de huelga o última oferta debe efectuarse con a lo menos 5 días de anticipación a la fecha en que esta deba realizarse.

Respecto a cuándo procede la votación debemos distinguir:

- Si hay instrumento colectivo vigente: la votación debe verificarse dentro de los últimos 5 días de vigencia del instrumento.
- Si no hay instrumento colectivo vigente: debe verificarse dentro de los últimos 5 días de un total de 45 días contados desde la presentación del proyecto.

En caso de que a votación no pueda realizarse por causas ajenas al sindicato, se dispondrá de 5 días adicionales para proceder a la votación.

Estos plazos podrán modificarse excepcionalmente en caso que las partes de común acuerdo lo modifiquen, acuerdo que deberá ser por escrito, suscrita por ambas partes que negocian y extendiendo una copia a la Inspección del trabajo.

Para el caso en que se extienda el plazo habiendo contrato colectivo vigente entre las partes, este prorrogará su vigencia según los términos y extensión de ese acuerdo.

7- Finalización del proceso.

Por regla general, termina con la suscripción del contrato colectivo.

a) Firma del contrato colectivo:

- Finalización de la negociación colectiva con contrato vigente: De acuerdo al artículo 324, inciso 2° del Código del Trabajo, si la suscripción del contrato colectivo se efectúa antes de hacerse efectiva la huelga, el nuevo contrato colectivo entrará en vigencia a contar del día siguiente al vencimiento del contrato colectivo anterior. Y en el caso de haberse hecho efectiva la huelga firmándose el contrato colectivo durante su ejecución, la entrada en vigencia de este instrumento se contará a partir de la fecha de suscripción, mientras que su duración se contará desde el día siguiente al termino del instrumento colectivo o fallo arbitral anterior.
- En caso de tratarse de la primera negociación colectiva reglada: Si se suscribe el contrato colectivo antes de hacer efectiva la huelga, el instrumento colectivo tendrá vigencia desde el día siguiente a su suscripción. Por el contrario si se suscribe el contrato colectivo una vez ejecutada la huelga, el instrumento tendrá vigencia a contar de la fecha de suscripción.

b) Contrato colectivo forzoso[96]:

Es un mecanismo que tienen los trabajadores para cerrar un proceso de negociación colectiva, mediante la comunicación al empleador (por escrito), de la decisión de suscribir un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación.

El empleador no podrá negarse a esta decisión a menos de existir un acuerdo entre las partes, en el que se haya convenido rebajar el piso de la negociación.

96 Guía Negociación Colectiva 2017, pag. 42. www.nuevasrelacioneslaborales.cl.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

Este contrato colectivo de carácter forzoso y tendrá una duración de 18 meses y se entenderá suscrito desde la fecha en que la comisión negociadora sindical comunica su decisión al empleador. Computándose la duración del mismo según exista o no contrato colectivo vigente, en caso de existir, la duración de los 18 meses deberá calcularse desde el día siguiente al vencimiento de aquel. Y en caso de no existir contrato colectivo vigente, la duración de estos 18 meses se contará desde el día siguiente a aquel en que se haya comunicado al empleador la decisión de suscribir un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación.

8- Fuero.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 309 del Código del Trabajo, los trabajadores afiliados al sindicato involucrado en la negociación colectiva reglada gozarán de fuero desde los 10 días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta 30 días después de la suscripción de éste. O de la fecha de notificación de las partes del fallo arbitral si se hubiere dictado. Para el caso de los trabajadores que se afilien durante el proceso de negociación colectiva gozarán de fuero desde la fecha en que se comunique al empleador la afiliación de éste.

Respecto del desafuero, de forma excepcional no se requerirá solicitar éste para aquellos trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra o faena, cuando dicho plazo, obra o faena expirare dentro del periodo del fuero de la negociación colectiva.

4.1.3.9 Procedimientos de solución de conflictos colectivos.

Son instancias establecidas en el Código del Trabajo, que tienen por objeto facilitar el desarrollo de la negociación colectiva o la solución del conflicto.

Se encuentran regulados en el Título VII del Libro IV del Código del Trabajo, llamado: “De la mediación, la mediación laboral de conflictos colectivos y el arbitraje”.

I. La Mediación: Es un procedimiento que se realiza ante la Inspección del Trabajo, cuyo objeto es facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y hacer posible que las partes alcancen un acuerdo que solucione el conflicto colectivo. La mediación debe realizarse sólo ante la inspección del trabajo debido a la derogación de los artículos 352 al 352, que permitían la designación de un mediador privado por las partes.

El Código del Trabajo regula los tipos de Mediación:

1) Mediación voluntaria de la negociación colectiva reglada: se configura la mediación voluntaria cuando las partes de común acuerdo solicitan la designación de un mediador a la Dirección del trabajo, durante el proceso de negociación colectiva reglada. Debe ser solicitada una vez vencido el plazo de respuesta del empleador, y durante todo el proceso de negociación colectiva. Tiene un plazo máximo de 10 días contados desde la notificación de la designación del mediador.

El mediador para el cumplimiento de sus funciones, podrá requerir los antecedentes que juzgue necesarios, efectuar las visitas que estime procedentes a los lugares de trabajo, hacerse asesorar por organismos públicos o por expertos y requerir aquellos antecedentes documentales, laborales, tributarios, contables o de cualquier otra índole que las leyes respectivas permitan exigir a las empresas involucradas en la mediación y a las autoridades.

En el caso de que no se llegue a acuerdo dentro de los 10 días de plazo, el mediador pondrá término a su gestión, presentando a las partes un informe sobre lo realizado.

2) Mediación obligatoria de la negociación colectiva reglada: Está dirigida a colaborar en la solución del conflicto, es un servicio ofrecido por la Inspección del trabajo a los actores del proceso de negociación colectiva.

Esta mediación puede solicitarla cualquiera de las partes. Y en el caso de los trabajadores, éstos deben hacerlo a través de la comisión negociadora sindical, por la mayoría absoluta de sus integrantes, debiendo ser suscrita por los miembros de ella que conforman dicha mayoría. Respecto del empleador o empleadores, la solicitud debe ser suscrita por la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de la empresa.

Tiene un plazo de 5 días hábiles irrenunciables por las partes, sin embargo ambas partes pueden de común acuerdo prorrogar hasta por 5 días hábiles adicionales. En el caso de que uno de los plazos venza un día sábado, domingo o festivo, por aplicación del artículo 312 del Código del Trabajo se entenderá que ese plazo vence al día hábil siguiente, debiendo, por tanto la huelga iniciarse al día hábil posterior a ése.

3) Mediación del procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena: se encuentra contemplado en el artículo 370 del Código del Trabajo, y es una mediación aplicable al procedimiento de negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria que se diferencia a la mediación voluntaria del procedimiento reglado de negociación colectiva en:

- Puede ser solicitada por cualquiera de las partes, no de común acuerdo.
- La asistencia de las partes a las audiencias es obligatoria no voluntaria.
- El plazo o duración del procedimiento es de 5 días hábiles prorrogables por el plazo que las partes de mutuo acuerdo estimen pertinente.
- A diferencia de la mediación voluntaria, el mediador en el procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena, está dotado de amplias facultades para tratar de lograr un acuerdo entre las partes.
- La Inspección del trabajo tendrá la facultad de cursar multas en caso de inasistencia a quienes no comparezcan a sin causa justificadas a las audiencias citadas.

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

II. La mediación laboral de los conflictos colectivos: Se encuentra regulado en el Código del Trabajo en los artículos 381 al 384. Se trata de aquella mediación laboral aplicable a todos los conflictos colectivos en los que no exista un procedimiento especial aplicable para su resolución.

Se inicia de oficio por la Inspección del Trabajo o por cualquiera de las partes, ante la inspección del trabajo, solicitando una instancia de mediación laboral de conflictos colectivos. Para lo que la Inspección del Trabajo estará facultada para disponer la celebración de la cantidad de audiencias que estime sean necesarias para llegar a un acuerdo entre las partes, y para el logro del objeto de la mediación, podrá asesorarse o solicitar información por parte de entidades públicas y privadas, como también ordenar medidas con el fin de contar con la mayor información que sea necesaria para la resolución del conflicto.

Para el caso de que no se llegue a un acuerdo, la Inspección del trabajo deberá levantar un informe, de carácter público, el cual detallará las características de conflicto, la posición de las partes, las fórmulas de mediación analizadas y las posturas de las partes respecto de aquellas.

III. Reunión de asistencia técnica en la Miro y Pequeña empresa: Se encuentra regulado en el artículo 343 del Código del Trabajo, es una modalidad de procedimiento, destinado a facilitar la negociación colectiva que consiste en una reunión de asistencia técnica que convoca la Dirección del Trabajo, con el objeto de informar o dar a conocer sobre el procedimiento de negociación colectiva, los plazos, derechos y obligaciones, etc., derivados de ésta.

Está reunión técnica, la cual es obligatoria para ambas partes, puede ser solicitada por el empleador o el sindicato, con el requisito de que sea o se trate de un procedimiento de negociación colectiva reglada en una Micro o Pequeña empresa, con la única excepción de que puede ser solicitada por una mediana empresa en el caso que ésta negocie por primera vez.

IV.El arbitraje: El arbitraje es un procedimiento a través del cual la organización sindical y el empleador, en los supuestos y al amparo de las reglas contenidas en el Código del Trabajo, someten la negociación colectiva a un Tribunal arbitral para decidir el asunto. La resolución que dicta este Tribunal arbitral tiene el nombre de “Laudo o Fallo arbitral”. El Código del Trabajo regula el arbitraje laboral, destinado a resolver un conflicto de intereses como es la negociación colectiva, y no el arbitraje judicial cuyo propósito es resolver un conflicto de Derecho.

De acuerdo al artículo 387 del Código del Trabajo el tribunal arbitral será colegiado estará compuesto por 3 árbitros.

En la negociación colectiva existen dos tipos de arbitraje, el voluntario y el obligatorio:

i) Arbitraje voluntario: Las partes pueden someter voluntariamente la negociación colectiva a arbitraje en cualquier momento, con el requisito de que no hayan suscrito el correspondiente contrato colectivo, por lo tanto podrán recurrir al arbitraje durante la huelga o el lock-out.

ii) Arbitraje obligatorio: De acuerdo a lo que señala el artículo 386, inciso 2° del Código del Trabajo, el arbitraje será obligatorio para las partes en 2 casos:

1. En caso que esté prohibida la huelga[97]: (a) se trata de trabajadores que prestan servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, (b) la empresa en que laboran se encuentra incluida en la resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, que efectúa tal calificación y (c) no se ha logrado acuerdo directo entre las partes en la negociación colectiva reglada y ha vencido el instrumento colectivo vigente.

2. Cuando se decrete la reanudación de faenas por el Tribunal de Letras del Trabajo, en caso de una huelga o lock-out que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Procedimiento:

Este procedimiento es aplicable a ambos arbitrajes (voluntario y obligatorio).

1. La designación del tribunal arbitral: se hará en una audiencia realizada en la dirección Regional del Trabajo correspondiente al domicilio de la empresa.

Ésta deberá citar a las partes a audiencia dentro del 5° día contado desde las suscripción del compromiso, si el arbitraje es voluntario; llegada la fecha de término de vigencia del instrumento colectivo, si el arbitraje es obligatorio porque en la empresa está prohibida la huelga; y el día siguiente de la notificación de la resolución judicial que ordena la reanudación de faenas, si es obligatoria por esta causa.

Por disposición del artículo 387, inciso final del Código del Trabajo la audiencia se llevará a cabo con cualquiera de las partes que asista o en ausencia de ambas. En esta audiencia se procederá a designar a los árbitros que conformarán el tribunal arbitral, nombrando a 3 titulares y 2 suplentes entre los inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros Laborales. Las designaciones serán de común acuerdo y en su ausencia de las partes, la Dirección Regional del Trabajo designará a aquellos que más se acerquen a las preferencias de las mismas, y en el caso de que las partes no hayan manifestado preferencia, la designación se hará por sorteo, procurando el Director Regional del Trabajo que al menos uno de los designados tenga domicilio en la Región respectiva.

2. Constitución del Arbitraje: Por disposición del artículo 388, inciso 1° del Código del trabajo, la Dirección del Trabajo Regional notificará a los árbitros designados al correo electrónico registrado, quedando citados a la audiencia de constitución del tribunal arbitral dentro del 5° día, en la que también serán citadas las partes. En esta audiencia de constitución se tomará o realizara el juramento o promesa de los árbitros designados (juramento o promesa de dar

97 La Reforma Laboral. Lizama Portal, Luis.Pág.107 y 108.

fiel e íntegro cumplimiento de su cometido), comenzando en primer lugar con los titulares y en segundo lugar con los suplentes. Si ocurre que se ausenta de dicha audiencia uno de los árbitros titulares, tomará su lugar uno de los suplentes, en esta audiencia además, el tribunal arbitral deberá definir el procedimiento que seguirá para su funcionamiento.

3. Procedimiento: Una vez realizada la audiencia de constitución, el tribunal arbitral citará a las partes a una audiencia dentro de los 5 días siguientes, con el objeto de que éstas presenten en dicha audiencia su última propuesta y realicen las observaciones que estimen convenientes, dejando el tribunal un acta resumida de lo obrado en la audiencia.

4. Fallo: el tribunal arbitral deberá fallar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia constitutiva, plazo que puede ser prorrogado fundadamente hasta por 10 días hábiles más. Fallo que deberá obligatoriamente ser en favor de una de las partes, debiendo resolver los asuntos sometidos a su decisión, el cual no será objeto de recurso alguno.

Un punto importante señalar en esta materia es que mientras no se haya notificado el fallo a las partes, estas mantendrán la facultad de celebrar directamente un contrato colectivo.

4.1.3.10 El Derecho a Huelga

I. Concepto:

"Es un derecho individual de ejercicio colectivo, que consiste en la paralización temporal, colectiva y concertada del trabajo, como una medida de presión al empleador, en un procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva".

Esta paralización (huelga) que efectúan los trabajadores presenta las siguientes características:

- Es temporal: durante la huelga se suspende el contrato de trabajo respecto de los trabajadores que se encuentren involucrados en ella. Por lo tanto, estos trabajadores no estarán obligados a prestar servicios, pero a su vez el empleador tampoco estará obligado al pago de remuneraciones, regalías y beneficios que derivan del contrato de trabajo. con la firma del contrato colectivo termina de pleno derecho los efectos de la huelga, debiendo los trabajadores reanudar la prestación de servicios personales.

- Es colectiva y concertada: la huelga es un derecho individual, pero que debe ser ejercido colectivamente, para lo que será necesario convocar por el sindicato a los trabajadores a una votación de la huelga, la que deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores. Si es votada favorablemente, deberá hacerse efectiva al inicio del quinto día siguiente a su aprobación, sin la posibilidad de marginación de alguno de ellos. En este aspecto, debemos destacar que la ley 20.940 derogó el artículo 374, inciso 3° que establecía que la huelga no se había hecho efectiva, si más de la mitad de los trabajadores que la debían ejecutar continuaban laborando en la empresa. Por ello se entendió que el trabajador tenía derecho a sumarse o no a la huelga, aunque una vez hecha efectiva por la mayoría de los trabajadores, estaba obligado a adherirse a ella.

- Es una medida de presión: la que sólo puede hacerse efectiva en un procedimiento de negociación colectiva reglado y forzoso. A su vez, la medida de presión que puede adoptar el empleador es el cierre temporal de la empresa o lock-out.

II. La tipología de la huelga:

a) La huelga legal: la huelga que está regulada en nuestra legislación laboral, solo autoriza o permite que ésta se haga efectiva a través de la representación de un sindicato y de acuerdo al procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva, no siendo procedente que trabajadores de una empresa hagan efectiva la huelga si negocian colectivamente conforme a otros procedimientos, aunque estos se encuentren establecido en el Código del Trabajo. a su vez, y en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en dos causas (rol N° 3016(3026)-16-CPT y rol N°3112-16-CPR), indica que el grupo negociador podrá hacer efectiva la huelga cuando utilice el procedimiento reglado y forzoso previsto en el Código del Trabajo.

Este tipo de huelga se debe expresar por los trabajadores involucrados en la negociación, a través de una abstención colectiva de trabajar como medida de presión, negando, a su vez, el Código del Trabajo, que esta medida de presión se exprese a través de otras formas de huelga.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, sostiene que la huelga debe ejercerse en forma pacífica, razón por la cual quedan prohibidos los piquetes, justificándose en que atentaría contra el carácter pacífico de la huelga.

Otro punto importante a señalar, es que nuestra legislación laboral prohíbe la huelga con ocupación del lugar de trabajo en el artículo 355, inciso 4° del Código del Trabajo. de este modo, los trabajadores en huelga deberán ejercer su derecho de reunión, necesario para el ejercicio de la huelga, en una sede sindical que esté ubicada fuera del recinto de la empresa o lugar de trabajo, pudiendo el empleador impedir el ingreso de los trabajadores al lugar de trabajo sin ser este acto considerado como un atentado a la libertad sindical, justificándose también en la prohibición que tiene el empleador de ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los huelguistas, salvo excepciones.

b) La huelga al margen del Código del Trabajo: Nuestros Tribunales superiores de justicia han establecido que la huelga es un derecho fundamental que tienen los trabajadores, el cual puede ser ejercido al margen del procedimiento de negociación colectiva regulado en el Código del Trabajo, teniendo derecho a ejercer la huelga en protección y defensa de sus derechos e intereses económicos, con la excepción de los funcionarios y trabajadores que expresamente tiene prohibido ejercer este derecho.

Bastando para los trabajadores, probar que su finalidad es económica y social no habiendo más limite, no importando si existe o no instrumento colectivo vigente o negociación colectiva pendiente o si el sindicato ha agotado todas las vías disponibles antes de efectuar la huelga. Sin embargo, debemos entender, que aunque los fallos de los Tribunales indicados no lo mencionan, la huelga debe ser pacífica, con el objeto de satisfacer o dar cumplimiento a los

márgenes que los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo establecen.

III. Los límites del derecho a huelga:

a. Empresas en que está prohibida la huelga: no podrán declararse en huelga, los trabajadores que laboran en corporaciones o empresas que atienden servicios de utilidad pública y los de aquellas empresas cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población a la economía del país o a la seguridad nacional.

b. Los servicios mínimos: De acuerdo a la Dirección del Trabajo, los servicios mínimos son "aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena, deben ser atendidos durante el desarrollo de la huelga". No tienen como finalidad permitir el normal funcionamiento de la empresa durante la huelga, sino que evitar los perjuicios o daños adicionales que pueda sufrir el empleador, los trabajadores que no son parte de la huelga o terceros ajenos al conflicto colectivo.

El artículo 359, inciso 1° del Código del Trabajo le impone al sindicato la obligación de proveer personal al empleador para atender los servicios mínimos de seguridad, funcionamiento y prevenir daños ambientales o sanitarios. El personal destinado a tender los servicios mínimos estará integrado por trabajadores involucrados en la negociación colectiva y se les denominará equipo de emergencia, y deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron destinados. Estos servicios mínimos deberán ser atendidos en los siguientes supuestos normativos contemplados en el Código del Trabajo:

- la protección de los bienes corporales e instalaciones de la empresa.
- la prevención de accidentes.
- la prevención de daños ambientales o sanitarios.
- la prestación de servicios de utilidad pública.
- la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas.

IV. El ejercicio del derecho a huelga en el procedimiento reglado y forzoso:

a) Convocatoria a la votación:

De acuerdo al artículo 347 del Código del Trabajo, la comisión negociadora sindical deberá convocar a la votación de la huelga con a lo menos 5 días de anticipación a la fecha en que esta deba realizarse.

b) Oportunidad en que se debe efectuar la votación:

1) Si existe instrumento colectivo vigente: la huelga deberá ser botada dentro de los últimos cinco días de vigencia del instrumento.

2) Si no existe instrumento colectivo vigente: la huelga deberá ser votada dentro de los

últimos cinco días de un total de 45 contados desde la fecha de la presentación del proyecto de contrato colectivo[98].

Las partes de común acuerdo podrán ampliar el plazo de la negociación colectiva y postergar la oportunidad para la votación de la huelga, caso en el que en el que si existiere contrato colectivo, se entenderá prorrogada su vigencia por el tiempo que las partes determinen (artículo 348, inciso 3° Código del Trabajo).

c) Votación de la huelga:

Todos los trabajadores representados por el sindicato en la negociación colectiva tienen derecho a votar. De acuerdo con la nueva ley N° 20.940, solo podrán ser representados por el sindicato los trabajadores que son socios del mismo y tienen derecho a negociar colectivamente, ya que se elimina la figura del adherente, esto es: el trabajador no afiliado al que se le permite adherir al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato en virtud de un acuerdo adoptado por el directorio sindical.

Ejercer el derecho a voto debe ser garantizado, y para esto el empleador deberá facilitar que la votación de la huelga se realice con normalidad, otorgando los permisos necesarios para que los trabajadores puedan concurrir a ella (artículo 349, inciso 1° del Código del trabajo).

- Requisitos de la votación de la huelga:

1. la votación debe ser organizada por la comisión negociadora sindical.
2. la votación debe efectuarse ante un ministro de fe.
3. la votación debe ser realiza en forma personal y secreta.
4. los votos serán impresos y deberán emitirse con las expresiones “última oferta del empleador” o “huelga”.
5. la votación debe efectuarse en un día.

En el caso que la votación de la huelga no se hubiere llevado a efecto por causas ajenas al sindicato, el artículo 347, inciso 2° señala que este tendrá un plazo de 5 días adicionales para proceder a ella.

d) Aprobación de la huelga o la última oferta del empleador:

Por disposición del artículo 350, inciso 2° del Código del Trabajo: “La última oferta o la huelga deberán ser acordadas por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato. Del quórum de votación se descontarán aquellos trabajadores que no se encuentren actualmente prestando servicios en la empresa por licencia médica, feriado legal o aquellos que, por requerimientos de la empresa, se encuentren fuera del lugar habitual donde prestan servicios”.

98 De acuerdo al dictamen N|3363/165, de 05.09.2001 de la Dirección del Trabajo, es a partir del día siguiente al de la presentación del proyecto de contrato colectivo y no del mismo día.

Por lo tanto, se entenderá acordada la huelga cuando la vota favorablemente la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, esto es un quorum de más del 50%, descontado aquellos indicados en el inciso 2 ° del artículo 350 del Código del Trabajo.

e) Ejecución de la huelga:

Si se aprueba la huelga, esta se hará efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del quinto día siguiente a su aprobación, a menos que una de las partes hubiese solicitado a la Inspección del Trabajo la mediación obligatoria, en cuyo caso deberá ejecutarse al inicio del día siguiente hábil al término de la misma.

i. La mediación obligatoria de la Inspección del Trabajo: En el artículo 351 del código del trabajo se establece un procedimiento de solución del conflicto laboral que podrá ser solicitado una vez aprobada la huelga y que consiste en una mediación obligatoria ante el Inspector del Trabajo cuyo objeto es facilitar el acuerdo entre el empleador y el sindicato. Este procedimiento existía con antelación a la ley N° 20.940, pero con el nombre de "actuación de buenos oficios".

Esta puede ser solicitada dentro de los 4 días siguientes contados desde la aprobación de la huelga, por cualquiera de las partes, en el caso del sindicato deberá hacerlo a través de la comisión negociadora sindical por la mayoría de absoluta de sus integrantes. Por el empleador, deberá solicitarla cualquiera de sus representantes establecidos en el artículo 4, inciso 1° del Código del Trabajo, o bien, los integrantes de la comisión negociadora de la empresa.

La solicitud de la mediación suspende la ejecución de la huelga por 5 días hábiles, los que se harán efectivos aunque las partes decidan dar término al procedimiento por falta de acuerdo antes que transcurran estos 5 días.

En el desempeño de su labor el Inspector del Trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo, audiencias de las que deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el Inspector del Trabajo.

Si las partes no llegan a acuerdo, el inspector del trabajo dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día hábil siguiente. Sin perjuicio lo anterior, las partes podrán acordar que Inspector del Trabajo continúe desarrollando su gestión por un lapso de hasta 5 días, prorrogándose con esto, la fecha en que la huelga deba hacerse efectiva.

ii. Inicio de la huelga: los trabajadores deberán hacer efectiva la huelga mediante la abstención colectiva de sus labores, cesando de prestar sus servicios personales desde el momento que señala al ley, momento que no es prorrogable de acuerdo a la ley N° 20.940. Si el inicio de la huelga coincide con un día sábado, domingo o festivo, por aplicación del 312 se prorroga para el día siguiente hábil, debiendo hacerse efectiva al inicio de la jornada de trabajo, lo que dependerá del tipo de jornada laboral que tenga pactada el trabajador:

- Si es un trabajador sujeto a un sistema de turnos: la huelga se iniciará al comienzo de cada uno de los turnos.
- Si es un trabajador sujeto a sistema excepcional: al comienzo de cada uno de los turnos del respectivo ciclo.

Para aquellos trabajadores que se encuentran laborando en el extranjero o en un lugar del territorio nacional distinto de aquel determinado previamente como de destino final del recorrido, la dirección del trabajo ha establecido mediante dictámenes que deben hacer efectiva la huelga al inicio de la respectiva jornada del quinto día en el lugar en que se encuentren.

iii. Nueva oferta del empleador y su votación: La comisión negociadora de la empresa podrá presentar una nueva oferta una vez iniciada la huelga, la cual debe tener las misma formalidades y publicidad del artículo 346 del Código del Trabajo, debiendo ser votada por los trabajadores involucrados en la negociación, en votación secreta, ante un ministro de fe dentro de los 5 días siguientes a la presentación de esta nueva oferta.

Los trabajadores, deberán pronunciarse acerca de la aceptación de la nueva oferta del empleador o de la mantención de la huelga. Para que se considere aceptada la nueva oferta, esta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación. Si la nueva oferta es rechazada, el empleador podrá presentar otra transcurridos 5 días desde su votación, la que deberá regirse por los mismos términos anteriormente mencionados.

Este derecho del empleador puede ser ejercido en forma sucesiva hasta la aprobación de una nueva oferta.

iv. Reanudación de las negociaciones, suspensión y término de la huelga:

De acuerdo al artículo 358 del Código del trabajo:

- Reanudación de negociación durante la huelga: las partes pueden reanudar las negociaciones las veces que estimen conveniente, sin sujeción a ninguna restricción o regla especial.

- Suspensión de la huelga: las partes podrán acordar la suspensión temporal de la huelga por el plazo que estimen pertinente.

- Término de la huelga: una vez ejecutada la huelga, esta puede extenderse indefinidamente en el tiempo si las partes no resuelven el conflicto:

a) Término de la huelga por voluntad colectiva: la huelga puede terminar por la suscripción voluntaria o forzosa de un contrato colectivo entre el sindicato y el empleador o bien por la aceptación de una nueva oferta del empleador.

b) término de la huelga por decisión de la autoridad: es la reanudación de faenas, y se trata de un procedimiento mediante el cual el juez del Trabajo ordena restablecer la actividad en una empresa afectada por una huelga, cuando por sus características, oportunidad o

duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

v. El reemplazo en la huelga: De acuerdo al artículo 345 del Código del Trabajo, está prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga. Esta prohibición tiene por objeto impedir que el empleador se libere de la presión ejercida por la huelga y mantener una situación productiva igual o cercana a la ordinaria, persiguiendo en síntesis, garantizar la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo de la empresa. Por lo tanto el empleador no podrá contratar trabajadores que reemplacen a sus propios trabajadores en huelga ni efectuar la actividades que ejecutan los huelguistas mediante el cambio de funciones de los que no están en huelga, pero, esto no impide que el empleador efectúe las "adecuaciones necesarias" para mitigar las consecuencias de la huelga. En el caso que el sindicato no provea del equipo de emergencia durante la huelga, el empleador podrá reemplazar a los huelguistas. Tampoco podrá utilizar los servicios de un trabajador transitorio, ni celebrar un acuerdo contractual con una empresa contratista o subcontratista para que sus dependientes realicen las funciones de los huelguistas. Sin embargo, el Código del Trabajo establece que el empleador, en el uso de sus facultades legales podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones, con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.

V. Efectos del derecho a huelga.

A. Respecto del contrato de trabajo: El contrato de trabajo se entiende suspendido, no se extingue, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios y el empleador no estará obligado al pago de remuneración respecto de estos trabajadores, beneficios y regalías derivadas del contrato.

Los trabajadores en huelga dejarán de concurrir al trabajo, sin que el empleador lo pueda despedir, ni imponerle una sanción. Cabe señalar que la huelga no suspende el deber de buena fe de los huelguistas, por lo que podrán ser sancionados o despedidos, previo desafuero judicial, en caso de incumplimiento de este deber durante la huelga. El Código del trabajo permite a los huelguistas pagar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivo.

En el caso de que un huelguista se acoja a una licencia médica después de iniciada la huelga, el empleador no la debe recibir ni tramitar, salvo, que se trate de licencias médicas que sean la continuación de otras extendidas con anterioridad. Ante lo cual el trabajador deberá ir directamente al organismo que deba pronunciarse sobre la licencia médica, previa certificación de la Inspección del trabajo de esta dificultad para tramitar la licencia. De la misma forma, para el caso de licencias médicas extensas que se hayan iniciado durante la huelga, tales como el descanso pre y post natal, procede la tramitación y autorización de aquella parte de la licencia que exceda el periodo de huelga.

B. Respecto de los huelguistas: los trabajadores involucrados podrán realizar trabajos para otro empleador, pero sólo de carácter temporal. Salvo para la empresa principal, ya que se encuentra tipificado como practica antisindical.

C. Respecto de los trabajadores que no están en huelga: la huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo. Por lo tanto, estarán obligados a prestar sus servicios durante la huelga y su empleador a pagarles la remuneración convenida.

En el evento que estos trabajadores se vean impedidos de prestar sus servicios a causa de la actuación de piquetes de huelguistas que obstaculizan el ingreso a las instalaciones, el empleador no estará obligado al pago de sus remuneraciones, debido a que el impedimento a prestar servicios no es imputable al empleador.

D. Respecto del empleador: Continuará administrando la empresa durante la huelga y, ejerciendo sus potestades de variación y dirección, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados puedan desarrollar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.

VI. El cierre temporal o lock-out:

1. Concepto:

"Es el derecho del empleador, una vez iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso de todos los trabajadores a la empresa, predio o establecimiento".

El requisito para declarar el cierre temporal es que la huelga debe afectar a más de un 50% del total de los trabajadores de la empresa o establecimiento, o significar la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en este caso el porcentaje de los trabajadores en huelga. En caso de considerar que no se cumple el requisito, se deberá efectuar un reclamo ante la Inspección del Trabajo quien deberá resolver dentro de los 3 días siguientes de formulada la reclamación, resolución que será reclamable judicialmente mediante proceso monitorio.

2. Formas de adoptar el lock-out:

- Total: se produce cuando afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio.

- Parcial: cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de la empresa en este caso, para que el empleador pueda declarar el cierre temporal respecto de un establecimiento se requiere q en él haya trabajadores que se encuentren involucrados en el proceso de negociación colectiva que lo origine.

3. Duración:

El cierre temporal a diferencia de la huelga tiene una duración determinada por el Código del Trabajo señalando en el artículo 356 inciso 6°: "El cierre temporal no podrá extenderse más allá de los treinta días contados de la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día de su término, cualquiera sea el hecho que ocurra primero".

Este plazo máximo de 30 días sólo podrá ser posible cuando haya sido declarado el mismo día en que se haga efectiva la huelga y una vez terminada ésta, también terminará el lock-out. Ahora bien, cabe hacer presente que el empleador puede poner término al lock-out en el momento que estime conveniente.

a. Si el lock-out termina por el hecho de concluir la huelga que lo originó: aquellos trabajadores no involucrados en la negociación colectiva se deben reincorporar a sus labores conservando las, mismas condiciones de trabajo que mantenían al momento que el empleador declaró el lock-out, y los huelguistas deberán lo harán en las condiciones acordadas entre el empleador y el sindicato.

b. Si el lock-out termina y la huelga continúa: los trabajadores no involucrados deberán reincorporarse con las mismas condiciones existentes que tenían al momento de declararse el cierre temporal y los huelguistas continuaran con la paralización.

4. Efectos del lock-out[99]:

a. La suspensión de los contratos individuales de trabajo: esto se traduce en que cesa la obligación del empleador de pagar remuneraciones, beneficios y regalías; y a su vez, los trabajadores quedan eximidos de prestar servicios.

b. Las imposiciones o cotizaciones previsionales de aquellos trabajadores que no están involucrados en el proceso de negociación colectiva, serán cargo del empleador.

c. Los trabajadores afectados pueden desempeñar trabajos temporales fuera de la empresa, sin que ello importe el término de su contrato individual.

d. Los establecimientos no afectados por el cierre temporal parcial continuarán funcionando normalmente.

4.1.4 NEGOCIACION COLECTIVA NO REGLADA

Esta modalidad de negociación colectiva se encuentra regulada en el artículo 314 del Código del Trabajo en los siguientes términos: “Negociación no reglada. En cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado”.

De este artículo se desprenden las siguientes características:

1. Puede iniciarse en cualquier momento.

2. No se encuentra sujeta a restricciones de ninguna naturaleza.

99 Guía Negociación Colectiva 2017, pag. 41. www.nuevasrelacioneslaborales.cl

CAPÍTULO XXII.
Sindicatos y negociación colectiva
Por Ignacio Avendaño Leyton, abogado UDELAM

3. Los trabajadores sólo pueden participar en este tipo de procesos, representados por una organización sindical.

4. Tiene por objeto convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.

5. Las normas procesales establecidas para la negociación colectiva reglada, no le resultan aplicables.

6. No da lugar a los derechos, prerrogativas y obligaciones que se establecen en la negociación colectiva reglada, por lo tanto:

- No hay derecho a fuero para los trabajadores involucrados.
- No hay derecho a huelga ni lock-out.
- No obliga a negociar al empleador.
- No obliga a la empresa a suscribir un instrumento colectivo.

El instrumento que se suscribe tendrá una duración que no podrá ser superior a 3 años, pudiendo ser inferior a 2 años.

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

La ley N° 20.986 publicada con fecha 19 de enero de 2017, dirigida a los profesionales funcionarios afectos a las leyes N° 15.076 y N°19.664, de los Servicios de Salud y los profesionales funcionarios de la Escala A de remuneraciones de los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental. Se orienta a que 3.750 puedan acceder a beneficios económicos cumpliendo ciertos requisitos, los que se traducen en una bonificación de 11 meses de remuneraciones imponibles y además un bono adicional si el desempeño supera los 15 años de servicio. Estos beneficios tienen una vigencia acotada de 10 años, contados desde el 01 de julio de 2014 al 30 de junio de 2024.

1. **Objetivos del plan de incentivo al retiro**

a) Mejorar las condiciones de egreso de los funcionarios que, habiendo cumplido una larga trayectoria de entrega al servicio público, quienes se preparan para pensionarse por vejez o por haber obtenido pensión de invalidez.

b) Otorgar una bonificación por retiro voluntario y una bonificación adicional para los profesionales funcionarios del sector salud.

2. **¿Quiénes son los beneficiarios de la bonificación por retiro voluntario?**

- Los profesionales funcionarios de planta o a contrata, regidos por las leyes Nć 15.076 y Nć 19.664, que se desempeñen en alguno de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley Nć 1 de 2005, del Ministerio de Salud.

- Los profesionales funcionarios de los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental creados por los Decretos con Fuerza de Ley N° 29, N° 30 y N° 31, todos del año 2000, del Ministerio de Salud y que estén regidos por la Escala A) contenida en las respectivas resoluciones ministeriales N° 20, N° 21 y N° 26, todas de 2004, del Ministerio de Salud, que fijan sus sistemas de remuneraciones.

- Los profesionales funcionarios señalados previamente que, entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2024, hayan obtenido u obtengan la pensión de invalidez que establece el decreto ley N° 3.500, de 1980, siempre que, dentro de los tres años siguientes a la obtención de la referida pensión, cumplan 60 años de edad las mujeres y 65 años de edad los hombres, en ningún caso dichas edades podrán cumplirse más allá del 30 de junio de 2024, teniendo a la fecha del cese de funciones por la obtención de la referida pensión a lo menos once años de servicios en las instituciones señaladas.

3. ¿Cuáles son los requisitos para acceder a la bonificación por retiro voluntario?

a) Haber cumplido o cumplir, en el período de vigencia del plan de retiro, 60 años de edad en el caso de las mujeres, o 65 años de edad si son hombres.

b) Hacer efectiva su renuncia voluntaria a todos los cargos y el total de horas que sirven en el conjunto de los organismos de la cobertura del presente plan de incentivo al retiro, en los plazos y según las normas contenidas en la Ley y su Reglamento.

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

c) Haberse desempeñado a lo menos durante once años, en forma continua o discontinua, contabilizados a la fecha de su postulación o al cese de sus funciones según corresponda, en cargos con jornadas de horas semanales de la Ley Nć 15.076 y/o Ley Nć 19.664, en los establecimientos afectos a este plan de retiro. Para estos efectos, se considerará todo año o fracción igual o superior a seis meses.

4. ¿Cuál es el monto de la bonificación por retiro voluntario?

Equivale a 11 meses de remuneración imponible.

La remuneración que servirá de base para el cálculo de la bonificación por retiro voluntario, será la que resulte del promedio de remuneraciones mensuales imponibles que le haya correspondido al profesional funcionario, considerando el total de horas servidas en los doce meses inmediatamente anteriores al retiro, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

5. ¿Qué es la bonificación adicional?

Aquellos profesionales funcionarios que se hayan desempeñado a lo menos durante 15 años tendrán derecho a una bonificación adicional que dependerá de la suma total de horas semanales que desempeñen a la fecha de postulación.

a) Para quienes desempeñen 11 horas, esta bonificación adicional ascenderá a 300 UF;

b) Para quienes desempeñen más de 11 horas y hasta 22 horas, tendrán derecho a 400 UF;

c) Para quienes desempeñen más de 22 horas y hasta 43 horas, tendrán derecho a 500 UF;

d) Y quienes desempeñen más de 43 horas, tendrán derecho a 650 UF.

6. ¿Cuál es el procedimiento y los cupos para acceder a estos beneficios?

Para acceder a la bonificación por retiro voluntario y a la bonificación adicional, los profesionales funcionarios deberán presentar su postulación entre el primer día hábil del mes de agosto y el último día hábil del mes de septiembre del año calendario; comunicando su decisión de renunciar voluntariamente, en el Departamento de Recursos Humanos o la unidad que cumpla estas funciones en el organismo en el cual se desempeñan, quien remitirá los antecedentes a la Subsecretaría de Redes Asistenciales.

Los beneficiarios podrán participar en cualquiera de los procesos de postulación, hasta el correspondiente a aquel en que cumplan 69 años de edad, en donde su postulación es obligatoria ya que de no postular, se entiende que renuncian irrevocablemente al beneficio. Es decir si el presente año usted tiene 68 años y cumple 69 con posterioridad al último día hábil de septiembre de 2021, éste es su último año en que puede postular.

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

Corresponde a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, mediante resolución fundada, determinar quiénes serán los beneficiarios de los cupos correspondientes a cada año.

En caso de haber más postulantes que cupos disponibles para un año, se seleccionarán a los beneficiarios conforme a los siguientes criterios: edad, años de servicio, número de días de licencias médicas, número de horas contratadas al momento de la postulación y en última instancia, en caso de persistir empates, resolverá el Subsecretario de Redes Asistenciales.

Dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la dictación de la resolución antes indicada, la institución deberá notificar el resultado del proceso de postulación a cada uno de los postulantes, a través de los medios o instrumentos que define la presente iniciativa.

Por su parte, los profesionales funcionarios que resultaren beneficiarios de cupos en la bonificación por retiro voluntario deberán informar por escrito al Departamento de Recursos Humanos o a quien cumpla la función en su institución empleadora, a más tardar el último día del mes siguiente a la fecha de dictación de la resolución que le asigna el cupo, la fecha en que harán efectiva su renuncia voluntaria al cargo y al total de horas que sirvan.

Esta fecha deberá hacerse efectiva a más tardar el día primero del quinto mes siguiente del vencimiento del plazo para fijar la fecha de renuncia voluntaria definitiva.

Los profesionales funcionarios que habiendo postulado y que cumpliendo los requisitos establecidos, no fueren seleccionados por falta de cupos, pasarán a integrar de forma preferente el listado de seleccionados del proceso correspondiente al año o años siguientes, sin necesidad de realizar nueva postulación.

El profesional que, habiendo sido seleccionado, desista del cupo, puede volver a postular, por una vez, en el proceso en que cumpla 69 años de edad.

7. ¿Qué pasa si no se postula?

Quienes, cumpliendo los requisitos no postulen a los beneficios, o habiendo postulado, no hagan efectiva su renuncia voluntaria, se entenderá que renuncian irrevocablemente a los beneficios propuestos en la ley de incentivo al retiro.

8. ¿Cómo se pagan los beneficios?

El pago de los beneficios asociados al presente plan de retiro, se efectuará por parte de la institución en que se haya desempeñado el profesional funcionario, dentro de los treinta días siguientes a la total tramitación del acto administrativo.

Estas bonificaciones no serán imponibles ni constituirán renta para ningún efecto legal, y no estarán afectas a descuento alguno.

9. ¿Cuáles son las inhabilidades e incompatibilidades a que quedarán sujetos los profesionales funcionarios que reciban los beneficios?

Los profesionales funcionarios que cesen en sus cargos no podrán ser nombrados ni contratados como funcionarios en calidad de titular o a contrata, ni contratados a honorarios

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

asimilados a grado o sobre la base de honorarios a suma alzada en Servicios de Salud o establecimientos de carácter experimental, durante los 5 años siguientes al término de su relación laboral, a menos que, previamente, devuelvan la totalidad de los beneficios percibidos, debidamente reajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Excepcionalmente, los profesionales funcionarios que perciban las bonificaciones por retiro podrán ser contratados sobre la base de honorarios a suma alzada, de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias anuales, para efectos de realizar funciones en un programa especial que será administrado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, en los casos siguientes: criterio sanitario, incluyendo situaciones de emergencia sanitaria y catástrofes naturales; localidad extrema y rezagada; y, actividades tutoriales docentes de programas de formación.

No obstante lo anterior, los profesionales funcionarios podrán celebrar los convenios regulados por el artículo 24 de la Ley Nć 19.664 (especialistas de llamada).

10. **Bono Post laboral.**

La ley N° 20.986 publicada con fecha 19 de enero de 2017, dirigida a los profesionales funcionarios afectos a las leyes N° 15.076 y N°19.664, de los Servicios de Salud y los profesionales funcionarios de la Escala A de remuneraciones de los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental. Se orienta a que 3.750 puedan acceder a beneficios económicos cumpliendo ciertos requisitos, los que se traducen en una bonificación de 11 meses de remuneraciones imponibles y además un bono adicional si el desempeño supera los 15 años de servicio. Estos beneficios tienen una vigencia acotada de 10 años, contados desde el 01 de julio de 2014 al 30 de junio de 2024.

Por su parte la Ley N° 20.305 publicada con fecha 5 de diciembre de 2008 establece mejores condiciones de retiro de los trabajadores del sector público con bajas tasas de reemplazo de sus pensiones, la que se traduce en un bono de naturaleza laboral de $50.000 mensuales, para el personal que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley desempeñe un cargo de planta o a contrata y al contratado conforme al Código del Trabajo, en los órganos y servicios públicos regidos por el Título II de la ley N° 18.575; el decreto N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la ley N°10.336; el decreto N° 291, de 1993, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido de la ley N° 19.175; la ley N° 18.838; el párrafo 2° del título III de la ley N° 18.962; la ley N° 16.752; el título VII de la ley N° 19.284; la ley N° 19.140; los artículos 4° letra i) y 19 de la ley N° 18.348; las leyes N° 17.995 y N°18.632, y las municipalidades, y a los trabajadores de sectores de la Administración del Estado que hayan sido traspasados o se traspasen a dichas municipalidades en virtud de lo dispuesto por el decreto con fuerza de ley N°1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior.

El personal mencionado en el inciso anterior tendrá derecho al bono siempre que se encuentre afiliado al Sistema de Pensiones del decreto ley N° 3.500, de 1980, y cotice en dicho sistema por el ejercicio de su función pública y cumpla con los requisitos del artículo 2°.

El mencionado Artículo 2° establece lo siguiente: Para tener derecho al bono del artículo anterior será necesario cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

1. Tener las calidades mencionadas en el inciso primero del artículo 1° en los referidos organismos o en sus antecesores legales, tanto a la fecha de la postulación para acceder al bono como con anterioridad al 1 de mayo de 1981 (Se aplica a los funcionarios afectos a la Ley 19.664 y 15.076 que se desempeñen en alguno de los Servicios de Salud señalados en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley Nć 1 de 2005, del Ministerio de Salud);

2. Tener a lo menos 20 años de servicios en las instituciones señaladas en el artículo anterior o las que sean sus antecesores legales, a la fecha de la publicación de la presente ley.

3. Tener una tasa de reemplazo líquida estimada igual o inferior a 55% y acceder a una pensión de vejez líquida regida por el decreto ley N° 3.500, de 1980, igual o inferior al monto del límite máximo inicial de pensiones de las ex cajas de previsión fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional, a que se refiere el artículo 9° de la ley N° 19.200, vigente a la fecha en que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones solicite la información señalada en el inciso segundo del artículo 3°.

4. Tener cumplidos 65 años de edad en el caso de los hombres y 60 años de edad tratándose de las mujeres.

5. Cesar en el cargo o terminar el contrato de trabajo, en las instituciones señaladas en el artículo 1ć, sea por renuncia voluntaria, por obtener pensión de vejez de conformidad con el decreto ley Nć 3.500, de 1980, por supresión del empleo o por aplicación del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, dentro de los 12 meses siguientes de cumplirse las edades señaladas en el número anterior, según corresponda.

El personal que preste servicios por jornadas parciales deberá renunciar al total de horas que sirvan en las entidades mencionadas en el artículo anterior.

Podrá acceder al bono el personal que cese en sus funciones o termine su contrato de trabajo, por las causales señaladas en el número anterior hasta el 31 de diciembre de 2024.

¿Cómo se ha pronunciado Contraloría sobre la aplicación de ambos beneficios?

Contraloría en su Dictamen N° 31.526 de 2019, entre otros se ha pronunciado indicando que ambos beneficios no son compatibles por los siguientes argumentos:

a) Principio de Legalidad:

En este sentido Contraloría señala, que no se contempla en la Ley N° 20.986 una disposición como sí se advierte por ejemplo en la Ley N° 21.043 (otorga una bonificación adicional por retiro al personal académico, directivo y profesional no académico de las universidades del Estado), la que fue publicada el 8 de noviembre de 2017.

La Ley N° 21.043 (muy similar al contemplado en la Ley 20.986) contiene en su artículo 9 : "La bonificación adicional será incompatible con otras bonificaciones al retiro, tales como las otorgadas por las leyes N° 20.996 y N° 20.807, o por los artículos 1 y 4 de la ley N° 20.374.

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

Asimismo, la bonificación adicional que establece la presente ley será incompatible con toda indemnización que, por concepto de término de la relación laboral o cese de funciones, pudiere corresponderle al personal académico, directivo o profesional no académico, **con las únicas excepciones del beneficio contemplado en la ley N° 20.305**, el beneficio compensatorio establecido en el artículo 9 de la ley N° 20.374 y el desahucio a que se refiere el artículo 13 transitorio del decreto con fuerza de ley Nć 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda".

Precisado lo anterior, y respecto de determinar si el precitado beneficio por retiro es compatible con aquel regulado en la ley N° 20.986, procede mencionar que el artículo 9 de la aludida ley N° 21.043 prescribe que la prestación conferida en ese cuerpo.

Por lo que advierte Contraloría, que al no estar contemplado expresamente una disposición similar torna en incompatible la aplicación de ambos beneficios sosteniendo lo siguiente: "no contemplándose, en caso de optar a las franquicias de la ley N° 20.986, la posibilidad de obtener conjuntamente el bono postlaboral, ya que esta última normativa en parte alguna menciona dicha posibilidad".

Lo que resulta curioso es que ese mismo Dictamen, considera compatibles ambos beneficios de incentivo al retiro (de ley 20 986 y 21.043) por emanar de funciones distintas, sosteniendo lo siguiente:

Ese precepto agrega que, "Asimismo, la bonificación adicional que establece la presente ley será incompatible con toda indemnización que, por concepto de término de la relación laboral o cese de funciones, pudiere corresponderle al personal académico, directivo o profesional no académico, con las únicas excepciones del beneficio contemplado en la ley N° 20.305, el beneficio compensatorio establecido en el artículo 9 de la ley N° 20.374 y el desahucio a que se refiere el artículo 13 transitorio del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda".

Por su parte, corresponde destacar que el artículo 1 de la ley N° 20.986 otorga una bonificación por retiro voluntario a los profesionales funcionarios de planta o a contrata, regidos por las leyes N°s. 19.664 y 15.076, que hagan efectiva su renuncia voluntaria y al total de horas que sirvan en los organismos y establecimientos de salud que indica, y siempre que cumplan con los demás requisitos señalados en esa ley y su reglamento.

A su vez, el artículo 12 de esa normativa prevé que los beneficios de esa ley serán incompatibles con cualquier otro beneficio de naturaleza homologable que se origine por una causal de similar otorgamiento y cualquier otro beneficio por retiro que hubiere percibido el profesional funcionario con anterioridad.

Al respecto, resulta conveniente considerar que la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 84.877, de 2013 y 41.223, de 2017, ha informado que **las incompatibilidades constituyen, en general, limitaciones de carácter excepcional, por lo que las normas jurídicas que las establecen solo deben aplicarse a los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico que las instituye**.

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

Ante esas circunstancias, cabe inferir que la incompatibilidad que establece la ley N° 21.043 no puede hacerse extensiva a otras prestaciones distintas de aquellas que se encuentran expresamente indicadas en ese texto legal, como ocurre en el caso de la bonificación que regula la ley N° 20.986.

Por lo demás, en la situación que se revisa, la recurrente se encuentra en la circunstancia de acogerse a dos sistemas de incentivo diferentes, en virtud de dos líneas funcionarias y sin que los desempeños que invoque para acceder a uno, puedan ser utilizados para optar por el otro, comoquiera que se trata de servicios prestados bajo regímenes estatutarios diversos y para distintos servicios empleadores.

Bajo tales razonamientos, debe concluirse que ambos beneficios, previstos por las leyes N°s. 21.043 y 20.986 resultan compatibles entre sí, teniendo derecho la señora Navarrete Sauterel a percibirlos conjuntamente, en la medida que cumpla con la totalidad de los requisitos establecidos respecto de cada uno de ellos.

En relación a la postulación al bono postlaboral regulado en la ley N° 20.305, es del caso expresar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5°, inciso final, en relación con el artículo 8°, ambos de la ley N° 21.043, este beneficio deberá ser solicitado en la misma oportunidad en que se comunique la fecha de su renuncia voluntaria, considerando para tal efecto los plazos y edades establecidos en ese último texto legal, no contemplándose, en caso de optar a las franquicias de la ley N° 20.986, la posibilidad de obtener conjuntamente el bono postlaboral, ya que esta última normativa en parte alguna menciona dicha posibilidad".

b) Postulación fuera de plazo:

Luego el criterio de Contraloría de Iquique en su Dictamen 3453 de fecha 16 de octubre de 2019, cambia al sostener que no procede el Bono Post laboral de la Ley N° 20.305, en el caso del consultante (Dr. Felipe Platero) porque éste no postulo dentro del plazo establecido en ésta ley, plazo contemplado en su artículo 2° N° 5 y artículo 3° inciso primero, que prescriben que para optar al beneficio es preciso haberlo requerido y terminar sus funciones dentro de los 12 meses siguientes de alcanzar los 65 años de edad tratándose de hombres y 60 de mujeres.

En su Dictamen N° 1117 de fecha de 4 octubre de 2020, se pronunció Contraloría General de la República respecto a la reconsideración de dicho Dictamen, ratificando lo determinado en la siguiente forma:

"Como cuestión previa, es del caso señalar que el oficio cuya reconsideración se solicita determinó que el señor Felipe Platero Moscópulos no tiene derecho al bono post laboral, toda vez que, si bien el interesado presentó su renuncia voluntaria para percibir la bonificación de incentivo al retiro dispuesta en la Ley 20.986, su cese de funciones y postulaciones al citado bono se efectuó fuera del plazo establecido para ello en la ley N° 20.305, lo que en su caso debió ocurrir dentro de los 12 meses siguientes a alcanzar los 65 años.

Por su parte tanto el numeral 5 del artículo 2°, como el artículo 3°, inciso primero de la Ley N° 10.305, prescriben que para optar al beneficio en comento es preciso haberlo requerido

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

y terminar sus funciones dentro de los 12 meses siguientes de alcanzar los 65 años de edad tratándose de hombres.

Pues bien, según se pudo constatar el señor Platero Moscópulos, cumplió los 65 años de edad el 24 de octubre de 2013, sin embargo cesó en sus funciones en el Servicio de Salud de Iquique, mediante renuncia voluntaria por obtención de los beneficios de la citada ley N° 20.986, por medio de Resolución Exenta N° 80, de 2019, a contar del 1 de mayo de 2019, evidenciándose de ésta manera, que el requirente, no cesó en su empleo dentro de los 12 meses siguientes de alcanzada la edad establecida en el N° 4 del artículo 2° de la Ley N° 20.305, para acceder a ese bono.

Puntualizando lo anterior, es del caso señalar que de conformidad al Dictamen N° 31.526, de 2019, este Organismo de Control, la Ley 20.986, no prevé, en parte alguna, la posibilidad de solicitar el comentado bono postlaboral en la misma oportunidad en que se comunique la fecha de su renuncia voluntaria, considerando para tal efecto los plazos y edades establecidos en el referido texto legal, razón por la cual no cabe sino sostener que don Felipe Paltero Moscópulos no puede acceder a dicho bono regulado en la Ley N° 20.305".

En consecuencia se aprecia que el ente Contralor no concede la aplicación del bono laboral establecido por la ley 20.305, para quienes hayan obtenido el incentivo al retiro de la Ley 20.986 solo por temas de plazo en la postulación a dicho bono, que debe ser dentro de los 12 meses siguientes de haber cumplido los 65 años de edad.

Situación actual con ley N° 21.306

La Ley 21.306 de fecha 30 de diciembre de 2020 en su artículo 80 dispuso lo siguiente:

"Artículo 80.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 de la ley N° 20.305, otórgase, por única vez, el plazo de un año contado desde la publicación de esta ley para impetrar el bono de la ley N° 20.305, a los exfuncionarios y exfuncionarias que, cumpliendo los requisitos legales para acceder a él, ***no presentaron la solicitud para impetrar dicho bono o que habiéndolo solicitado no hubiesen accedido al bono por motivos no imputables a ellos.*** *En este caso, se deberá postular en la institución exempleadora y el bono se devengará a contar del día primero del mes siguiente de la fecha del acto administrativo que lo concede.*

Asimismo, ***podrán acogerse al plazo especial*** *antes señalado aquellos funcionarios y funcionarias que, en el momento del cese de funciones en el servicio respectivo,* ***se acogieron a los beneficios de leyes de incentivos al retiro voluntario que contemplaron plazos y/o edades distintos de los señalados en los numerales 4 y 5 del artículo 2 y en el artículo 3 de la ley N° 20.305, tales como la ley N° 20.374 y la ley N° 20.135, siempre que cumplan los demás requisitos para acceder al bono de la ley N° 20.305****. En este caso, se deberá postular en la institución exempleadora y el bono se devengará a contar del día primero del mes siguiente de la fecha del acto administrativo que lo concede.*

Para los efectos del cómputo de los años de servicio a que se refiere la ley N° 20.305, se considerará el tiempo servido en la ex-corporación que administró el Hospital Clínico San Borja Arriarán (Ex-Paula Jaraquemada) del Servicio de Salud Metropolitano Central".

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

Por su parte los requisitos para acceder al bono Post laboral de la Ley 20.305 son:

El personal mencionado en artículo 1°, siempre que se encuentre afiliado al Sistema de Pensiones del decreto ley N° 3.500, de 1980, y cotice en dicho sistema por el ejercicio de su función pública y cumpla con los requisitos del artículo 2°.

Artículo 2°.- Para tener derecho al bono del artículo anterior será necesario cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

1. Tener las calidades mencionadas en el inciso primero del artículo 1° en los referidos organismos o en sus antecesores legales, tanto a la fecha de la postulación para acceder al bono como con anterioridad al 1 de mayo de 1981;

2. Tener a lo menos 20 años de servicios en las instituciones señaladas en el artículo anterior o las que sean sus antecesores legales, a la fecha de la publicación de la presente ley.

3. Tener una tasa de reemplazo líquida estimada igual o inferior a 55% y acceder a una pensión de vejez líquida regida por el decreto ley N° 3.500, de 1980, igual o inferior al monto del límite máximo inicial de pensiones de las ex cajas de previsión fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional, a que se refiere el artículo 9° de la ley N° 19.200, vigente a la fecha en que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones solicite la información señalada en el inciso segundo del artículo 3°.

Para este efecto se entenderá por:

a) Pensión de vejez líquida. Es aquella pensión de vejez otorgada según el decreto ley N° 3.500, de 1980, a que pueda tener derecho el personal afecto a la presente ley, descontadas las cotizaciones obligatorias de salud. Además, a dicha pensión se le sumará cualquiera otra pensión y jubilación líquida que estuviere percibiendo por alguna de las ex -cajas de previsión del antiguo régimen previsional fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional, por la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, y por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, con excepción de las pensiones de viudez y de sobrevivencia, contempladas en cualquiera de los regímenes previsionales.

Para efectos del párrafo anterior de este literal, la estimación del monto de la pensión de vejez líquida corresponderá al menor valor entre la proyección de:

i. La primera anualidad de la modalidad de retiro programado establecida en el decreto ley N° 3.500, de 1980. Dicha proyección se efectuará considerando el Fondo de Pensiones en que se encontraren las cotizaciones obligatorias. Sin embargo, si éstas estuvieren en los Fondos de Pensiones Tipo A y B, la proyección deberá efectuarse en el Fondo de Pensiones Tipo D. Con todo, en la estimación de dicho monto se descontará el valor presente de la cuota mortuoria, calculada con los mismos parámetros utilizados en la estimación de la pensión de vejez señalados precedentemente, o

ii. ii. Una renta vitalicia inmediata del decreto ley N° 3.500, de 1980, sin condiciones especiales de cobertura, considerando la edad, el grupo familiar y el total del saldo acumulado

en la cuenta de capitalización individual, que el beneficiario tenga a la fecha en que la Administradora de Fondos de Pensiones solicite la información a que se refiere el inciso segundo del artículo 3° de la presente ley. Para este cálculo se utilizará la tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de vejez, otorgadas de conformidad al decreto ley N° 3.500, de 1980, en los últimos seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se efectúe la referida solicitud.

Lo dispuesto en el párrafo precedente, es sin perjuicio de la modalidad de pensión de vejez a que opte el beneficiario del bono al momento de pensionarse. Para lo anterior, la administradora de fondos de pensiones considerará el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual incluido el Bono de Reconocimiento a que tenga derecho el trabajador, al último día del mes en que la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones le solicitó la información a que se refiere el inciso segundo del artículo 3°. No se incluirán en dicho monto las cotizaciones voluntarias, los depósitos de ahorro previsional voluntario, ni los depósitos convenidos a que se refiere el artículo 20 del decreto ley N° 3.500, de 1980.

b) Remuneración promedio líquida. Es el promedio de las remuneraciones mensuales percibidas durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de información señalada en el inciso primero del artículo 3°, actualizadas según la variación del índice de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, respecto de las cuales se hubieren efectuado cotizaciones obligatorias, descontadas estas últimas. Sin embargo, en los casos que a continuación se indican, la remuneración promedio líquida se calculará considerando el promedio de las remuneraciones mensuales percibidas durante los 36 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de información indicada en el inciso anterior, respecto de las cuales se hubieren efectuado cotizaciones obligatorias, descontadas estas últimas, las que se actualizarán de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior:

i) Respecto de aquellos funcionarios a contrata que en los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud de información indicada en el inciso anterior hayan cambiado la calidad jurídica de su designación, pasando en un mismo servicio desde un cargo de planta a un empleo a contrata.

ii) Respecto de los funcionarios a contrata que en los tres últimos años anteriores a la fecha de solicitud de información antes indicada hayan cambiado de grado. Lo anterior, no será aplicable en los casos de cambios de calidad jurídica desde la contrata a la planta, o de aumentos de grados por promoción o ascenso.

iii) Respecto de los trabajadores afectos al Código del Trabajo que en los tres últimos años anteriores a la fecha de solicitud de información antes señalada hayan aumentado sus remuneraciones, y ese aumento no tenga su origen en reajustes generales de remuneraciones otorgados al sector público o en alguna otra ley.

iv) Respecto de los trabajadores que durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de información antes indicada no hubieren percibido remuneraciones

CAPÍTULO XXIII.
Incentivo al retiro y bono postlaboral.
Por Sebastián Bustos, abogado de UDELAM

mensuales por encontrarse designados en comisión de servicio o con permiso sin goce de remuneraciones.

c) Tasa de reemplazo líquida. La expresión porcentual del cuociente que resulte de dividir el monto mensual de la pensión de vejez líquida determinado de conformidad con la letra a) precedente, por la remuneración promedio líquida calculada según la letra b) anterior.

4. Tener cumplidos 65 años de edad en el caso de los hombres y 60 años de edad tratándose de las mujeres.

5. Cesar en el cargo o terminar el contrato de trabajo, en las instituciones señaladas en el artículo 1ć, sea por renuncia voluntaria, por obtener pensión de vejez de conformidad con el decreto ley Nć 3.500, de 1980, por supresión del empleo o por aplicación del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, dentro de los 12 meses siguientes de cumplirse las edades señaladas en el número anterior, según corresponda.

El personal que preste servicios por jornadas parciales deberá renunciar al total de horas que sirvan en las entidades mencionadas en el artículo anterior.

Podrá acceder al bono el personal que cese en sus funciones o termine su contrato de trabajo, por las causales señaladas en el número anterior hasta el 31 de diciembre de 2024.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 80 de la Ley 21.306 en concordancia con la jurisprudencia administrativa, se aprecia que al dejar sin efecto el requisito de plazo de 12 meses para la postulación del bono post laboral contemplado en la Ley 20.305 desde que se cumplen 60 o 65 años.

Sería procedente acceder a dicho bono durante el presente año 2021, todo esto en aplicación de lo preceptuado por Contraloría en Su Dictamen N° 31526 de 2019, en relación a que la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 84.877, de 2013 y 41.223, de 2017, donde ha informado que las incompatibilidades constituyen, en general, limitaciones de carácter excepcional, por lo que las normas jurídicas que las establecen solo deben aplicarse a los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico que las instituye.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

Dada la relevancia y complejidad de estos casos, resulta esencial contar con un instrumento que permita exponer en términos comprensibles los conceptos de acoso laboral y sexual, las conductas que configuran cada uno de ellos, así como la denuncia y los trámites posteriores a ella.

Chile, a nivel internacional, es uno de los países con las mayores jornadas de trabajo, sin distinguir si la persona se desempeña en el sector público o privado. Ello implica que, en proporción a otras actividades, la mayor parte del día transcurre en los lugares de trabajo.

De este modo, se vuelve indispensable desplegar todas las herramientas necesarias con el fin de propender a relaciones de trabajo fundadas en un trato digno, respetuoso y tolerante entre quienes comparten diariamente su ambiente laboral, tendiendo finalmente a una mejora en la calidad de vida de los profesionales de la salud.

Por su parte, y en atención a la situación actual, donde la opinión pública ha comenzado a cuestionar la realización de ciertas conductas contrarias a la dignidad de las personas, es que se vuelve necesario precisar lo que ocurre en relación con la regulación de la discriminación en el ámbito laboral, desde una óptica de prevención de este tipo de actos, así como para otorgar herramientas de defensa a quienes los experimenten.

Discriminación en atención al género, orientación sexual, problemas derivados del acoso o maltrato laboral, son algunos de los ejemplos de conductas contrarias a la dignidad humana.

El presente apartado, tiene la finalidad de informar a los médicos y médicas en esta materia, tanto en lo relativo a sus derechos, así como las vías por las que ello puede realizarse. Del mismo modo, a través de la información, se pretende evitar la comisión de estos actos, promoviendo el respeto por la dignidad de toda persona en su ambiente laboral.

ACOSO LABORAL.

¿QUÉ ES EL ACOSO LABORAL?

Conforme al artículo 2° del Código del Trabajo, se entiende por acoso laboral toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

En el caso de funcionarios públicos, el acoso laboral se sanciona en el artículo 84 letra m), tanto del Estatuto Administrativo y en el artículo 82 letra m) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Ambos textos legales remiten su definición al artículo 2° del Código del Trabajo.

¿QUIÉN PUEDE REALIZAR CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO LABORAL?

El acoso, tanto el laboral como el sexual, puede provenir del empleador, jefatura, un colega o par, así como de personas que se encuentren bajo la víctima dentro de la jerarquía de la empresa o institución.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE EXISTA EL ACOSO LABORAL.

Para que exista efectivamente una situación de acoso laboral, se deben cumplir al menos tres circunstancias:

- La acción de hostigamiento o acoso debe ser sistemática y persistente. Por lo tanto, no constituyen acoso laboral los conflictos ocasionales o esporádicos.
- Los efectos que sufran las personas acosadas deben ser claros y evidentes, a nivel físico y psicológico y pueden presentarse en diferentes grados.
- La existencia de diferencias de poder: formal (de un superior o jefatura) o informal (entre colegas o subordinados).

CONDUCTAS QUE PUEDEN CONSTITUIR ACOSO LABORAL

A modo ejemplar, pueden constituir conductas abusivas, las siguientes:

Gritar, avasallar o insultar a una persona, cuando está sola o en presencia de otros.	Amenazar o coaccionar a una persona de manera continua, entendiendo por tales acciones, ejercer fuerza o violencia física o psíquica sobre una persona para obligarla a decir o hacer algo contra su voluntad.	Tratar a una persona de una manera diferente o discriminatoria, usar medidas exclusivas contra ella, con vistas a estigmatizarle ante otros compañeros o jefes.	Ignorar o excluir a una persona, hablando solo a un tercero presente, simulando su inexistencia o su no presencia física en el lugar de trabajo o en las reuniones a las que asiste.
Difamar a una persona, extendiendo por el lugar de trabajo rumores maliciosos o calumniosos que menoscaban su reputación, su imagen o su profesionalidad.	Criticar continuamente el trabajo, ideas, propuestas o soluciones de una persona.	Sobrecargar selectivamente a una persona con mucho trabajo.	Asignar tareas, objetivos o proyectos que son inalcanzables o imposibles de cumplir, en razón del tiempo u otros factores.

Modificar las atribuciones o responsabilidades del puesto de trabajo de una persona, sin informarle nada.	Quitar funciones de responsabilidad a una persona, a cambio de ofrecerle tareas rutinarias o incluso no asignarle trabajo alguno.	Retener información crucial para el trabajo de una persona, o manipularla para inducirle a error en su desempeño laboral, y acusarle después de negligencia o faltas profesionales.	Ignorar los éxitos profesionales de una persona o atribuirlos maliciosamente a otros o a elementos ajenos a ella, como la casualidad, la suerte, entre otros.
Castigar duramente a una persona o impedir cualquier toma de decisiones o iniciativa personal en el marco de sus atribuciones.	Ridiculizar el trabajo de una persona, sus ideas o los resultados obtenidos ante los demás trabajadores, caricaturizándolo o parodiando.	Animar a otros compañeros de trabajo a participar en cualquiera de las acciones anteriores mediante la persuasión, la coacción o el abuso de autoridad.	

En el mismo sentido, es necesario tener presente que no constituyen acoso laboral, entre otras, las siguientes conductas:

- Tener un mal día en el lugar de trabajo.
- Tener un jefe o un compañero de trabajo con una personalidad difícil.
- Tener un problema puntual con un jefe o algún compañero de trabajo.
- Tener una temporada de mucho trabajo.
- Estar estresado.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

¿CÓMO SE REALIZAR LA DENUNCIA POR ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PRIVADO DE SALUD? (CLÍNICAS, CENTROS MÉDICOS PRIVADOS).

En primer lugar, es necesario revisar el Reglamento Interno de la Institución. Si bien el Código del Trabajo exige establecer un procedimiento de den ncias e investigación para el acoso sexual, muchas veces se hace extensivo para el acoso laboral.

En caso de no estar regulado vía Reglamento Interno, es posible realizar la denuncia directamente ante la Inspección del Trabajo. Si el inspector del trabajo constata que hubo una acción contra su dignidad, o no se protegió efectivamente la salud e integridad (sea física o psíquica) del trabajador víctima, podrán aplicar una multa al empleador por no cumplir su deber legal de cuidar la vida y salud del trabajador o por atentar contra su dignidad.

Ahora bien, el inspector del trabajo no tiene facultades legales para solicitar al empleador el cese de la conducta, reparar a la víctima, ni ordenar la imposición de medidas a los acosadores, por lo que muchas veces la solución efectiva del caso se da por la vía judicial, por medio del autodespido con derecho a las indemnizaciones por término de contrato, o a través de acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales. En ambos casos, es el juez el que estima si, de acuerdo a la prueba que se rinda en audiencia, se trata de conductas de tal entidad que fundamentan la necesidad de terminar el contrato de trabajo por medio del autodespido, o que ameriten la protección eficaz del trabajador, ordenando el cese de la conducta y la adopción de medidas de reparación, como ocurre en el caso de la tutela.

¿CÓMO SE REALIZA LA DENUNCIA POR ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO DE SALUD?

En primer lugar, es necesario tener presente que se entiende por denuncia, el acto formal que se presenta por escrito y por medio del cual se pone en conocimiento de la autoridad máxima de la institución, un hecho supuestamente constitutivo de acoso laboral.

La denuncia deberá contener:

- Identificación y domicilio del denunciante.
- Narración circunstanciada de los hechos.
- La individualización de quienes los hubieren cometido y de las personas que los hubieren presenciado o que tuvieren noticia de ellos, en cuanto le constare al denunciante.
- Acompañar o mencionar los antecedentes y documentos que le sirvan de fundamento, cuando ello sea posible.

Las denuncias que no cumplan con dichos requisitos, se tendrán por no presentadas.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE LUEGO DE LA DENUNCIA POR ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO?

Para ello, en primer lugar, se debe revisar el reglamento interno de denuncia, investigación y sanción de acoso laboral y/o sexual que existe en cada servicio, establecimiento o institución de salud. Ellos pueden estar disponibles en la página web institucional o pueden solicitarse en la oficina de recursos humanos. Los manuales de procedimientos pueden presentarse también en forma de "Códigos de Ética o Conducta".

Estos Manuales varían según el establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo cual todos ellos explican lo que debe entenderse por acoso laboral, cuáles son las conductas que lo constituyen y cuál es el mecanismo de denuncia. Resulta importante revisar dicho procedimiento, ya que algunos de ellos contemplan diversos receptores de denuncias: jefe superior del servicio, jefe superior de la institución, receptor de denuncias designado en el Manual.

Ahora bien, si no hay un procedimiento especial determinado, de conformidad con la Ley N° 20.607, que incorporó la regulación y sanción del acoso laboral en la Administración Pública del Estado, se deberá investigar como una infracción funcionaria y sancionarse de acuerdo al respectivo estatuto.

¿Se puede denunciar ante otro organismo el acoso laboral y sexual? Sector público de salud

Es posible presentar la denuncia por acoso laboral o sexual directamente ante Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el respectivo estatuto, dentro del plazo de diez días hábiles desde que se produzca el hecho.

En términos generales, el órgano fiscalizador, frente a denuncias de este tipo, se limita a ordenar a la autoridad máxima del servicio la instrucción de un sumario administrativo.

Ahora bien, si el denunciante somete el conocimiento del asunto a un tribunal de justicia, la Contraloría General de la República se inhibe de emitir pronunciamiento en el caso concreto.

¿CUÁLES SON LAS SANCIONES, EN CASO DE COMPROBARSE LA EXISTENCIA DEL ACOSO LABORAL?

El empleador puede adoptar las medidas que se contemplen en el reglamento interno e incluso puede terminar el contrato de trabajo del trabajador infractor, sin derecho a indemnización alguna (artículo 160 N° 1, letra f).

Por su parte, en caso de comprobarse la existencia de acoso laboral en el sector público de salud, la persona podrá ser objeto de la medida disciplinaria de a) censura; b) multa; c) suspensión del empleo desde treinta días a tres meses, según la gravedad de los hechos comprobados y considerando las circunstancias atenuantes y/o agravantes de su responsabilidad administrativa.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

7.0.1. POSIBLES EFECTOS DEL ACOSO LABORAL EN LA VÍCTIMA.

Las consecuencias del acoso laboral, tanto para quien lo sufre como para su entorno, tanto laboral como personal, son sustantivas. Muchas veces, terminan con la expulsión o abandono del puesto de trabajo por parte del afectado y un daño en el clima laboral y rendimiento de la empresa.

El acoso laboral tiene un efecto dañino sobre la autoestima de las personas afectadas, pudiendo crear severas dificultades de reinserción posterior a la experiencia; puede pasar mucho tiempo antes de que pueda recuperarse la capacidad productiva lesionada y restablecerse la motivación y seguridad para retomar el trabajo.

Lo que distingue a una enfermedad que pudo ser originada por el acoso de cualquier otra relacionada con condiciones de trabajo difíciles o incluso violentas, es la humillación y el ataque a su dignidad que padece la víctima, la vergüenza de haber sufrido tal ataque y no haber sabido qué hacer o haber permitido que la trataran así. A las víctimas les avergüenza haber sido víctimas y se sienten culpables de lo que les sucede.

La agresión suele hacerles perder los límites de su espacio psíquico; ya no saben lo que es normal y lo que no lo es; lo que es fruto de su propia fragilidad y lo que se debe a la destructividad del agresor y muchas veces se produce desequilibrio a nivel psicosomático y pueden surgir estados depresivos graves conducentes incluso al suicidio. La víctima no se deprime porque previamente era una persona enferma o frágil, sino porque la han privado de su autoestima.

A más largo plazo, mientras más se prolongue el acoso y cuanto más frecuentes sean los ataques, mayor será el riesgo de que se produzca un estado de estrés post-traumático en la víctima. Por otra parte, la víctima de acoso suele sufrir una especie de fobia de evitación que puede conducir a una actitud de alejamiento temporal o definitivo de todo lo relacionado con el área labora o profesional. Al mismo tiempo, reduce el interés por actividades que antes interesaban experimenta sensación de poco apego a los demás, distancia y restricción de los afectos, que puede tener graves repercusiones sobre la vida personal y familiar.

ACOSO SEXUAL LABORAL.

¿QUÉ ES EL ACOSO SEXUAL LABORAL?

La Organización Internacional del Trabajo define el acoso sexual como un comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre.

Por su parte, el artículo 2° del Código del Trabajo, conceptualiza el acoso sexual como una conducta contraria a la dignidad humana, siendo definido como “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

En términos más simples, el acoso sexual laboral son todos aquellos requerimientos de carácter sexual, que se realicen de cualquier forma y por cualquier medio, en forma indebida,

por una persona en contra de otra, quien los recibe y no los consiente. Además, estas conductas deben amenazar o perjudicar la situación laboral o las oportunidades en el empleo de la víctima de acoso.

Respecto de los profesionales funcionarios, es necesario tener presente el artículo 84 letra l) del Estatuto Administrativo y el artículo 82 letra l) del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que regulan entre las prohibiciones funcionarias, la realización de cualquier acto atentatorio a la dignidad humana, remitiéndose a la definición del Código del Trabajo de acoso sexual.

¿QUIÉN PUEDE REALIZAR CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO LABORAL O SEXUAL?

El acoso, tanto el laboral como el sexual, pueden provenir del empleador, jefatura, un colega o par, así como de personas que se encuentren bajo la víctima dentro de la jerarquía de la empresa o institución.

Es necesario tener presente, además, que los requerimientos no consentidos pueden ser realizados por un hombre a una mujer, por mujer a hombre, o entre personas de un mismo sexo.

VÍAS POR LAS QUE SE PUEDE COMETER EL ACOSO SEXUAL.

La Dirección del Trabajo ha establecido que las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluyen cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, el que pueda producirse por cualquier medio, incluyendo las propuestas verbales, correos electrónicos, llamadas telefónicas, cartas o misivas personales, mensajes de texto, etc.

CÓMO IDENTIFICAR LA CONDUCTA QUE CONSTITUYE ACOSO SEXUAL:

Antes de realizar una denuncia por acoso sexual, en primer lugar, es necesario identificar la conducta, la que puede ser:

- Chantaje: Si se condiciona la obtención de un beneficio laboral, como por ejemplo, un aumento de sueldo, ascenso, la mantención del trabajo, mediando un acto de carácter sexual.

- Manifestación de un ambiente laboral hostil: cuando se generan situaciones que intimiden o humillen a la persona víctima del acoso.

De esta forma, los comportamientos que pueden ser constitutivos de acoso sexual pueden ser físicos, verbales o no verbales. De modo ejemplar, pueden considerarse como acoso sexual las siguientes conductas:

- Contacto físico innecesario y no deseado

- Miradas lascivas y gestos relacionados con la sexualidad
- Petición de favores sexuales
- Insultos, observaciones, bromas e insinuaciones de carácter sexual,
- Comentarios, bromas, gestos o miradas sexuales,
- Manoseos, jalones o pellizcos en forma sexual,
- Restregar a la víctima contra alguien de un modo sexual,
- Propagar rumores sexuales acerca de la víctima,
- Jalar la ropa de manera sexual,
- Mostrar, dar o dejar imágenes sexuales, fotografías, ilustraciones, mensajes o notas sexuales,
- Escritos o mensajes sexuales acerca de la víctima, en paredes de los baños, vestuarios u otros lugares
- Forzar a besar a alguien o a algo más que besar
- Llamar a la víctima “gay” o “lesbiana”
- Espiar mientras se cambia o está encerrada en un sanitario,
- Uso o exhibición de material pornográfico.

Finalmente, para determinar si la conducta constituye o no acoso sexual laboral, incluso estando frente a los actos descritos anteriormente, debe faltar el consentimiento, ya que si la persona responde y acepta libremente, no se trataría de una conducta de acoso sexual laboral.

¿CÓMO SE REALIZAN LAS DENUNCIAS POR ACOSO SEXUAL EN EL SECTOR PRIVADO DE SALUD? (CLÍNICAS, CENTROS MÉDICOS PARTICULARES).

Una vez identificada la conducta, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a:

A. La dirección de la empresa, establecimiento o servicio, o

B. A la respectiva Inspección del Trabajo.

De esta forma, es posible seguir dos vías por las que iniciar un procedimiento por acoso:

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

A) SEGÚN EL REGLAMENTO INTERNO DE LA INSTITUCIÓN:

El Código del Trabajo exige que las empresas o establecimientos con más de 10 trabajadores cuenten con un reglamento interno, el cual deberá regular el procedimiento al que se someterán las denuncias por acoso laboral y sexual, las medidas de resguardo del denunciante y las sanciones aplicables.

En este caso, la investigación debe iniciarse dentro de los 5 días siguientes de realizada la denuncia; y deberá realizarse dentro de un plazo de 30 días, por escrito, bajo estricta reserva y escuchando a ambas partes.

Cuando se termine la investigación deben enviarse los resultados a la Inspección del Trabajo, pudiendo formular observaciones, las que se pondrán en conocimiento del empleador y de las partes, y habiendo plazo de 15 días para implementar las medidas sugeridas o las sanciones que correspondan

B) ANTE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO:

La Inspección del Trabajo realizará la investigación si la víctima realiza directamente la denuncia, o cuando el empleador deriva el caso a ella.

Esta investigación también deberá realizarse en un plazo de 30 días desde la denuncia, informando de sus conclusiones a las partes involucradas y al empleador. En caso de que se determine la adopción de sanciones, el empleador deberá aplicarla en un plazo de 15 días.

¿CÓMO SE REALIZA LA DENUNCIA POR ACOSO SEXUAL?

La denuncia debe presentarse por escrito, ante el jefe superior del servicio o el receptor de denuncias determinado en el respectivo servicio o institución.

La denuncia deberá contener:

- Nombre de la persona acosadora y su descripción física.
- Precisar el lugar, fecha y hora en que ocurrieron los hechos.
- Identificar posibles testigos.
- Describir los hechos con claridad.
- Describir cómo hizo sentir el incidente a la víctima.
- Mencionar o acompañar, cuando fuere posible, los antecedentes que sirvan de fundamento de la denuncia, los que ayudarán al desarrollo de la investigación que se realizará.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE LUEGO DE LA DENUNCIA POR ACOSO SEXUAL EN EL SECTOR PÚBLICO DE SALUD? (SERVICIOS DE SALUD, HOSPITALES, APS).

De conformidad con la Ley N° 20.005, que incorporó la regulación y sanción del acoso sexual en la Administración Pública del Estado, sin determinar un procedimiento especial, esta infracción deberá investigarse y sancionarse de acuerdo al respectivo estatuto.

De esta forma, tanto la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, como la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, contemplan la investigación sumaria y el sumario administrativo como las vías para determinar la responsabilidad administrativa y, eventualmente, imponer la respectiva sanción.

A) INVESTIGACIÓN SUMARIA:

La investigación sumaria inicia con la denuncia de la víctima del acoso sexual. Esta se ordena instruir cuando la naturaleza de los hechos a investigar reviste menor gravedad o importancia.

Según el Estatuto Administrativo, el procedimiento debe ser breve, concentrado, fundamentalmente verbal y de lo actuado se levantará un acta general que firmarán los declarantes.

La finalidad de la investigación sumaria es verificar la existencia de los hechos, la individualización de los responsables y su participación, si los hubiere.

La investigación es realizada por un funcionario nombrado como investigador, quien indaga los hechos y, al término de ella, deberá emitir una vista o informe, el cual detallará los hechos indagados, fundamentos y conclusiones a las que arribó, proponiendo sanciones al funcionario involucrado (no procede en estos casos la destitución) o el sobreseimiento, es decir, desiste de la investigación por no ameritar la imposición de sanción.

Ahora bien, si se constatan hechos de mayor gravedad, se pondrá término a la Investigación sumaria y se dispondrá, por la autoridad que ordenó su inicio, que se eleve a sumario administrativo.

B) SUMARIO ADMINISTRATIVO.

El sumario administrativo constituye un conjunto de actuaciones formales a cargo del fiscal, destinado a establecer la efectividad de los hechos materia del mismo, a determinar la participación que los funcionarios pueden haber tenido en ellos y a precisar, cuando corresponda, la consiguiente responsabilidad.

El sumario se ordenará instruir por el jefe superior del servicio, previa denuncia de la víctima de acoso. El sumario debe constar por escrito, dejándose constancia de cada una de sus actuaciones, entre ellas, la declaración de la víctima denunciante y el documento donde se formalice la denuncia realizada.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

La finalidad del sumario administrativo es determinar la efectividad de los hechos investigados y comprobar el real grado de participación que pudiere corresponderle al involucrado. El fiscal debe realizar todas las diligencias legalmente procedentes para establecer los hechos y las eventuales responsabilidades. El sumario termina con la resolución que lo declara cerrado.

La reserva es de la esencia del sumario administrativo, lo que implica que su contenido es secreto hasta la conclusión. Este secreto termina de forma parcial al existir formulación de cargos, es decir, se pone en conocimiento de los funcionarios afectados y/o de sus abogados, para que puedan formular su defensa.

¿QUÉ SON LAS MEDIDAS DE RESGUARDO?

El empleador debe adoptar todas las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, por ejemplo, separación de los trabajadores, redistribución de jornada o cualquier otra medida que sea pertinente según la forma en que la empresa se organice.

Sin perjuicio de esas medidas, el empleador también debe resguardar la presunción de inocencia del acusado, hasta que una investigación determine lo contrario.

En el mismo sentido, los estatutos administrativos general y para funcionarios municipales establecen que, durante un sumario administrativo, el fiscal sumariante podrá suspender de sus funciones o destinar transitoriamente a otro cargo dentro de la misma institución y ciudad, al o a los inculpados.

Esta medida terminará al dictarse el sobreseimiento o al emitirse el dictamen del fiscal. Ahora bien, en este último caso, cuando el fiscal sumariante proponga la medida de destitución, podrá decretar que se mantenga la suspensión preventiva o la destinación transitoria, terminando cuando se resuelva de forma definitiva el sumario administrativo.

¿CUÁLES SON LAS SANCIONES, EN CASO DE COMPROBARSE LA EXISTENCIA DEL ACOSO SEXUAL?

En el caso del sector privado de salud, el empleador puede adoptar las medidas que se contemplen en el reglamento interno e incluso puede terminar el contrato de trabajo del trabajador infractor, sin derecho a indemnización alguna (artículo 160 N° 1, letra b).

Por su parte, en caso de comprobarse la existencia de acoso sexual en el sector público de salud, la persona podrá ser objeto de la medida disciplinaria de a) censura; b) multa; c) suspensión del empleo desde treinta días a tres meses, o d) destitución, según la gravedad de los hechos comprobados y considerando las circunstancias atenuantes y/o agravantes de su responsabilidad administrativa.

POSIBLES EFECTOS DEL ACOSO SEXUAL EN LA VÍCTIMA.

Las consecuencias del acoso sexual son muy significativas para sus víctimas. Aparte de los efectos psíquicos y físicos dañinos que provoca, tales como estrés emocional, ansiedad, depresión y enfermedades físicas, entre otros, la persona afectada corre el riesgo de perder su trabajo o se ve limitada o impedida en el desarrollo de carrera. En consecuencia, el acoso sexual lleva a la frustración, pérdida de autoestima, ausentismo y una merma de la productividad.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

Efectos psíquicos y físicos: estrés, ansiedad, depresión, ira, impotencia, insomnio, fatiga, disminución de la autoestima, úlcera.

Efectos sociales: ausentismo, despido del trabajo, renuncia al trabajo, mal desempeño y disminución de la productividad, fin de la carrera.

DISCRIMINACIÓN

¿QUÉ ES LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL?

La discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¿CUÁL ES EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL QUE EXISTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN?

El artículo 2° del Código del Trabajo señala lo siguiente:

"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Por su parte, los estatutos administrativos general y municipal establecen en los artículos 84 letra L) y 82 letra L), respectivamente, la prohibición de este tipo de conductas, remitiéndose a la definición del Código del Trabajo para estos efectos.

¿QUÉ ES LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA?

Una discriminación es arbitraria cuando se funda en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Sin embargo, el artículo 2°, incisos quintos y siguientes, del Código del Trabajo, establece la posibilidad de realizar distinciones: "Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación".

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

¿CÓMO SE REGULA LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO?

El Código del Trabajo prohíbe las ofertas de trabajo que se realicen en base a los criterios señalados en el numeral anterior.

En específico, la parte final del artículo 2° establece la prohibición de condicionar la contratación de un trabajador a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Sin perjuicio de ello, se permite solicitar dicha información a los trabajadores que representen al empleador (gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, con facultades generales de administración) y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

De esta forma, la ley permite la discriminación, en específico, en materia laboral, cuando esta se funda en capacidades técnicas, calificación para un determinado empleo, siguiendo criterios objetivos.

Estas normas son aplicables en el sector privado de salud y a todos los profesionales sujetos a un contrato de trabajo.

En el caso de los funcionarios públicos, los estatutos administrativos general y para funcionarios municipales establecen la no discriminación en el acceso a los cargos de planta y contrata, que pudiere alterar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Ello se ve reforzado por el artículo 16, inciso 2°, de la Ley N°18.575, Ley de Bases de la Administración del Estado que establece: "Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado, previo concurso público".

Al igual que el Código del Trabajo, los estatutos prohíben "todo acto de discriminación arbitraria que se traduzca en exclusiones o restricciones, tales como aquellas basadas en motivos de raza o etnia, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, discapacidad, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal o enfermedad, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo".

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

De esta forma, es posible apreciar la regulación del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos.

¿QUÉ TIPO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL EXISTE?

– Discriminación laboral por sexo:

Consiste en la distinción entre hombres y mujeres, atendiendo históricamente a una supuesta

mayor capacitación o fortaleza física por parte de los trabajadores varones. Actualmente, guarda relación con el mayor ausentismo laboral por parte de las trabajadoras mujeres, a causa de la maternidad.

– Discriminación laboral por orientación sexual:

Estrechamente vinculada a la discriminación por sexo se encuentra la discriminación laboral motivada por la orientación sexual de la persona. Esta discriminación se produce cuando arbitrariamente se alteran las condiciones laborales, se extingue la relación laboral, o bien se impide su acceso a una ocupación a personas que integran los que diversos autores han llamado "minorías sexuales".

– Discriminación laboral por edad:

Se relaciona con las distinciones basadas en la vejez y la juventud, es decir, opera como barrera de entrada para los puestos de trabajo, ante la presunta falta de experiencia o disminución del rendimiento, en atención a la etapa de la vida en que se encuentre la persona.

– Discriminación laboral por motivos de salud:

Se fundamenta en la salud como una situación fundamental, que permite la disposición física y psíquica necesaria para cumplir las obligaciones y tareas que se han asumido. A este respecto, es necesario tener presente que, para el caso de los trabajadores del sector público, los respectivos estatutos contemplan como una causal de término de la relación funcionarial la pérdida del requisito de salud compatible con el cargo. En este caso, es el propio legislador el que permite desvincular al funcionario que por motivos de salud, dejó de cumplir con el requisito de salud para acceder a los cargos de la Administración del Estado.

– Discriminación laboral por origen social o apariencia personal:

En el campo laboral se advierte el problema, particularmente en la contratación del personal donde, tanto para las actividades comerciales como administrativas, la selección toma en cuenta alguna de las circunstancias que hemos apuntado, como el origen social del postulante, sobre todo cuando la tarea se cumple con relación a otras personas de mejor situación económica.

¿CÓMO REALIZAR DENUNCIAS POR CONDUCTAS DE DISCRIMINACIÓN?

Al igual que en los casos de acoso laboral y sexual, se seguirán los mismos procedimientos y canales de denuncia, tanto en el sector público como privado de salud.

Pero en el caso de la discriminación, es necesario tener presente además, la Ley N° 20.609 de no discriminación, conocida comúnmente como "Ley Zamudio", que tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometa un acto de discriminación arbitraria.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

La discriminación arbitraria es aquella que se basa en las distinciones fundadas en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Estas conductas no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLA LA LEY DE NO DISCRIMINACIÓN?

La ley crea la acción de no discriminación arbitraria que puede ser presentada directamente por quien sea afectado por un acto u omisión que genere discriminación, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión.

La acción deberá ser presentada dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser interpuesta luego de un año de acontecida dicha acción u omisión. La acción se interpondrá por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente.

No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos:

- Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela de derechos, establecida en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo
- Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.
- Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.
- Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.
- Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo

Presentada la acción, el tribunal debe pedir informe al denunciado y fijar una audiencia a la que citará a las partes. Si una de las partes no asiste o si concurriendo ambas no se produce la conciliación, el tribunal, en la misma audiencia, citará a las partes a oír sentencia si no hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

Si existieran hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el tribunal recibirá la causa a prueba, la que recibirá en una nueva audiencia. Finalizada la última audiencia de prueba, el tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia, entro de los quince días hábiles siguientes.

CAPÍTULO XXIV.
Acoso laboral, acoso sexual y discriminación.
Por Patricia Núñez Vargas

¿CUÁLES SON LAS SANCIONES, EN CASO DE COMPROBARSE LA EXISTENCIA DE ACTOS DE DISCRIMINACIÓN?

En el caso del sector privado de salud, el empleador puede adoptar las medidas que se contemplen en el reglamento interno.

Por su parte, en caso de comprobarse la existencia de la comisión de actos discriminatorios en el sector público de salud, la persona podrá ser objeto de la medida disciplinaria de a) censura; b) multa; c) suspensión del empleo desde treinta días a tres meses, o d) destitución, según la gravedad de los hechos comprobados y considerando las circunstancias atenuantes y/o agravantes de su responsabilidad administrativa.

CAPÍTULO XXV.

Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo.

Por Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

La emergencia sanitaria tiene repercusiones en el ejercicio profesional, especialmente para la población que está expuesta a un mayor riesgo de contagio, como lo son los profesionales de la salud. ¿Quiénes pueden solicitar a sus superiores acceder a un trabajo remoto? ¿Qué pasa con aquello/as profesionales con enfermedades crónicas? La Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico y la Unidad de Defensa Legal Médica de Falmed y Colmed trabajaron en el siguiente documento para responder estas y otras inquietudes.

I. Normativa aplicable en el ámbito público:

Ante la pandemia que afecta al país, los órganos de la Administración del Estado, a través de las respectivas autoridades sanitarias, deben adoptar las medidas necesarias para dar continuidad al ejercicio de la función pública y mantener los servicios esenciales para toda la población, incluyendo los servicios de salud y hospitales. Además, busca evitar la propagación de la pandemia, teniendo presente el resguardo de la salud de toda la población.

Durante el actual contexto, se han dictado los siguientes oficios:

1. OFICIO PRESIDENCIAL N°3 de 16 de marzo 2020: Ordena dar cumplimiento a las garantías constitucionales, como son el respeto y protección del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y a la protección de la salud. Para ello, impartió instrucciones generales a los jefes de servicio, quienes deberán implementar medidas que brinden seguridad a los trabajadores del sector público. Además, permitió eximir de control horario y cumplir con labores administrativas a través de medios electrónicos.

2. OFICIO CIRCULAR N°18, de 20 de marzo de 2020: Se pronuncia sobre el plan de Retorno Gradual de la administración del Estado por brote de COVID-19, y define los grupos de riesgo. Explica que para el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y de control jerárquico, los jefes superiores deben establecer un plan de retorno gradual a los servicios, y establece que los funcionarios de grupo de riesgo podrán ser eximidos del control horario, permitiéndoles que cumplan sus labores fuera de las dependencias.

Este oficio define los grupos de riesgo como:

- aquellas personas mayores de 70 años de edad,
- las mujeres embarazadas
- aquellas personas que el Jefe Superior del servicio defina, considerando las que tengan contacto estrecho con casos confirmados de COVID-19 o que por sus condiciones de salud sean susceptibles de contagio, tales como personas inmunodeprimidas y que tengan diabetes, enfermedades cardiacas, pulmonares o que padezcan otras enfermedades de riesgo.

3. DICTAMEN N° 3610 de la Contraloría General de la República de 17 de marzo de 2020: Se pronuncia sobre medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la administración del Estado, teniendo presente el resguardo de la salud de los servidores públicos. Su objeto es proteger la vida y la salud de todos los servidores, no haciendo distinción de la modalidad

de contratación, por lo que desde ya es posible incluir a aquellos prestadores de servicios a honorarios.

Reafirma que los jefes superiores de los servicios pueden disponer que las funciones se cumplan mediante el trabajo remoto, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, y también pueden decidir la no asistencia del personal, a fin de evitar la propagación.

Señala que estas medidas pueden ser adoptadas respecto de todos los servidores, independiente de los grupos de riesgo, teniendo presente la continuidad del servicio.

También señala que las decisiones deben ser acatadas por los servidores, dado el deber de obediencia contemplado en el artículo 61, letra f) del estatuto administrativo.

Finalmente, se refiere a las normas de protección a la maternidad, reconociendo los derechos laborales de las funcionarias a honorarios. Reitera que la Ley N° 21.133, para para que tengan el debido acceso al sistema de salud y seguridad social, corresponde la obligación de cotizar , tal como todos los servidores públicos.

II. Normas relevantes en el sector privado:

Aplica principalmente el CÓDIGO DEL TRABAJO. Si bien este no contempla una definición de cuáles son las personas en grupo de riesgo, podemos aplicar lo señalado por la autoridad competente.

Además, dentro de las normas sobre protección a la maternidad, en el artículo 202 del Código del Trabajo, se le otorga a la autoridad competente determinar los trabajos que impliquen un riesgo para el embarazo y, por ende, que sea perjudicial para la salud de las trabajadoras.

La relación es de carácter consensual y por lo mismo, queda sujeto al acuerdo de voluntades, tanto del empleador como de los trabajadores. Puntualiza que por tratarse de derechos esenciales e irrenunciables, como lo son el derecho a la vida e integridad física y síquica y el resguardo de la salud, en caso de profesionales que se encuentren dentro del grupo de riesgo, es deber ineludible del empleador, conforme lo mandatado en el artículo 184 y 184 bis del Código del Trabajo, tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. De esta forma, la ley ha hecho recaer en el empleador la responsabilidad de evitar la ocurrencia de contagios y accidentes en el trabajo.

Así también, el artículo 184 bis del Código del Trabajo, establece que en caso que en el lugar de trabajo sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores -como es la contingencia sanitaria por Covid-19-, el empleador debe:

a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo.

CAPÍTULO XXV.
Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo.
Por Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

b) Adoptar también medidas para la suspensión inmediata de los trabajos y la evacuación de los trabajadores, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar, como sería el caso del COVID.

III. Preguntas frecuentes sobre derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo en contexto covid-19

I. QUIÉNES SE CONSIDERAN POBLACIÓN DE RIESGO

1. ¿Qué trabajadores del área de salud deberían dejar de asistir a su hospital por condiciones de salud y/o edad?

Aquellos servidores públicos que se encuentran en los grupos de riesgo definido por la administración del Estado, es decir:

- Mayores de 70 años de edad

- Mujeres embarazadas

- Aquellas personas que el Director del Establecimiento respectivo defina.

Considerando aquellas que tengan contacto estrecho con casos confirmados de COVID-19 o que por sus condiciones de salud sean susceptibles de desarrollar enfermedad grave , como personas inmunodeprimidas, que tengan diabetes, enfermedades cardiacas, pulmonares o que padezcan otras enfermedades de riesgo.

2. Si bien tengo menos de 7 o años, y no tengo una enfermedad de las mencionadas por el Minsal, considero que soy de alto riesgo. ¿Puedo hacer algo? Y si es así, ¿debo realizar algún trámite para no atender directamente a pacientes?

En circunstancias particulares, el Jefe Superior del servicio podrá definir otros casos que considere se encuentran dentro del grupo de riesgo,lo cual debe realizar mediante un acto formal y fundado.. En ese sentido, el funcionario, por escrito, debe poner en conocimiento a la autoridad del servicio todos los fundamentos por los cuales solicita ser eximido de realizar labores presenciales en los hospitales, incluyendo por ejemplo certificados médicos que acrediten alguna condición de salud especial, ya sea del propio funcionario o de alguna persona a su cuidado. En esos casos, se podrá realizar trabajo vía remota si es que sus funciones permiten esta modalidad o en caso contrario, solicitar derechamente ser eximidos de prestar funciones durante ese periodo. Esto queda a absoluta discrecionalidad y ponderación del Jefe Superior del servicio.

3 ¿Qué derechos tienen los independientes para realizar trabajo vía remota?

Si entendemos que los independientes se refieren a aquellos prestadores de servicios a honorarios, debemos distinguir si aludimos a prestadores del sector público o privado.

En este sentido, si los médicos están contratados bajo esa modalidad en el sector público, cobra relevancia lo sostenido en el dictamen 3610 de la Contraloría, donde se menciona de manera amplia el concepto de "servidores" que abarca a todo el personal, incluso a honorarios y, por ende, se aplican todos los derechos ya señalados sobre los grupos de riesgo.

En el sector privado, no existe normativa ni pronunciamientos que modifiquen lo pactado en el contrato. La única forma de eximirse de asistir al trabajo sin perder los honorarios es estipulándolo de forma consensual. Dicho de otro modo, si no existe ningun pacto entre las partes con respecto a esta contingencia, no existe un mecanismo legal para exigir, por ejemplo, no asistir presencialmente a los centros de salud privados por pertenecer a un grupo de riesgo.

Sí existen derechos asociados a las prestaciones sociales, en que los prestadores hayan cotizado conforme a la operación renta del año 2019 y ahora del 2020.

4. ¿La definición de grupos de riesgo se aplica a otros profesionales de salud?

Sí, entendiendo que todas las normas antes señaladas se refieren a servidores en general, y profesionales que deban cumplir labores en servicios mínimos y esenciales como lo son los profesionales de la salud., ya sean técnicos, administrativos, auxiliares, profesionales no médicos y médicas, o incluso directivos.

II. PERSONAL DE SALUD EMBARAZADAS Y PERSONAL AL CUIDADO DE ESCOLARES

1. *Estoy embarazada, ¿cuáles son mis derechos en época de pandemia?*

Todos los derechos contemplados en el título 2, del libro segundo del Código del trabajo. Por remisión del artículo 89 del Estatuto Administrativo se aplican todas las normas sobre protección a la maternidad a las funcionarias públicas. En particular, al ser considerada como grupo de riesgo, se les debe autorizar el trabajo vía remota y en caso de que las funciones propias del cargo no sean compatibles para realizar desde la casa, se debe eximir a la trabajadora de prestar sus funciones, manteniendo el goce íntegro de sus remuneraciones.

Los mismos derechos se aplican en el sector privado, donde expresamente no se pueden realizar trabajos perjudiciales para el estado de gravidez, como son las horas extraordinarias, trabajos que impliquen fuerza, estar de pie, jornadas nocturnas, entre otros: Derecho a cobertura de licencias médicas en caso de enfermedad, licencias de pre y post natal, derecho a percibir íntegramente las remuneraciones, etc.

Por otro lado, conforme al nuevo régimen de cotizaciones previsionales, las trabajadoras a honorarios quedan cubiertas conforme a las cotizaciones que hayan realizado en la operación renta 2019 y 2020pendiente

2. ¿Desde qué semana de embarazo por derecho podríamos estar fuera del ambiente laboral durante la pandemia?

CAPÍTULO XXV.
Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo.
Por Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

No existe norma que se pronuncie al respecto, pero los documentos legales se refieren a las trabajadoras embarazadas como grupo de riesgo, por lo que desde que se encuentra en ese estado y la trabajadora lo notifica al empleador, el Director del establecimiento, mediante acto administrativo fundado, debe señalar el trabajo vía remota. En caso de no ser compatible con las labores que desempeña, debe eximirla de realizar funciones, siempre teniendo el derecho a percibir el pago íntegro de sus remuneraciones tal como todos los servidores públicos.

3. ¿Las embarazadas pueden continuar en su trabajo sin perder cobertura en caso de enfermedad laboral (ante eventual contagio COVID-19)?

No se pierde la protección ni la cobertura del seguro por el solo hecho de estar expuesto, ya que la normativa exige que la enfermedad sea de origen laboral. Ahora bien, se sugiere que, a pesar de que se sienta bien para seguir trabajando, no se exponga al riesgo de contagio, sobre todo porque no están demostradas las consecuencias futuras del COVID-19 en mujeres embarazadas.

4. *Si estoy embarazada, actualmente en cuarentena preventiva por resolución del SS, ¿debo presentar la licencia prenatal a las 34 semanas?*

La ley es clara y señala que se debe extender la licencia de prenatal, 42 días (seis semanas) antes de la fecha probable de parto, determinada por el doctor tratante o matrona. Siempre se debe notificar al empleador cuál será la fecha probable en que ejercerá su derecho irrenunciable de pre natal, pero la normativa señala el plazo antes indicado.

5. ¿Los derechos de embarazadas con permiso especial se mantendrán durante todo el período de gestación? Entendiendo que en algún momento el período de riesgo termine...

Sí, ya que al estar embarazada se encuadra dentro de la población de alto riesgo y con ello, estará protegida mientras se mantengan las condiciones y fundamentos por los cuales se otorgó la protección.

6. ¿Qué consideraciones se tiene con las madres con hijos menores de 2 años?

De acuerdo a las instrucciones de la autoridad, se señala la posibilidad de ser considerada como persona de grupo de riesgo, ya que se refiere a casos especiales a considerar, como por ejemplo:

quienes se encuentren al cuidado de niños o escolares y que cuenten con alternativas plausibles para garantizar su cuidado, pudiendo el jefe superior del servicio, disponer que se exima de asistir al establecimiento.

Además, tiene todos los derechos establecidos en el Código del Trabajo, entre ellos, el derecho a sala cuna y derecho a lactancia.

En ese sentido, el empleador debe disponer de la sala cuna, y dado que durante la emergencia sanitaria no se encuentran abiertas, debe otorgar facilidades a la madre, disponiendo incluso la autorización de teletrabajo, ya que los derechos son irrenunciables.

Se hace presente que recientemente la Dirección del Trabajo ha señalado que, la madre trabajadora que se encuentre dentro de los presupuestos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la presente emergencia sanitaria, mantiene el derecho a que el empleador provea de la respectiva sala cuna, lo que, no siendo posible de cumplir bajo las alternativas títicas (sala cuna en el establecimiento o en otro lugar), habilita a las partes a acordar el pago de un bono compensatorio, considerando el carácter de irrenunciable del derecho en análisis y la necesidad de resguardar la salud del menor.

III. ADULTO MAYOR

1. ¿Hay una edad que las normas actuales acogen para eximirse del trabajo médico por COVID-19?

Sí, según todos los documentos expuestos, la edad establecida como grupo de riesgo es mayor de 70 años.

2. ¿Están obligados a ir a trabajar los profesionales mayores de 65 años que se desempeñan en instituciones públicas?

Considerando que no están incluidos como grupo de riesgo, deben ir a trabajar a sus establecimientos; salvo aquellos funcionarios públicos que padezcan alguna de las enfermedades enumeradas, como diabetes, enfermedades cardiacas, pulmonares, persona inmunodeprimida, y otros casos especiales que quedan a criterio del jefe superior del servicio determinarlos.

3. ¿Qué pasa con los profesionales adultos mayores que trabajamos en el área privada? ¿Podemos dejar de asistir al trabajo, sin miedo a que nos corten la agenda?

No existe obligación del empleador de otorgarle un permiso para ausentarse. Sin embargo, el empleador debe velar por las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, y si ud. es parte de los grupos de riesgo antes descritos, puede solicitar una autorización para ausentarse y trabajar de forma remota.

4. ¿Cuánto tiempo puedo permanecer en domicilio si soy adulta mayor, 67 años, con hipertensión, diabetes, hipotiroidismo con tiroiditis?

Todo el tiempo que sea necesario, mientras duren los fundamentos por los cuales se le concedió estar en su domicilio. Por ende, es muy relevante el criterio que establezca el jefe superior del servicio.

CAPÍTULO XXV.
Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo.
Por Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

IV. ENFERMEDADES DE MAYOR RIESGO Y COMORBILIDAD

1. *Además de adultos mayores y embarazadas, ¿quiénes catalogan como población de riesgo?*

El oficio N°18, faculta al Jefe Superior del servicio a definir otros casos de personas que formen parte del grupo de riesgo, por lo que las normas no son taxativas y admiten evaluar otros casos, como aquellos trabajadores con enfermedades cardiacas, pulmonares, diabetes, inmunodeprimidos, aquellos que tienen contacto estrecho con personas en grupo de riesgo, aquellos que por su condición de salud sean especialmente susceptibles de contagio, etc.. Es importante certificar tales condiciones al Jefe Superior.

2. ¿Tener una enfermedad crónica severa me convierte en beneficiario por mi condición de alto riesgo?

Todo lo señalado en la normativa queda sujeto a la facultad discrecional del Director del establecimiento, por lo que si es una enfermedad crónica será él quien determine los criterios y la modalidad para que se pueda desempeñar. En este contexto, tiene el derecho a solicitar el trabajo vía remota, en caso de que sus funciones así lo permitan. Si ello no es posible, puede asumir funciones administrativas o ser eximidos de prestar funciones. Lo importante es no exponerlos al riesgo de contagio.

3. *Si me acojo al permiso por riesgo, ¿puedo tener actividades privadas?*

En caso de ser otorgado este beneficio, sería contraproducente ejercer funciones en el ámbito privado, pues la medida justamente busca evitar el riesgo de contagio, y con ello, el resguardo de la vida, integridad física y síquica de los trabajadores y otorgar protección a la salud. En ese sentido, el médico incurriría en falta a la probidad y con ello, podría ser sancionado con la destitución del cargo, recordando que los funcionarios tienen una investidura tal que se lleva incluso fuera del establecimiento.

4. ¿Cuánto tiempo se puede prolongar el permiso para no asistir a trabajar por alto riesgo de contagio en pacientes con inmunodepresión?

Todo el tiempo que duren los fundamentos por los cuales se extendió el permiso. No existe hasta la fecha un límite legal de vigencia para estos permisos.

5. *Si soy población de riesgo, ¿existe algún mecanismo que se esté utilizando cuando las jefaturas del hospital solicitan hacer trámites administrativos presenciales que pueden enviarse por mail? Por ejemplo, una firma.*

CAPÍTULO XXV.
Derechos laborales de médicos y médicas con salud de riesgo.
Por Constanza Urrutia Schwarzenberg, abogada UDELAM

Si bien, aún no entra en vigencia de forma íntegra la Ley N° 21.180, el dictamen 3610 de la Contraloría se pronuncia sobre la posibilidad de realizar procedimientos y actos administrativos a través de medios electrónicos, sobre todo considerando la situación de pandemia actual. Por lo que para efectos de notificación de información son válidos los correos electrónicos. Sugerimos en estos casos que como parte final del correo se exprese que en virtud del artículo 5 de la Ley 19.880 y la Ley N°21.120 se permite realizar actos administrativos a través de medios electrónicos.

6. *Si se prolonga el periodo de riesgo elevado de contagio, ¿puede el Servicio desvincular a profesionales de alto riesgo por "salud incompatible con el cargo"?*

Los funcionarios que se encuentran en grupo de riesgo, y que por disposición de la autoridad (amparado en el dictamen N°3610 de la Controlaría General de la República) fueron separados temporalmente de sus funciones o enviados a realizar trabajos remotos, no están ausentes de sus funciones por licencia médica sino por autorización especial de la autoridad por acto administrativo. Al no cumplirse el requisito de "estar con licencia médica", no procederá bajo ningún caso que se declare salud incompatible.

CAPÍTULO XXVI.
El teletrabajo y modificaciones contractuales en el sector privado.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

En el contexto de la pandemia, el Legislador se vio en la imperiosa necesidad de agilizar la tramitación de la ley que regula el teletrabajo en Chile, como modalidad especial de ejercicio de las labores de los trabajadores.

De esa forma, fue modificado nuestro Código del Trabajo, conceptualizando el trabajo a distancia o teletrabajo, siendo este último aquél que se presta en lugares distintos a las dependencias del empleador por medios tecnológicos principalmente.

Desde el momento de la modificación del indicado texto legal, se ha ordenado por la ley, o modificar los pactos laborales que tomaban esta forma de ejercicio de labores y, en definitiva escriturar una serie de cláusulas especiales en las convenciones que adoptaron esta distinta y novedosa forma de ejercicio del trabajo.

Sobre este particular, conviene puntualizar que el artículo 9° del Código del Trabajo establece que, "*El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante*". *Por su parte, el artículo 11 del referido Código menciona "Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo."*

a) Cuándo estamos en presencia del pacto de teletrabajo.

Prestadores privados, a partir de marzo del año 2020, han determinado que los trabajadores debían cambiar el lugar habitual en donde debían prestar sus servicios, dada la imposibilidad de poder concurrir a las consultas o lugares determinados por el empleador para prestar los servicios, aceptándose tanto por el empleador como por el trabajador, el mantener vigente el contrato de trabajo en cuanto los trabajadores siguen ejecutando sus labores y reportando las mismas y el empleador pagando las remuneraciones, asignación de colación y movilización pactadas.

Desde ese punto de vista, evidentemente, atendido el estado de excepción constitucional, los trabajadores han cambiado totalmente la dinámica de su trabajo, ejerciéndolo desde sus hogares (o lugar que no se encuentra determinado por el empleador), mediante medios electrónicos, a saber, correos y reuniones por teleconferencia. Visto lo anterior y, al haber presentado la clara realidad en la que actualmente se encuentra la relación jurídica laboral, cuestión del todo relevante en el derecho del trabajo, debemos considerar que se desprende del artículo 152 quáter G) del Código del Trabajo que, define expresamente el concepto de trabajo a distancia y teletrabajo, estableciendo que el primero es aquel que involucra a los trabajadores que prestan sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Por su parte, el segundo, es una forma de trabajo a distancia que se distingue por el hecho de que en la prestación de servicios se utilizan medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o porque tales servicios deben reportarse a través de estos medios. (Aplica Criterio del Dictamen 1389/007 de 08 de abril de 2020 de la Dirección del Trabajo).

CAPÍTULO XXVI.
El teletrabajo y modificaciones contractuales en el sector privado.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Considerando lo anterior, debemos señalar que la prestación de servicios bajo estas modalidades requiere del acuerdo de las partes, el que puede alcanzarse tanto al inicio de la relación laboral como durante su vigencia, el que en ningún caso podrá implicar un menoscabo de los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los trabajadores, circunstancia que implica que aquellos deberán gozar de todos los derechos individuales y colectivos, en tanto no sean incompatibles con las normas que regulan esta modalidad de contratación. Desde tal punto de vista, atendido a que el contrato de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, ya, desde el momento en que el empleador envía una comunicación a sus trabajadores (oferta) de ejecutar exactamente sus mismas labores desde sus casas y el trabajador accede a ello, retira sus equipos computacionales de la oficina, consulta, etcétera, se instala en su hogar y presta sus servicios desde allí y reporta diariamente su trabajo por mail y accede a videoconferencias (aceptación), se entiende que se acordó (se formó el consentimiento) la modalidad de teletrabajo.

Ahora, en simple, la Dirección del Trabajo ha indicado lo que no constituye teletrabajo: "No se considera trabajo a distancia o teletrabajo cuando el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa." Evidentemente, ello no ocurre en el caso de los trabajadores en este momento.

b) Necesidad de que el empleador y los trabajadores firmen los anexos de contrato de trabajo.

La Ley es la que ordena que los pactos de teletrabajo se escrituren y se registren en la Dirección del Trabajo. Así, el artículo 152 quáter K es el que establece que "Además de las estipulaciones previstas en el artículo 10, el contrato de trabajo, en los casos como el que estoy exponiendo debe contener lo siguiente:

1. Indicación expresa de que las partes han acordado la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, especificando si será de forma total o parcial y, en este último caso, la fórmula de combinación entre trabajo presencial y trabajo a distancia o teletrabajo.

2. El lugar o los lugares donde se prestarán los servicios, salvo que las partes hayan acordado que el trabajador elegirá libremente dónde ejercerá sus funciones, en conformidad a lo prescrito en el artículo 152 quáter H, lo que deberá expresarse.

3. El período de duración del acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo, el cual podrá ser indefinido o por un tiempo determinado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 152 quáter I.

4. Los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.

5. La circunstancia de haberse acordado que el trabajador a distancia o teletrabajador podrá distribuir su jornada en el horario que mejor se adapte a sus necesidades o que el teletrabajador se encuentra excluido de la limitación de jornada de trabajo.

6. El tiempo de desconexión." La dirección del Trabajo en su dictamen 1389/007 de 08 de abril de 2020 señala que, conforme a lo establecido en el artículo precitado, además de las estipulaciones mínimas establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, el contrato que nos ocupa debe contener aquellas especiales que dicha norma prevé, las cuales deben ser incorporadas al momento de acordar la aplicación de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Añade que, sin perjuicio de los aspectos ya dilucidados, se debe destacar que, a propósito de los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, el trabajo a distancia o teletrabajo puede acordarse por un tiempo determinado o de forma indefinida, aspecto que debe estar consignado por escrito al momento de alcanzar el acuerdo respectivo.

Señala la Dirección del trabajo que se debe destacar que, siendo el contrato de trabajo consensual—como ya adelanté en este informe—la existencia del trabajo a distancia o teletrabajo requiere del solo acuerdo de las partes. Agrega que, no obstante, en lo que respecta a la obligación de escriturar este tipo de contratos, pertinente resulta puntualizar que su escrituración se regirá por las reglas generales establecidas en el artículo 9 del Código del Trabajo.

En este orden de ideas—señala la Dirección—la NO ESCRITURACIÓN del contrato de trabajo dentro del plazo fijado por el legislador para estos efectos, implicará que el empleador pueda ser sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco UTM y, adicionalmente, se presumirá legalmente que son estipulaciones del contrato de trabajo las que declare el trabajador.

Estas estipulaciones mínimas deben quedar establecidas—señala la Dirección—en aquellos casos en que se suscribe un pacto de trabajo a distancia o teletrabajo con posterioridad al inicio de la vigencia de la relación laboral (como es en nuestro caso), lo que de no cumplirse podría acarrear multas al empleador conforme a las reglas generales asociadas a este incumplimiento de la normativa laboral.

c) Obligatoriedad de Registro y Fiscalización de los contratos de trabajo.

El artículo 152 quáter O del Código del Trabajo establece que dentro de los quince días siguientes al que las partes acuerdan sujetarse a la modalidad de teletrabajo, el empleador debe registrar electrónicamente el pacto respectivo ante la Dirección del Trabajo, la que remitirá copia del registro de la Superintendencia de Seguridad Social y a los organismos administradores de la ley 16.744.

De ello se colige que, además de cumplir con la disposición legal de mantener los registros de los trabajadores dentro de la entidad empleadora, la finalidad de estas normas es velar para que los lugares de trabajo (casas o lugares externos a la entidad empleadora) sean eventualmente fiscalizados para observar que cumplen con los estándares de seguridad exigidos por el legislador y, además, de mantener un control para que se configure una verdadera subordinación del trabajador, elemento esencial del contrato de trabajo y que lo distingue de cualquier otro.

CAPÍTULO XXVI.
El teletrabajo y modificaciones contractuales en el sector privado.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

d) Asignaciones de movilización, colación, desgastes de herramientas, cobertura de gastos de luz e internet.

Como ya se ha adelantado, en el derecho del trabajo la realidad constituye un elemento esencial para determinar la dinámica en la que se desarrolla un contrato de trabajo y ello determina derechos y obligaciones para ambas partes que emanan de la relación jurídica.

De esa forma, no se puede desconocer que la actual situación del país irrumpió abruptamente en las relaciones jurídicas que nos ocupan y la forma en la que los trabajadores prestan sus servicios al empleador.

De ello se sigue que es innegable que los trabajadores, si bien, pueden estar trabajando con los equipos que les ha brindado la empleadora, esto es, computador y teléfono celular, etc. ocupan el mobiliario de su hogar, o adquieren artículos de oficina de suyo propio, usan impresoras propias, tinta, entre otros elementos con los que habitualmente se ejerce el trabajo de naturaleza jurídica.

Por ello, se hace necesario manifestar que, se torna una obligación para el trabajador aportar algún monto que constituya un paliativo al desgaste de esos elementos que les son propios, pues, un elemento propio de la naturaleza de este tipo de relaciones jurídicas es que el trabajador preste sus servicios brindando su conocimiento técnico a las labores que realiza. Sin embargo, los demás objetos para ejecutar sus labores debe aportarlas del todo el empleador y, en la medida en que el trabajador en parte contribuya con alguna herramienta de su propio patrimonio, la fundación es quien debe retribuirle por aquello y, esa es el espíritu que subyace a la obligación de pagar una asignación de desgaste de herramientas y otras compensaciones. Por su parte, se hace presente que, la dirección ha señalado en su dictamen 1389/007 de 08 de Abril de 2020 que, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 152 quáter G) del Código del Trabajo, la suscripción de un contrato de trabajo a distancia o teletrabajo no puede implicar un menoscabo en los derechos que el Código del Trabajo reconoce a los Trabajadores, en especial, su remuneración, circunstancia frente a la cual resulta pertinente considerar la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Así las cosas, el espíritu de la ley que modificó al Código del Trabajo en la materia que nos ocupa, tiene como espíritu que los trabajadores gocen de todos los derechos individuales y colectivos que les reconoce el Código del Trabajo en tanto no sean incompatibles con la regulación del contrato a distancia y el teletrabajo.

De esa forma, siguiendo en la línea de lo que se está planteando, el hecho de que el teletrabajo no puede implicar un menoscabo para el trabajador quiere decir que éste no deba incurrir en gasto alguno adicional para el ejercicio de sus labores, y gozar íntegramente de su remuneración para su disfrute personal y cubrir sus necesidades familiares, entre otras y no las del empleador.

Así las cosas, el hecho de que la entidad empleadora no pague al trabajador el desgaste de las herramientas, reflejará un menoscabo en el patrimonio de este último, quien estará devaluando sus bienes propios en pos al trabajo que ejecuta por cuenta de otro.

CAPÍTULO XXVI.
El teletrabajo y modificaciones contractuales en el sector privado.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

La misma idea puede predicarse en relación a los gastos de luz e internet que habitualmente se enuncian para establecer el pago de alguna compensación por tales gastos al empleado. Así las cosas, debe considerarse que, en tiempos de normalidad, los trabajadores permanecen o ejecutan gran parte de sus labores en los lugares que el empleador tiene dispuesto (oficinas, consultas).

Con la modalidad de teletrabajo imperante, ya no puede hacerse, aceptando el empleador que los trabajadores presten sus servicios desde sus lugares particulares, debiendo evidentemente éstos, utilizar recursos propios para el funcionamiento, lo que, en pos a evitar menoscabo de todo tipo, se establece que el empleador debe compensar en parte los gastos en que haya incurrido, insistiendo en que es éste quien debe otorgar todos los medios para que el trabajo convenido se materialice.

En cuanto a las asignaciones de colación y movilización actualmente vigentes, se debe considerar que, no son constitutivas de remuneración, sino más bien, aportes que hace el empleador de carácter compensatorio y que se enteran a los trabajadores a fin de cubrir efectivamente los gastos en que incurren en esos conceptos.

Respecto de la asignación de colación, es innegable que los trabajadores deben seguir percibiéndola, pues, es la cobertura de una necesidad básica que no ha mutado con la circunstancia de existir el teletrabajo. No resiste mayor análisis. En relación a la asignación movilización en todo caso, al pactar el cambio en el lugar de prestación de servicios, se puede acordar el cese de esta asignación o pactar la procedencia de otras que supongan el desplazamiento o la presencia física del Trabajador en la Empresa. Ahora, ha señalado la doctrina que, si la asignación de movilización se paga incluso cuando el Trabajador está de vacaciones, no puede descontarse, pues el Empleador le ha dado el tratamiento de pago aun en periodos de no prestación de servicios (García De La Pastora).

La ley es clara, si una persona pacta teletrabajo tiene derecho a que se le mantengan sus mismas condiciones y no sufrir ningún menoscabo, por eso el empleador no puede quitar ninguna de las asignaciones ya establecidas, sin embargo, si las partes lo acuerdan se podrían cambiar los motivos de las asignaciones, por ejemplo, si un trabajador tenía una asignación por movilización que hoy día ya no aplica por la situación país, se podría pactar entre las partes cambiar el motivo. Sin embargo, para ello, es necesario el pacto entre las partes, no le es posible al empleador de forma unilateral modificar lo ya pactado en el contrato de trabajo, de forma que, si se pretende sustituir la movilización, debe hacerse con acuerdo de ambas partes. Ello no obsta a que, debe pagarse la asignación de desgaste de herramientas, compensaciones por electricidad e internet que ya se han explicado.

CAPÍTULO XXVII.

Nueva ley que establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Se establece que su vigencia se enmarca en el estado de alerta sanitaria decretado en Decreto 4 del Presidente de la República, cuya prórroga se extiende hasta el momento, hasta el 30 de septiembre del corriente.

a) Se establece la obligatoriedad de implementar el teletrabajo o trabajo a distancia, respecto de aquellos trabajadores que:

a) Padezcan alguna condición que le genere alto riesgo,

b) Tengan a su cuidado a un menor de edad, adulto mayor, persona con discapacidad o estén haciendo uso de postnatal extendido.

En estos casos, para que proceda esta modalidad de trabajo, debe tenerse presente que, debe existir consentimiento por parte del trabajador afectado y además que la naturaleza de las funciones que ejecuta le permitan efectivamente el trabajo a distancia. En caso de que no concurran esos requisitos, el empleador los debe destinar a labores que no requieran atención de público o a aquellas en las que se evite un contacto permanente con terceros.

b) Se establece, la obligatoriedad del PROTOCOLO DE SEGURIDAD SANITARIA LABORAL COVID-19 (desde ahora el PROTOCOLO), señalando la ley las condiciones y contenidos mínimos del referido protocolo.

c) Se establece que, las empresas que no cuenten con el PROTOCOLO, no pueden retomar o continuar la actividad laboral de carácter presencial.

De ello se sigue que se debe confeccionar el PROTOCOLO y tomar las medidas previstas en la ley, para la seguridad respectiva, en un plazo no mayor de 10 días a partir de la fecha de publicación de la ley.

e) El riesgo de con contar con el PROTOCOLO, son multas y suspensión de las labores que impliquen un riesgo inminente para la salud de los trabajadores por parte de la DT.

f) Además, si no se cuenta con el PROTOCOLO, se puede decretar la clausura del sitio de trabajo que signifique un riesgo inminente para la salud de los trabajadores.

g) Se establece que, cuando el contagio por COVID-19 se deba a culpa del empleador, o de un tercero, la víctima y las demás personas a quienes la enfermedad causa daño, pueden reclamar al empleador o terceros responsables, las indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral. Además, el no tener el PROTOCOLO implica una agravante de la responsabilidad en estos casos.

h) Se establece un SEGURO OBLIGATORIO.

El mencionado seguro favorece a los trabajadores que desarrollan las labores de manera presencial, de forma total o parcial, en el sector privado de salud.

CAPÍTULO XXVII.

Nueva ley que establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19.

Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

Busca financiar o reembolsar los gastos de hospitalización y rehabilitación de cargo del trabajador, asociados al COVID-19.

Se excluye de su cobertura a los trabajadores con teletrabajo exclusivo.

Se establece que el empleador será responsable del pago de las sumas que habría correspondido cubrir al asegurador, en el caso de que no contrate el seguro, sin perjuicio de las sanciones que correspondan conforme al artículo 505 y ss del CT.

Este seguro se aplica con preferencia por sobre cualquier otro seguro de salud individual o colectivo que beneficien a los trabajadores.

CAPÍTULO XXVIII.
Instructivo de Contraloría dirigido a funcionarios, servidores a honorarios y trabajadores del sistema público. Dictamen 3.610 de 17 de marzo de 2020.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

1. Los órganos de la administración del Estado deben adoptar todas las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores:

¿Cómo?

- Evitando la exposición innecesaria a estos a un eventual contagio
- Siempre resguardando la continuidad del servicio público
- Siempre procurando el bienestar general de la población

2. Señala la Contraloría que el COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias de su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos, incluidas las municipalidades, con el objeto de resguardar a las personas.

3. ¿Qué facultades se otorgan a los jefes superiores, en lo que nos interesa:

- Permitir el cumplimiento de trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares, siempre que ello sea posible
- Establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico de las jefaturas directas
- RESPECTO DE AQUELLOS QUE DEBEN PERMANECER REALIZANDO LABORES MÍNIMAS DE EMERGENCIA: como sucede con la atención de salud, la ayuda humanitaria, el control del orden público, la seguridad exterior, entre otras:
- Establecer horarios de ingreso y salida diferidos, con el objeto de evitar aglomeración de personas en el uso de transporte público
- DEBE DICTARSE ACTO ADMINISTRATIVO FUNDADO, en que se explicite la modalidad que se adopte, indicando las unidades o grupos de servidores que prestan servicios críticos que deberían continuar desarrollando sus funciones de manera presencial, y que modalidades podrán emplearse para el resto del personal

4. RESPECTO A LOS TRABAJOS EXTRAORDINARIOS Señala el Dictamen que, respecto de aquellos funcionarios que realizan trabajo a distancia, no resulta admisible el pago de horas extraordinarias o compensación. Nada señala respecto de aquellos que servirán presencialmente en sus servicios, razón por la cual, deberá aplicarse la ley vigente y procede el pago de las horas extraordinarias o las compensaciones.

5. RESPECTO A FERIADO LEGAL O PERMISOS

- Por causa de la pandemia, no corresponde que se exija a los funcionarios o servidores a honorarios, solicitar os feriados o permisos a que tengan derecho para justificar su inasistencia al lugar de trabajo.
- El contexto de caso fortuito o permite obligar al servidor a hacer uso de aquellos derechos

CAPÍTULO XXVIII.
Instructivo de Contraloría dirigido a funcionarios, servidores a honorarios y trabajadores del sistema público. Dictamen 3.610 de 17 de marzo de 2020.
Por Gabriel Nieto Muñoz, abogado jefe UDELAM

que están concebidos para que su ejercicio opere sólo a requerimiento del interesado.

- Todo, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento jurídico—o el convenio a honorarios, según sea el caso—contemple para la autoridad respectiva una vez que el funcionario ha solicitado hacer uso de esos beneficios.

6. LICENCIAS MÉDICAS Y FERIADO LEGAL (MUY IMPORTANTE)

- Las licencias extendidas a causa del COVID-19, cuando el servidor se encuentra haciendo uso de sus vacaciones: resulta útil destacar que la Contraloría ha señalado, como regla general, que el feriado corre ininterrumpidamente una vez que se ha concedido, no pudiendo superponerse durante su transcurso una licencia médica CON EXCEPCIÓN DE CASOS DEBIDAMENTE CALIFICADOS Y REFERIDOS A ENFERMEDADES GRAVES, condiciones que corresponde a la respectiva jefatura verificar.

- De acuerdo con el criterio sustentado en el Dictamen N°2.803, de 2020, de la Contraloría, la autoridad puede disponer la suspensión del feriado en casos calificados como la enfermedad producida por el virus COVID-19, considerando QUE EL DESCANSO DISPUESTO PARA LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD RESULTA INCOMPATIBLE CON LA FINALIDAD DE LAS VACACIONES. 7. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y HONORARIOS Respecto a este punto, la Contraloría señala que, NO RESULTA LÍCITO LIMITAR A UN PERIODO DE TIEMPO EL USO DE LICENCIAS MÉDICAS NI EL DERECHO A GOZAR DE LOS SUBSIDIOS PERTINENTES DEL PERSONAL A HONORARIOS. 8. LICENCIAS MÉDICAS DE SERVIDORES A HONORARIOS Las ausencias producidas producto del contagio COVID-19 y que se encuentren cubiertas con la pertinente licencia médica, dan derecho a los servidores a honorarios a justificar su inasistencia y percibir el respectivo subsidio, durante todo el tiempo en que se extienda el descanso prescrito por el facultativo.

CAPÍTULO XXIX.

COVID-19 como enfermedad laboral y el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales establecidos en la ley 16.744.

Por Jaime Venegas Alarcón, abogado UDELAM

Luego que la Superintendencia de Seguridad Social (desde ahora SUSESO) determinara a través del Dictamen 1482-2020 del 27 de abril que para los trabajadores que se desempeñen en establecimientos de salud, la enfermedad COVID-19 debe ser calificada como de origen laboral, los médicos y médicas cuentan con una serie de prestaciones gratuitas que deben conocer, accediendo al Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales establecidos en la Ley 16.744.

Originalmente la SUSESO establecía hacer una evaluación para reconocer si el origen de la enfermedad era o no por razones laborales. Eso implicaba hacer una evaluación del puesto de trabajo, lo cual dificultaba el proceso y enlentecía el sistema.

El actual contexto sanitario requiere aislar a los sospechosos. Dado que el oficio estableció que el empleador debe hacer la denuncia del contagio, el trámite se vuelve más expedito y permite proteger a la población.

1) ¿A quiénes beneficia?

A todos los trabajadores que se desempeñen en establecimientos de salud, que sean diagnosticados con COVID-19 o determinados como contactos estrechos.

2) ¿Qué prestaciones gratuitas puedo recibir gracias al Seguro?

Prestaciones Médicas y Prestaciones Económicas

A. Gastos Médicos: el seguro comprende el pago de todos los gastos médicos, hasta por 52 semanas de licencia, las que son prorrogables por 52 semanas más.

B. Indemnizaciones: en caso de invalidez parcial: el trabajador tendrá derecho a una indemnización global que no excederá de 15 veces el sueldo base y que se determinará en función de la relación entre dicho monto y el valor asignado a la incapacidad respectiva, en la forma y condiciones previstas en el reglamento.

En caso de invalidez total: Tendrá derecho a una pensión mensual, equivalente al 70% de su sueldo base.

En caso de gran invalidez: En caso de gran invalidez, se tendrá derecho a un suplemento de pensión, mientras permanezca en tal estado, equivalente a un 30% de su sueldo base. (Gran inválido es aquel trabajador que requiere del auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida).

Beneficio por hijo o hija Montos se aumentan en un 5% por cada uno de los hijos o hijas que le causen asignación familiar al pensionado, en exceso sobre dos.

En caso de fallecimiento: El cónyuge, sus hijos, la madre de sus hijos, los ascendientes

o descendientes que le causaban asignación familiar, tendrán derecho a pensiones de supervivencia. La cónyuge superviviente mayor de 45 años o inválida de cualquier edad, tendrá derecho a una pensión vitalicia equivalente al 50% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidad totalmente. Igual pensión corresponde a la viuda menor de 45 años de edad por el periodo de un año, prorrogable por todo el tiempo durante el cual mantenga a su cuidado hijos legítimos que le causen asignación familiar.

Si al término del plazo o de su prórroga hubiere cumplido 45 años, la pensión se transformará en vitalicia.

Cesará su derecho si contrajere nuevas nupcias. La madre de los hijos del causante, soltero o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá también derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima.

Los hijos menores de 24 años que sigan estudios regulares, o inválidos de cualquier edad, tendrán derecho a percibir una pensión. A falta de los anteriores, tendrán derecho a la pensión los demás ascendientes y descendientes del causante que le causaban asignación hasta cumplir 18 años de edad, para el caso de los descendientes.

3) ¿Cuáles son las ventajas de acceder a este seguro, versus hacer uso de régimen general (Fonasa o Isapre)?

A. Protege a todos los trabajadores por igual El Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales protege tanto a quienes se desempeñan en forma dependiente (con contrato de trabajo) o de manera independiente (honorarios o por cuenta propia). Ello porque todo trabajador está protegido por la ley. La ley N° 16.744 establece una obligatoriedad de financiamiento, delegando la administración del seguro a entidades de derecho público o privado, sin fines de lucro, como el Instituto de Seguridad Laboral (ISL), las Mutualidades de Empleadores y las Empresas con administración delegada. Es importante mencionar que el oficio no hace distinción ni por especialidad ni por función que desarrolle la persona en la institución de salud.

B. Amplia cobertura de prestaciones médicas gratuitas Entrega a la víctima de la enfermedad profesional derecho a las prestaciones médicas de las Ley N° 16.744, de manera gratuita, hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas de las secuelas causadas (artículo 29 Ley N° 16.744). Tales prestaciones incluyen atención médica, quirúrgica y dental; hospitalización; medicamentos; prótesis y aparatos ortopédicos y su reparación; rehabilitación física y reeducación profesional, y gastos de traslado, cuando así fuere necesario.

C. Indemnizaciones incluyen a la familia Todas las coberturas de salud, pensiones y/o el fallecimiento habrá concurrencia de recursos por orfandad, viudez, para proteger a los integrantes de la familia ante la pérdida del proveedor de la familia. Desde ese punto de vista, en el actual contexto sanitario y la poca certeza de la evolución de la enfermedad para el paciente, el Seguro entrega una protección muy significativa.

D. Amplio subsidio por duración de Licencia Médica. Las Isapres y Fonasa pueden rechazar y/o rebajar las licencias médicas. En cambio, la víctima de la enfermedad profesional tiene derecho al pago de un subsidio hasta de 52 semanas, el cual puede prorrogarse por igual período (hasta 104 semanas), para un mejor tratamiento o para atender su rehabilitación. Si transcurrido este tiempo no se logra la curación y/o la rehabilitación del paciente, debe presumirse que presenta un estado de invalidez

4) Cambio entre un régimen y otro Se puede producir la suspensión del pago del subsidio del seguro laboral si la persona deja de seguir el tratamiento o impide deliberadamente su curación. Así también, los organismos administradores podrán suspender el pago de las pensiones a quienes se nieguen a someterse a los exámenes, controles o prescripciones que les sean ordenados, o que rehúsen, sin causa justificada, a someterse a los procesos necesarios para su rehabilitación física y reeducación profesional que les sean indicados.

Existe la figura de la automarginación que consiste en optar por atenderse en el régimen general, en vez de utilizar las prestaciones del seguro laboral.

En este caso, la SUSESO cubre el subsidio por incapacidad laboral (pago de licencia médica) y las prestaciones médicas se pagan según el plan de salud que tenga contratado el afiliado.

5) ¿A quién corresponde el pago de mi Licencia Médica por COVID-19? El pago de la Licencia Médica es responsabilidad de la entidad administradora que corresponda. En estos casos, se ha determinado que, si el profesional opta por atenderse en las entidades privadas de su plan común, será la ISAPRE la que cubra gastos médicos, sin embargo, el correspondientes subsidio será enterado por la mutualidad correspondiente.

6) ¿Qué plazos debo tener en cuenta para notificar la enfermedad y para presentar una Licencia Médica?

En virtud de la situación excepcional que implica la actual alerta sanitaria en el país, se entiende que pueden no cumplirse los plazos para presentar licencias médicas. Se recomienda hacerlo a través de una vía digital, y aplicar el mismo criterio para notificaciones de todo tipo.

De todas maneras, recordar que la denuncia de enfermedad profesional la puede hacer cualquier persona. No obstante, lo recomendable es comunicarse de inmediato con el área de recursos humanos del empleador o directamente con el/la prevencionista de riesgo, quien es el encargado de guiarlo para hacer la denuncia. Sobre el plazo para alegar existencia de la enfermedad, la ley establece que hay un plazo de 6 meses. En principio la denuncia se debe hacer a las 24 hrs. de ocurrido el accidente laboral. Como este es un caso de enfermedad profesional, debería regir el mismo plazo, pero ante la excepcionalidad que

CAPÍTULO XXIX.
COVID-19 como enfermedad laboral y el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales establecidos en la ley 16.744.
Por Jaime Venegas Alarcón, abogado UDELAM

estamos viviendo, lo importante, desde el punto de vista epidemiológico, es atenderse lo más rápido posible. Es fundamental que los plazos sean lo más rápido posible para evitar la cadena de contagios. 7) ¿Puedo elegir el prestador en el cual quiero atenderme por COVID-19? Se debe ir al establecimiento que corresponda según la entidad administradora. Para eso, consultar con el departamento de recursos humanos que corresponde.

El o la prevencionista de riesgos debe indicar cómo proceder. El indicará qué mutualidad es la que corresponde. En el caso de tratarse de un trabajador independiente (a honorarios) deberá acudir al Instituto de Seguridad Laboral. En caso de emergencia o situación grave que signifique riesgo vital o de secuelas permanentes, la persona se puede atender en el lugar más cercano. Una vez resuelta la emergencia, el paciente será trasladado donde corresponda. Como el Covid es una enfermedad laboral, será trasladado una vez que el médico tratante dé la autorización. Cuando la persona ingresa donde se establezca que su caso su enfermedad no es de origen laboral, los costos serán remitidos a su sistema de salud.

Manual del Dirigente

Segunda parte UDEGEN

CAPÍTULO I.

Protección a la maternidad, paternidad y familia. Definiciones y aplicación.

Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

La Protección a la maternidad, paternidad y vida familiar es un conjunto de normas y principios que establecen derechos irrenunciables para las trabajadoras y trabajadores, tendientes a proteger a los hijos e hijas y sus padres, en atención al interés superior del niño niña. Este deber, obliga al empleador a adoptar todas las medidas necesarias para proteger la maternidad, paternidad y la vida familiar conforme a las regulaciones vigentes en la materia.

Este conjunto de normas y principios es aplicable al sector privado de salud, administración pública, instituciones semifiscales, municipales, entre otras, y que dependan de cualquier empleador, acogidos a un sistema previsional. También se extiende su aplicación a los profesionales en formación con ciertos matices en atención a su transversalidad protectora.

En este contexto, es importante indicar, que el ámbito de aplicación de la "Protección a la Maternidad" es bastante amplio y se hace extensivo a todas las entidades y empresas de los sectores público y privado. De modo que es aplicable, aunque el trabajador y su empleador se encuentren unidos por una relación de naturaleza estatutaria, como ocurre entre los funcionarios municipales y la Municipalidad. Para poner término al nexo que las unía, la Municipalidad debe solicitar el desafuero ante un Tribunal del Trabajo .

La mayoría de las normas referidas a la protección de la maternidad están contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo. (Artículos 194 a 208).

También podemos complementar la normativa en materia de protección a la maternidad con Dictámenes de la Inspección del Trabajo, Dictámenes de Contraloría General de la República y Jurisprudencia.

Becarias Y Aplicación Extensiva De Derechos De Maternidad.

Importante es indicar, las discusiones sobre la aplicación extensiva de los derechos de maternidad a las denominadas becarias, que no gozan de la calidad de funcionarias públicas, ni de trabajadoras dependientes.

Debemos recordar que las becarias, son aquellas médicas cirujanas que están cursando un programa de especialización o perfeccionamiento en medicina, en cumplimiento de un programa de formación dictado por una Universidad, cuyo ejercicio práctico se ejerce en un establecimiento del sistema nacional de servicio de Salud o de las universidades.

Las denominadas becarias ingresan al sistema de financiamiento de especialidades a través de becas solventadas por el Ministerio de salud o un Servicio de salud o entidad empleadora, y para hacer efectivo este financiamiento, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto N°507, ya mencionado, suscriben un convenio de beca consistente en un instrumento escrito que suscribe con el ente financiador ya sea Ministerio de Salud o Servicio de salud según sea el caso, y que contiene una serie de derechos y obligaciones, entre los derechos se reconoce derechos de maternidad, como sala cuna, derecho a dar alimentos, licencias de maternidad, entre otros.

las becarias primarias, mientras cursan sus especialidades no tienen la calidad de trabajadoras o funcionarias públicas, ya que la beca no constituye cargo o empleo público, por lo cual no

CAPÍTULO I.
Protección a la maternidad, paternidad y familia. Definiciones y aplicación.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

son aplicables a los becarios las disposiciones del Estatuto Administrativo General, las de la ley 15.076; salvo el artículo 43 y las que expresamente se señalan en el Decreto Supremo N°507, ello en conformidad con el artículo 1ć de este último acto administrativo.

Sin embargo, las becarias se rigen por, Decreto con Fuerza de Ley 3501, artículo 3 ley 18.566, artículo 10, ley 18.675, Decreto 91 del año 2001, sólo artículo 43 de la Ley 15.076, y Decreto Supremo N°507, de 1990, del Ministerio de Salud, y están sujetas al sistema nacional de cotizaciones previsionales.

En materias de protección a la maternidad, paternidad y familia se ha señalado que a las becarias primarias tiene los derechos que expresamente se señalan en el Reglamento. Al respecto, señala el Reglamento que las becarias y becarios, cuando corresponda, gozarán de:

- Derecho al pago de sala cuna, siempre que las becas sean financiadas por el Ministerio de Salud o por los Servicios de Salud; y

- Derecho a descanso y licencia de maternidad. Al no existir referencia a otra normativa, conforme al principio de legalidad que rige eminentemente en Derecho Público, se ha sostenido que los becarios y becarias no tendrían más derechos que los ya señalados.

Lo anterior, en época de pandemia ha sido uno de los mayores problemas con los que se han enfrentado en su gran mayoría las becarias embarazadas, respecto de quienes se ha dudado la concesión de teletrabajo, y se ha excluido de ciertos beneficios.

Ello, no deja de ser discutible, desde que la protección a la maternidad, como un conjunto de derechos integrantes de la seguridad social -además de su reconocimiento expreso en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo-, ha sido recogida en tratados internacionales ratificados por Chile, como acontece con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por Chile, el que en su artículo 9 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, precisando el reconocimiento especial de protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, debiendo concederles a las que trabajen, licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En ese mismo sentido se adoptó el Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad ratificado por Chile.

De lo indicado se desprende que, en la actualidad, las becarias que coticen para los distintos regímenes de protección social tienen derecho a acceder a las coberturas que ellos otorgan y, por tanto, a invocar los beneficios que correspondan a la maternidad derivados de aquella cobertura, debido a lo cual, tales derechos no pueden ser restringidos, como actualmente lo hace el Reglamento de Becarios.

Tal presupuesto no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad y restringirla solamente a lo indicado en el Decreto N°507 ya referido.

Bajo ese entendido, deben ser extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las becarias.

CAPÍTULO II.
Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

Los derechos de protección a la maternidad y su regulación, como se indico es amplia y detallada, en esta oportunidad revisaremos siguientes, y sus modificaciones en pandemia;

a. Fuero laboral.

b. Descansos de Maternidad.

c. Derecho para alimentar al hijo(a) menor de dos años.

d. Derecho a sala cuna- bono compensatorio de sala cuna

e. Prohibición de realizar trabajos perjudiciales para la mujer en estado de embarazo- teletrabajo.

f. Permisos especiales.

1) **Fuero laboral**

El fuero laboral la protección especial que contempla la ley respecto de la mujer embarazada, consistente en la imposibilidad del empleador de poner término a su contrato de trabajo sin que exista autorización judicial previa. También tienen fuero quienes obtengan el cuidado personal de un menor.

Respecto a la duración del fuero, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del Código del Trabajo, el fuero maternal de que goza una trabajadora embarazada se extiende desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis.

En otras palabras, por regla general y salvo que exista una licencia de descanso post natal suplementario, el fuero se prolongaría hasta cuando el hijo cumpla un año y 84 días de edad.

El empleador no puede poner término al contrato de trabajo de la trabajadora con fuero, si no es con autorización previa de un juez competente, quien solo puede concederla bajo las siguientes causales de despido:

- Vencimiento del plazo del contrato.
- Conclusión del trabajo o servicio contratado.
- Cualquiera de las causales legales que habilitan al despido sin indemnización por conducta indebida de carácter grave del trabajador, del artículo 160 del Código del Trabajo.

Por su parte, la trabajadora puede, voluntariamente y con pleno conocimiento de sus derechos, renunciar al contrato de trabajo y con ello a su fuero.

Si el empleador pone término al contrato de trabajo sin saber del estado de embarazo –o del cuidado personal o tuición de un menor-, el despido queda sin efecto y la trabajadora debe volver a su trabajo, es decir, debe ser reincorporada en sus funciones y además tiene derecho a que se le pague la remuneración por el tiempo en que no trabajó a causa de su despido.

CAPÍTULO II.
Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

Para ello basta con la sola presentación del certificado médico o de matrona corroborando el embarazo, o una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor.

La mujer tiene un plazo de sesenta días hábiles desde el despido para comunicar que estaba embarazada al momento de terminar el contrato de trabajo o de la resolución que otorga el cuidado personal o tuición del menor.

En consecuencia, su empleador solo puede poner término a las labores de una mujer con fuero por causal legal, por vencimiento del plazo del contrato, conclusión del trabajo o servicio contratado o por conducta indebida de carácter grave debidamente acreditada del(la) trabajador(a). El fuero sólo protege la permanencia en el organismo; no así eventuales cambios de distribución de jornada.

Fuero en pandemia. Licencias de post natal de emergencia y extensión del post natal de emergencia.

Durante la pandemia, han habido ciertas extensiones y modificaciones del fuero a propósito de las licencias de post natal de emergencia y extensión del post natal de emergencia y la declaración de estado de excepción constitucional.

Al respecto, primero indicar que la Ley N°21.247, que dispuso una licencia médica preventiva parental o licencia médica de post natal de emergencia, permitió que las madres y padres, si fuese el caso, pudiesen optar hasta 90 días de licencia médica a continuación del término de sus licencias de postnatal parental. Adicionalmente, esta norma estableció que los y las trabajadoras que hagan uso de esa licencia tendrán derecho a una extensión del fuero a que se refiere el artículo 201 del Código del Trabajo, la que será equivalente al período efectivamente utilizado de la licencia médica preventiva parental, y regirá inmediatamente una vez terminado el período de fuero antes referido.

En consecuencia, por regla general mi fuero dura un año y 84 días, y sí utilice los 90 días de la licencia del post natal de emergencia, debo adicionar 3 meses de fuero a mi año y 84 días.

Cabe agregar que posteriormente se publicó la Ley N°21.260 que modificó el Código del Trabajo para posibilitar el trabajo a distancia, el que estableció que las trabajadoras que se encuentren con fuero maternal, cuyo término ocurra durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por Decreto Supremo N°104 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o en el tiempo que este fuere prorrogado, tendrán derecho a una extensión de dicho fuero hasta el término del mencionado estado de excepción constitucional.

Esta disposición es aplicable a las funcionarias públicas debido al dictamen N°E72367 de 2021, de Contraloría General de la Republica.

Esta última disposición es importante ya que si bien el estado en el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por DS N°104 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, está actualmente vigente hasta septiembre de 2021, si este se extiende, también se irá extendiendo mi fuero con dicha extensión.

CAPÍTULO II.
Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

Por último, la regulación de la extensión del post natal de emergencia, nueva ley publicada el 14 de junio de 2021, que está destinada a las trabajadoras dependientes, independientes y funcionarias públicas que estén en pleno proceso de crianza de sus hijos e hijas como también a padres que estén al cuidado de sus hijos e hijas menores de 2 años, también trajo regulaciones en materia de fuero.

La extensión del post natal de emergencia tiene una duración hasta 90 días, de los cuales se pueden tomar 30, 60 o los 90 días. Los y las trabajadoras que hagan uso de la extensión del post natal de emergencia, tendrán una extensión de sus fueros el que será equivalente al período efectivamente utilizado de suspensión o permiso, y regirá inmediatamente una vez terminado el período de fuero extendido por la licencia médica preventiva parental o licencia de post anal de emergencia.

En consecuencia, tengo fuero inicial: un año y 84 días + 90 días de post natal de emergencia + 90 días de extensión de post natal de emergencia, si utilizo todos estos derechos regulados durante época de pandemia.

2) **Licencias médicas o Descansos de maternidad.**

a) *Descanso Prenatal o licencia prenatal*: Descanso de seis semanas o 42 días anteriores a la fecha probable del parto. Si el parto se produce después de la fecha indicado, se prorroga el prenatal hasta que éste se produzca.

Para determinar el día en que se inicia el período de prenatal, se considera la fecha estimada del parto, según lo señalado por el certificado médico o de matrona. Este derecho es irrenunciable, es decir, queda prohibido el trabajo de la mujer que se encuentre gozando de este descanso.

En el caso de que el nacimiento se adelante, termina el prenatal e inicia de inmediato el postnatal.

a.1. licencias de Prenatal Prorrogado: En el caso de que la fecha probable de parto se atrase, el prenatal se prorroga hasta que éste ocurra.

a.2. Licencias de prenatal suplementario: se otorga en el evento de alguna enfermedad durante el embarazo

b) Descanso Postnatal o licencia post natal: Descanso de 12 semanas u 84 días con posterioridad al parto.

Al igual que el descanso prenatal, es un derecho irrenunciable, por lo que la trabajadora no puede desempeñar labores durante este periodo.

Existen circunstancias, en que este descanso postnatal se incrementa, como son los siguientes casos:

- El post natal se extiende en el caso de que la trabajadora, sufra una enfermedad comprobada a través del respectivo certificado médico, que sea consecuencia

directa del alumbramiento, que le impida regresar al trabajo por un plazo superior al descanso postnatal.

- En el caso del nacimiento de un niño prematuro. Para estos efectos, se entiende que el(la) menor sería prematuro, cuando el parto se produce antes de iniciada la semana número 33 de gestación, o si el niño al nacer pesa menos de 1.500 gramos. En este caso, el descanso es de 18 semanas.
- Partos múltiples. En este caso, el postnatal se aumenta en 7 días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.
- Si un parto prematuro es a la vez múltiple, la alternativa que se preferirá en cuanto a días de descanso será la que beneficie a la trabajadora.
- En el caso de ocurra la pérdida del hijo(a) recién nacido, o habiendo nacido muerto(a), de todas formas, se tiene derecho al postnatal, ya que este derecho surge con el parto.

Cabe agregar que el post natal tiene dos objetivos; por un lado, cuidar a la madre y al menor, existiendo al menos uno de ellos, igual se podrá ejercer o traspasar. Ello implica, si la madre, muere en el parto, el padre o quien tenga el cuidado personal del hijo podrá hacer uso del descanso post natal.

También procede el uso del descanso post natal si se trata de un trabajador/a que tiene a su cargo el cuidado de un menor de edad inferior a un año y respecto el cual se le haya otorgado la tuición o cuidado personal, como medida de protección, o se trate del proceso de adopción.

En este sentido, cabe indicar que también procede el descanso postnatal por el sólo hecho de la ocurrencia del parto y, con la prescindencia de la circunstancia de que la madre trabajadora sufra la pérdida del hijo recién nacido o que éste nazca muerto.

En la misma línea, la madre trabajadora que entrega en adopción a su hijo tiene derecho a gozar del permiso y subsidio post-natal que consagran los artículos 195 y 198 del Código del Trabajo. Por su parte, la trabajadora que habiendo manifestado judicialmente su voluntad de adoptar al menor lo tuviere bajo su cuidado por habérsele otorgado su tuición o cuidado personal como medida de protección por resolución del respectivo Tribunal, tiene derecho a gozar de permiso y subsidio por un lapso de 12 semanas, siempre que la edad de dicho menor sea inferior a seis meses.

b.1. **licencias de post natal suplementario**: este procede si se produce una enfermedad de la madre, como consecuencia del parto.

c) *Postnatal parental:* Descanso adicional al postnatal, que pueden ser 12 semanas adicionales, o 18 semanas en que se reincorpora a medio tiempo.

La licencia de post natal parental o descanso post natal parental es posterior al período de reposo postnatal y tiene una extensión de 12 semanas a tiempo completo o de 18

semanas, en caso de que se reincorpore con media jornada laboral. Este permiso puede ser traspasado, a decisión de la madre, al padre, por un máximo de 6 semanas, quien lo ejercerá en las mismas condiciones que lo hacía la madre. Para ello, la trabajadora deberá avisar a su empleador con a lo menos 30 días de anticipación al término del postnatal, en qué modalidad ejercerá este beneficio.

En caso de que no de aviso con 30 días anticipación de la modalidad de post natal parental del que haré uso, se activara automáticamente el post natal jornada completa. En caso de que eligiera el post natal media jornada, no puedo con posterioridad solicitar volver a la jornada completa. Si la madre opta por el post natal media jornada, y decide hacer traspaso del post natal parental, la modalidad de la que disfrutará el padre será la misma que escogió la madre para hacer uso de las primeras semanas del post natal.

El empleador podrá negarse a la reincorporación en media jornada, comunicando de ello por carta certificada a la trabajadora con a lo menos tres días de anticipación al término del postnatal, y solo por motivos fundados. Es decir, solo podrá negarse, cuando por la naturaleza de las labores y las condiciones en que se desempeña, solo pueda realizarse en la jornada de trabajo que tenía pactada. De todas formas, la trabajadora podrá reclamar dentro de los tres días hábiles siguientes a que tome conocimiento de esta comunicación.

La novedad en este permiso reside en que, a contar de la séptima semana de este permiso, a elección de la madre, podrá optar por mantener ella el permiso postnatal parental, o transferirlo total o parcialmente al padre, si es que este también fuere trabajador. Si transfiere parcialmente este permiso, las semanas del padre deberán ubicarse al final del permiso (por ejemplo, cede tres semanas al padre, serán las tres últimas semanas de las 12 del postnatal parental).

En este sentido, y para el caso y modalidad que como trabajadora dedica escoger, debo tener en consideración, primero que es la madre la que decide, si quiere traspasar parte del permiso posnatal parental al padre del hijo, el que sólo puede traspasarse a partir de la séptima semana de este permiso y este permiso se ubicará en el período final. Esto es, el permiso posnatal parental en sus primeras seis semanas será ejercido por la madre y en las otras seis semanas restantes, podrá ser ejercido en parte o por todas esas semanas por el padre, a elección de la madre, si optan por la modalidad de post natal parental jornada completa.

Este traspaso del postnatal parental deberá ser notificado a los empleadores de ambos trabajadores, por parta certificada, con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha en que hará uso de este beneficio, con copia a la Inspección del Trabajo.

En caso de que el padre haga uso de parte del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador y al empleador de la madre mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo que corresponda, de acuerdo al lugar en que cumple labores.

A su vez, el empleador del padre deberá avisar a las entidades pagadoras del subsidio, tanto del padre como de la madre, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice, remitiéndoles copia de dicho aviso.

El aviso señalado, deberá contener, al menos, las siguientes menciones:

a. La manifestación de voluntad de la madre, con su firma, en el sentido de traspasar al padre el permiso postnatal parental, indicando el número de semanas que se traspasan y el período a que ellas corresponden.

b. La manifestación de voluntad del padre, a través de su firma, en el sentido que hará uso del referido permiso y la modalidad de éste.

c. La identificación tanto de la madre como del padre, a través de sus nombres completos y números de Cédulas de Identidad.

d. Nombre y RUT del empleador del padre

e. Nombre de la entidad pagadora de subsidio de la madre

f. Número de folio de la licencia postnatal de la madre

Además, se deberá adjuntar al Aviso fotocopia de la Cédula de Identidad de la madre y del padre.

d) *Post natal de emergencia*: es una licencia médica que consiste en la extensión del post natal a través de una licencia preventiva por 30 días prorrogables hasta en 2 oportunidades, hasta cumplir un máximo de 90 días, mientras se mantenga el estado de excepción constitucional por calamidad pública.

La LMPP, o post natal de emergencia, se dictó con la finalidad de resguardar la seguridad sanitaria y la salud de los niños y niñas, evitando que su padre o madre se exponga a contagios, justificando su ausencia laboral por un plazo de hasta 90 días o hasta que finalice el estado de excepción.

Son beneficiarias todas aquellas trabajadoras del sector público o privado, dependiente o independiente, que hayan concluido su permiso postnatal parental desde el 18 de marzo de 2020 y hasta la vigencia del estado de excepción constitucional, actualmente vigente hasta el 30 de septiembre de 2021.

Como se indicó, esta licencia médica tiene asociada una extensión del fuero a que se refiere el artículo 201 del Código del Trabajo, la que será equivalente al período efectivamente utilizado de la licencia médica preventiva parental, y regirá inmediatamente una vez terminado el período de fuero antes referido.

Si ambos padres hicieron uso del permiso postnatal parental, cualquiera de ellos (a elección de la madre) podrá gozar de la Licencia Médica Preventiva Parental, la que se extiende solo por jornada completa (reposo total).

En consecuencia, tanto la madre como el padre tiene derecho a las licencias licencia del post natal de emergencia, siempre que al padre se le haya traspasado el post natal parental o parte de este de la forma antes referido. Es importante indicar que, si se decide que el padre haga uso de la licencia del post natal de emergencia, estamos ante una decisión irrevocable, y la madre no podrá usar las siguientes LMPP siguientes.

La solicitud de la licencia médica preventiva parental o post natal de emergencia debo hacerla en Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO). Si al ingresar a la página de SUCESO, y si no aparece como como beneficiario o beneficiaria es porque la entidad pagadora del subsidio maternal (ISAPRE-COMPIN) no informó que usted hizo uso de su permiso postnatal parental, por lo que debe reclamar en la misma página de la SUCESO, de esta situación.

Es obligación del trabajador o de la trabajadora enviar a su empleador o empleadora el comprobante de emisión de la Licencia Médica Preventiva Parental que recibirá en su correo electrónico, para justificar su ausencia laboral durante este período.

Si se acaba el estado de excepción constitucional se suspenderá la emisión de Licencias Médicas Preventiva Parental y el pago del Subsidio por Incapacidad Laboral (SIL), hasta la fecha se encuentra extendido el plazo para gozar de estas licencias hasta el 30 de septiembre de 2021.

A las trabajadoras y trabajadores afiliados/ das a DIPRECA, CAPREDENA o alguna rama de las Fuerzas Armadas, deben solicitar su licencia a su médico tratante y tramitarla a través de su régimen previsional.

e) *Extensión Post Natal De Emergencia*: La extensión del post natal de emergencia es un subsidio que entrega el Estado mediante la Ley de Crianza Protegida, a las mujeres que han tenido hijos durante la pandemia, y que, habiendo cumplido el plazo legal de la licencia médica de post natal de emergencia o LMPP, podrán postergar su retorno al trabajo hasta por 90 días.

La extensión del post natal de emergencia, NO ES UNA LICENCIA MÉDICA, como su antecesora la LMPP o licencia de post natal de emergencia, sino que es un subsidio que está destinada a las trabajadoras dependientes, independientes y funcionarias públicas que estén en pleno proceso de crianza de sus hijos e hijas como también a padres que estén al cuidado de sus hijos e hijas menores de 2 años o cuidadores de niñas o niñas en edad pre escolar que hayan hecho uso de a lo menos una licencia del post natal de emergencia.

Esta ley se pública en el diario oficial recién el 14 de junio de 2021, y se podrá hacer uso de la misma hasta el 30 de septiembre de 2021, fecha en que termina el estado de excepción constitucional.

Lo primero que debemos distinguir es que esta nueva ley establece una extensión de post natal de emergencia, toma la forma de permiso sin goce de sueldo para doctoras funcionarias públicas, de bono para doctoras trabajadoras independientes (honorarios u otros independientes) y de suspensión de contrato para doctoras trabajadoras dependientes con contrato de trabajo. Esta nueva ley NO es una licencia médica como en el caso de la

anterior ley 21.247 que regula las licencias de post natal de emergencia o licencia médica preventiva parental.

El cálculo del beneficio se realizará considerando la LMPP o licencia de post natal de emergencia y no en base a la remuneración del trabajador o trabajadora. Esto es especialmente importante para el caso de las funcionarias públicas quienes cuando hicieron uso de sus licencias de post natal d emergencia recibían la remuneración integra incluso por sobre el tope legal, en estado caso no será así.

El derecho establece como requisito que hayamos alcanzado a hacer uso de una o más licencias del post natal de emergencia o Licencia Médica Preventiva Parental (LMPP), y que no puedan volver a sus labores por motivos del cuidado.

¿Cómo funciona?

Doctoras y doctores dependientes del sector privado (contrato de trabajo): aquellas doctoras que hayan hecho uso de una o más licencias del post natal de emergencia o (licencia médica preventiva parental- LMP) podrá suspender sus contratos de trabajo por un lapso de hasta 3 meses.

En este periodo tendrán derecho a percibir por estos 3 meses una suma equivalente 100% de la licencia de post natal de emergencia, siempre que esta sea igual o inferior a un $1.000.000.- Si la suma que recibí por concepto de licencia de post natal de emergencia es igual o superior a $1.000.000.- entonces puedo optar por recibir $1.000.000.- liquido o recibir un 70% del monto que percibí por la licencia de post natal de emergencia. Debo optar por el monto que resulte mayor.

Este dinero se paga con cargo al fondo de cesantía solidario y no a la cuenta de AFC individual del trabajador o trabajadora.

Para hacer efectivo este derecho debo pedirlo en SUCESO.

Doctoras y doctores trabajadores independientes: durante un periodo de hasta 3 meses tendrán derecho derecho a solicitar un bono de cargo fiscal, por una suma equivalente al 100% de la licencia post natal de emergencia, siempre que el monto que recibí por dicha licencia sea igual o inferior a $1.000.000.- Si recibí por concepto de licencia de post natal de emergencia una suma igual o superior a $1.000.000.-liquido entonces pueden optar por recibir $1.000.000.- liquido o recibir un 70% del monto que percibe por la licencia de post natal de emergencia. Debo optar por el monto que resulte mayor.

Para hacer efectivo este derecho debo pedirlo en IPS.

Doctoras y doctores funcionarios públicos: durante un periodo de hasta 3 meses podrán solicitar al jefe superior del servicio, un permiso sin goce de sueldo, tiempo en el cual tendrán derecho a percibir un bono mensual con cargo a mi empleador publico equivalente al 100% de la licencia post natal de emergencia, siempre que el monto que recibí por dicha licencia sea igual o inferior a $1.000.000.-líquido, o recibir una suma equivalente al 70% del

monto que percibí por la licencia de post natal de emergencia. Debo optar por el monto que resulte mayor.

3) **Derecho Para Alimentar Al Hijo(A) Menor De Dos Años O Derecho A Lactancia Materna**.

El artículo 206 del Código del Trabajo, que regula el derecho a la lactancia materna, se hace aplicable a los funcionarios que se desempeñan en los servicios de la Administración del Estado en virtud de lo dispuesto en los artículos 89 de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, y el artículo 194 del Código del Trabajo.

En este sentido, el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, inserto en su título II "De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar" dispone: "quedan sujetos a estas disposiciones los servicios de la Administración Pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y de todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado" .

En consecuencia, las funcionarias de la administración del Estado gozan expresamente de los beneficios dispuestos en el artículo 206 del Código del trabajo que en materia de Lactancia dispone:

Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo;
- Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones;
- Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado. El derecho a "alimentar o a lactancia materna", no puede ser renunciado de forma alguna, y le será aplicable a toda trabajadora que tenga menores de dos años, aun cuando no goce de derecho a sala cuna, conforme el artículo 203 del Código del Trabajo.

Tratándose de empresas que estén obligadas a lo preceptuado en el artículo 203 (sala cuna), el periodo de tiempo a que se refiere el inciso primero se ampliará a necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos. En este caso el empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre. (…)

CAPÍTULO II.
Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

Respecto al desarrollo jurisprudencial del derecho a la lactancia del menor de dos años que ampara a las funcionarias de la administración del Estado:

Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

a) *En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo*:

En el caso de las funcionarias de la administración del estado, y en especial funcionarias de la salud en general, como es el caso de las doctoras que realizan funciones en los distintos centros de asistencia de salud de la red pública, y que gozan del derecho a dar alimentos a su hijos menores de dos años, deben cumplir sus funciones en distintas modalidades, ya sea a través de jornadas de trabajo diurnas o nocturnas, ordinarias y extraordinarias, sometidas a sistemas horarios de 11, 22, 33 o 44 horas semanales, al que se le pueden agregar o no, turnos, a través de horas extraordinarias de trabajo.

Al respecto, lo primero que debemos indicar, es que el estatuto administrativo, extiende la aplicación íntegra del Título II, sobre Protección a la maternidad, paternidad y Familia del código del Ttrabajo, entre dichos derechos el derecho a alimentar al hijo menor de dos años a todas las funcionarias públicas, sin embargo, no se hacen distinciones de jornada.

Sin embargo, en el caso de las doctoras y en general de las funcionarias de salud, es común encontrarnos con distintos tipos de jornadas, con prevalencia de turnos, que incluyen turnos diurnos y nocturnos, las que con facilidad pueden superar las 12 horas de trabajo diarias, y que en casos extremos como generales de zona o EDF, becarias u otras, superan ampliamente el máximo de horas laborales que tiene permitido trabajar un trabajador del Código del Trabajo, porque su estatuto especial de carácter público, así lo permite o no lo regula.

Un ejemplo de lo anterior es que en el caso de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, que rige supletoriamente a los profesionales funcionarios de la ley 15.076 y al personal regido por la ley 19.664, no contempla límites al máximo de horas extraordinarias que se pueden ordenar por la autoridad. Sin embargo, el artículo 9° de la ley n° 19.104, que reajusta remuneraciones de los trabajadores del sector público, establece que el máximo de horas extraordinarias diurnas cuyo pago podrá autorizarse, será de 40 horas por funcionario al mes, debiendo agregarse que el exceso de horas extraordinarias diurnas que se hayan efectuado sobre ese límite, que no pueden retribuirse con pago de remuneraciones, deberá ser compensado con descanso.

De esta forma, el límite referido por el artículo 9° de la ley N° 19.104, es al pago de las horas extraordinarias diurnas, lo que a contrario sensu, implica que esa restricción no alcanza a las horas extraordinarias nocturnas ni a aquellas que se dispongan en días sábado, domingo o festivos, como tampoco a las que el servicio retribuya con descanso.

Por tanto, en caso de funcionarias públicas, sobre todo doctoras, EDF en comisión de estudios, becarias primarias, etc., es normal que las profesionales sean sometidas a turno extensos de

trabajo que pueden superar las 24 horas continuas de trabajo, por necesidades del servicio, con orden a del Jefe Superior del Servicio o jefatura directa, a fin de satisfacer la necesidades de salud de la publicación.

Lo anterior es concordante con que no existe una prohibición para mandatar la realización de horas extraordinarias a las mujeres lactantes o con hijos menores de dos años.

Sobre la materia la jurisprudencia Judicial, se pronunció Contraloría General de la República, en el caso de médicas con jornadas de más de 24 horas en turnos indicando que en estos casos corresponde se otorgue una hora de lactancia por cada 8 horas de jornada realizadas por la servida pública.

La concesión de este derecho no implica una proporcionalidad del derecho a lactancia para las madres, ya que se mantiene en casos de jornadas inferiores, como las de 12 horas el que el servicio otorgue a lo menos una hora al día, correspondiendo en estos casos aún, una hora, lo que beneficia a las servidoras con jornadas inferiores como es el caso de las jornadas de 22 horas divididas en 3 días en que también corresponden a lo menos una hora al día.

Siguiendo con el análisis el artículo 206 letra b) y c), señalan como se puede ejercer el derecho a una hora al día para alimentar al hijo menor de dos años:

b) *Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones*:

c) *Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo*.

La funcionaria puede ejercer su derecho tomándose una hora durante la jornada, o dividir dicha hora en dos porciones de 30 minutos durante la jornada. A modo de ejemplo si la trabajadora tiene una jornada de 44 horas semanales de 8:00 a 17:00 horas, puede elegir ejercer la hora de lactancia durante la jornada de la mañana o durante la jornada de la tarde, y en caso de que decida dividirla en dos porciones de 30 minutos puede tomar 30 minutos de lactancia durante la mañana y 30 minutos de lactancia durante la tarde. En cualquiera de los dos casos el tiempo de lactancia debe ser integro, esto quiere decir que no se puede descontar el tiempo de traslado que ocupa la madre para llegar al lugar donde se encuentra el hijo menor de dos años.

En el mismo sentido, la letra c), del artículo 206 del Código del Trabajo, le da la posibilidad a la trabajadora de ejercer su hora de lactancia adelantando o retrasando en media hora, o en una hora, según sea el caso, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

La modalidad en que se ejerza el derecho a alimentación del menor de dos años debe ser un acuerdo entre la trabajadora y el empleador. Dicho acuerdo, en caso de las funcionarias publicas debe respetar dos elementos esenciales, el primero es que la lactancia es un derecho pensado en favor del menor de dos años y su protección, en atención a que se encuentra en sus primeros años de vida y su formación y lactancia influirá directamente en su desarrollo y, por otro lado, que la madre al ser una funcionaria del Estado, es una servidora del bien común de la sociedad.

Por tanto, la autoridad administrativa debe otorgar la modalidad de lactancia que más le acomode a la madre en favor del hijo, y sólo puede negarse a otorgar una determinada modalidad o forma de ejercer la lactancia dentro de la jornada por razones de buen servicio e impostergables. En este sentido, la regla general, es que la modalidad elegida por la madre para ejercer su derecho sea de mutuo acuerdo, en que en general el empleador cede ante la madre, y sólo excepcionalmente deniega alguna modalidad por razones de buen servicio e impostergables, que en todo caso deben expresarse por la autoridad administrativa a través de un acto administrativo fundado que señale de forma clara y precisa las razones de hecho y derecho en que se funda la negativa, y los antecedentes que la respaldan.

La decisión no puede ser antojadiza o discrecional, en todo caso la funcionaria siempre tendrá derecho a reclamar la decisión ante Contraloría General de la República, o judicializar mediante algún recurso.

Por último, cabe agregar que el derecho a lactancia materna es un derecho en favor del menor de dos años, en consecuencia, puede ser ejercido por el padre, caso en que deberá comunicarse al empleador y dejar constancia de la decisión ante la Inspección del Trabajo.

Del mismo derecho goza el padre o cualquier persona que tenga la tuición judicial o cuidado personal del menor. En dicha lógica el derecho a lactancia no sólo se traduce en el derecho de la madre a amantar, si no que comprende la entrega de cualquier sustancia que nutra al menor.

4) **Derecho a sala cuna- bono compensatorio de sala cuna.**

El derecho a sala cuna, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo, es un derecho irrenunciable, que tiene las trabajadoras cuyo empleador tiene 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil.

El derecho a sala cuna tiene como objetivo que la mujer pueda dejar a su hijo en un lugar mientras trabaja. Considerando lo anterior, este derecho debe cumplirse todos los días que la trabajadora deba asistir a su empleo.

El derecho a sala cuna o la obligación que tiene el empleador consistes en tener salas anexas donde las mujeres trabajadoras pueden dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras trabajan. Ahora bien, el empleador puede dar cumplimiento a la obligación antes señalada a través de tres alternativas:

- creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo: Este supuesto implica que el empleador mantenga de forma individual una sala cuna. En esta opción el empleador debe cumplir con todos los requisitos técnicos y legales de una sala cuna.
- construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica: este supuesto implica que el empleador mantenga de forma conjunta con otros emperadores una sal cuna.

- pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento que haya designado el empleador para que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

En todos estos casos la sala cuna deberá contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento oficial del Estado, ambos otorgados por el Ministerio de Educación. De esta forma, las normas previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo, establecen en forma categórica las modalidades específicas para dar cumplimiento a la obligación de proporcionar servicios de sala cuna, de manera que no resulta procedente otorgar el beneficio aludido en términos distintos a los señalados precedentemente.

Respecto de la ubicación de la sala cuna, la ley no especifica el radio de esta, pero lo primordial es que el fin de la sala cuna es que esta facilite el que la madre pueda trabajar y alguien pueda cuidar de su hijo. Por tanto, el empleador deberá considerar un lugar dentro de la misma región y ojalá dentro de la misma comuna.

Pago de la movilización: Si la sala cuna se encuentra fuera del lugar de trabajo y requiere movilización por ejemplo para que la madre vaya a dejar a su hijo o se ausente del trabajo para alimentarlo, entonces será el empleador quien deberá sumar a tu sueldo este gasto de pasajes.

Respecto al derecho a sala cuna y su aplicación a los funcionarios públicos, cabe indicar que Las normas de protección a la maternidad se han tomado como un cuerpo normativo integrante de los derechos funcionarios, siendo reconocida la aplicación del derecho a fuero, pre y post natal, derecho a alimentación y sala cuna entre otros, como parte integrante del bloque estatutario de derecho público. La aplicación y extensión de estos han sido objeto de amplio pronunciamiento por Contraloría General de la Republica, no quedando duda, que dichos derechos le asisten a la madre funcionaria.

Bono compensatorio de sala cuna

El Bono Compensatorio Sala Cuna es un beneficio excepcional que el empleador entrega a todas las madres que se encuentren trabajando y que no puedan llevar a sus hijos a este tipo de establecimientos debido a determinadas circunstancias.

La excepcionalidad era la regla general antes de la pandemia, sin embargo, desde marzo de 2020 hasta la fecha la situación ha mutado tanto para funcionarias públicas como trabajadoras del sector privado y, el otorgar un bono compensatorio de sala cuna se ha convertido en la regla general por el cierre masivo de salas cunas y jardines infantiles por pandemia covid-19. En consecuencia, ya que ambos criterios se encuentran vigentes, revisaremos los requisitos para pedir el bono compensatorio de sala cuna en periodo normal y en pandemia.

a) Bono compensatorio de sala cuna circunstancias generales.

a.1. Trabajadoras dependientes sector privado

Como se adelantó, en tiempo normales sin pandemia, el pago de una compensación de sala

cuna ante la imposibilidad del empleador de otorgar el derecho por distintas circunstancias era de carácter excepcional, ya que la Dirección del Trabajo entendía que pagar un bono compensatorio y, no otorgar la sala cuna propiamente tal, desvirtuaba este derecho de carácter irrenunciable y desincentivaba el uso de las salas cunas.

En dicho contexto se establecía como algunas de las circunstancias para solicitarlo, las siguientes:

1. Que en la localidad donde la madre desempaña sus labores, no haya ningún establecimiento que cuente con la autorización de Junji.
2. Que la beneficiaria se desempeñe en faenas mineras en lugares apartados a la residencia de sus hijos.
3. Que la trabajadora preste servicios en horarios nocturnos.
4. Que el hijo o hija sufra de problemas médicos que le impiden asistir a una sala cuna. En este caso, el profesional de salud deberá acreditar en un informe la situación del niño.

Si se cumplía alguno de este supuesto el empleador junto a la trabajadora debe ingresar una solicitud de pago de bono compensatorio de sala cuna a la Dirección del Trabajo, la que previo análisis de los antecedentes aportados, evaluaba el caso y autorizaba el pago.

Estos requisitos siguen siendo importantes, en caso de que regresando a la normalidad abran las salas cunas, y aun así la trabajadora se vea imposibilitada de enviar a su hijo o hija a una sala cuna debe atenerse nuevamente a estos requisitos generales.

a.2. Funcionarias públicas

La posibilidad de solicitar el pago de un bono compensatorio de sala cuna, en condiciones normales, sin pandemia, toma relevancia con el regreso a la normalidad o en el caso de que las nuevas medidas sanitarias inicien la reapertura de las salas cunas.

En dicho contexto, las reglas generales en el sector público para pedir el pago de un bono compensatorio de sala cunas son ;

1. Por enfermedad grave del menor de dos años que imposibilita su asistencia a una sala cuna.

2. funcionarias que se desempeñan fuera del territorio nacional

3. funcionarias que se desempeñan en zonas aisladas, en los que no existen salas cunas autorizadas por JUNJI, o por el Ministerio de Educación, en las que tampoco existen salas cunas pertenecientes a otras entidades públicas con las cuales puedan celebrarse convenios de colaboración para obtener cupos en las salas cunas institucionales de esas reparticiones.

b) *Bono compensatorio de sala cuna en pandemia*

b.1.Trabajadoras dependientes sector privado

Durante el tiempo de pandemia, como se sabe, cerraron las salas cunas y jardines, por lo que los empleadores del sector privado se veían imposibilitados de cumplir con este derecho de carácter irrenunciable para las trabajadoras.

En dicho contexto, la Dirección del Trabajo re -dictamino, que La madre trabajadora que tuviese derecho a sala cuna en los términos del artículo 203 del Código del Trabajo, en el marco de la emergencia sanitaria por la pandemia covid-19, mantiene su derecho a que el empleador provea sala cuna y en caso de no ser posible se habilita a las partes para acordar el pago de un bono compensatorio de sala cuna, considerando el carácter de irrenunciable de dicho derecho, y atendiendo a la necesidad de resguardar la vida del menor.

b.2. Funcionarias públicas

Las funcionarias publicas gozan directa aplicación del Título II del Código del Trabajo sobre protección a la maternidad, paternidad y la vida familiar, que entre sus derechos se encuentra el derecho a sala cuna para mujeres que tengan hijos menores de dos años y cuyo empleador tenga 20 o más trabajadoras. Este derecho tiene carácter de irrenunciable, lo que implica que es un derecho que no desaparece o del cual se exima el empleador a pesar de la pandemia covid-19.

En época de pandemia, al igual que en el sector privado, Contraloría General de la república Re dictaminó los requisitos para el pago de un bono compensatorio de sala cuna.

En este sentido, atendido al cierre de las salas cunas por la pandemia covid-19, Contraloría General de la Republica, se pronunció al respecto en Dictamen N°9.913 de junio de 2020, indicando que; Las jefaturas pueden establecer criterios diferenciados a la hora de fijar la distribución de la carga laboral, tales como excluir a las funcionarias con hijos menores de dos años de aquellos turnos de trabajo presenciales, o priorizando para estas servidoras el desempeño de funciones en modalidad remota o de teletrabajo, así como flexibilizar los horarios de ingreso y de salida.

Respecto de aquellas funcionarias que por sus labores publicas sea necesario acudir presencialmente a trabajar durante la actual pandemia covid-19, como es común entre las doctoras, se autoriza el que se otorgue un monto en dinero para costera los cuidados de los niños menores de dos años que actualmente han visto suspendido el beneficio de sala cuna, en la medida que exista disponibilidad presupuestaria.

En este sentido, Contraloría se reconoce el pago de un bono compensatorio de sala cuna en caso de cierre de salas cuna y jardines infantiles para las servidoras públicas. Mismo derecho se reconoció a las funcionarias que se encuentren en teletrabajo, en la medida que la sala cuna se encuentre cerrada, no pudiendo otorgar el derecho y en la medida que exista disponibilidad presupuestaria.

Respecto al pago retroactivo del bono compensatorio de sala cuna, se pronuncia el propio Dictamen 6.318 del 02 de marzo de 2018: "El pago del beneficio se realizará a contar de la fecha en que se apruebe la resolución que lo concede, debiendo retrotraerse su pago a la data en que la funcionaria presentó la solicitud respectiva, lo que en todo caso, no podrá ser anterior a la fecha en que finaliza su permiso postnatal parental, en el evento que anterior a la fecha en que finaliza su permiso postnatal parental, en el evento que éste se haya ejercido en la modalidad de seis semanas".

5) **Prohibición de realizar trabajos perjudiciales para la mujer en estado de embarazo-teletrabajo en pandemia**.

Durante el periodo de embarazo se busca proteger la vida del hijo que esta por nacer y la seguridad de la madre. En dicho contexto encontramos el artículo 202 del Código del Trabajo que regula las actividades peligrosas para la madre.

Art. 202. Durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado. Para estos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que:

a) obligue a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;

b) exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;

c) se ejecute en horario nocturno;

d)se realice en horas extraordinarias de trabajo, y

e) la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez.

Esta normativa es plenamente aplicable a las funcionarias publicas porque está contenida en el Titulo Segundo, libro segundo, sobre "Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar", del Código del Trabajo, la que tiene una aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo artículos 89 de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, y el artículo 194 del Código del Trabajo, el que hace plenamente aplicable a las funcionarias públicas las regulaciones del Código del Trabajo.

Cabe indicar que este artículo, se modificó en junio de 2020 agregándose lo siguiente;

"Artículo 1.- Agregase en el artículo 202 del Código del Trabajo el siguiente inciso final: "Igualmente, si durante el período de embarazo la autoridad declarara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer a la trabajadora, durante el tiempo que dure el referido estado de excepción constitucional, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, de conformidad con el Capítulo IX del Título II del Libro I de este Código, sin reducción de remuneraciones, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permita y la trabajadora consienta en ello. Si la naturaleza de las funciones de la trabajadora

no es compatible con la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, el empleador, con acuerdo de ella y sin reducir sus remuneraciones, la destinará a labores que no requieran contacto con público o con terceros que no desempeñen funciones en el lugar de trabajo, siempre que ello sea posible y no importe menoscabo para la trabajadora."

En dicho contexto, el empleador tiene la obligación de ofrecer teletrabajo a las funcionarias públicas y, en caso de que la naturaleza de las funciones que la doctora realiza, no sean compatibles con la modalidad de teletrabajo, entonces su empleador, previo con el acuerdo de la servidora pública y, su consentimiento, y sin reducir sus remuneraciones, deberá destinarla a labores que no requieran contacto con público o con terceros que no desempeñen en el establecimiento de salud, siempre que dicha medida sea posible y que la misma medida, no importe menoscabo para la trabajadora.

Cabe indicar, que en esta época de pandemia hemos observado múltiples empleadores que insisten que en caso de las funcionarias que desempeñas labores en establecimiento de salud, al no ser sus labores compatibles con el teletrabajo, se les saca de las zonas covid-19, pero se les mantiene en atención de pacientes, lo que es de todo herrado, ya que los pacientes son terceros ajenos a la institución y, constituyen público.

Este tipo de respuestas cabe descartarlas de plano especialmente atendiendo que en todos los Establecimientos del Sistema Público de Salud, se ha implementado el teletrabajo, tanto para las embarazadas, así como para todo el personal que pertenece a la población de riesgo, implementando atenciones por medio de telemedicina, encomendando labores de apoyo telefónico a médicos distintas en especialidades, realizando labores administrativas, desarrollando labores de capacación para el personal de salud, entre muchas alternativasque se han dado, de acuerdo a las múltiples realidades que existen en nuestro país.

En la población de riesgo, se encuentra la población de mujeres embarazadas, al desconocerse inicialmente los efectos que podría tener el contagio de esta enfermedad, tanto en la mujer, como en la vida y salud del que está por nacer. Sin perjuicio de ello, ya desde el segundo semestre de 2020, la evidencia científica demostró que las mujeres gestantes contagiadas, tenían una tasa mayor de partos prematuro.

Desde inicios de este año, la evidencia científica ha demostrado que las mujeres en estado de embarazo tienen una mayor incidencia de desarrollar cuadros graves de Covid-19, teniendo mayores posibilidades de experimentar fallas respiratorias graves, requiriendo su internación en Unidades de Cuidados Intensivos, con requerimientos de ventilación mecánica invasiva.

6) **Permisos especiales**.

a) *Permiso Por Nacimiento De Un Hijo (Artículo 195 Del Código Del Trabajo)*

El padre tiene permiso para ausentarse de su trabajo por cinco días, los que son remunerados por el empleador como si hubiera trabajado. Este permiso opera también en el caso de adopción.

CAPÍTULO II.
Derecho y obligaciones de las normas de protección a la maternidad, paternidad y familia.
Por Rocío Toro Bravo, abogada jefa UDEGEN

El trabajador puede hacer valer este permiso desde el momento del parto, en forma continua o discontinua, pero debe tomarse los cinco días durante el primer mes. De no hacerlo, pierde los días que no se haya tomado.

Casos del permiso por nacimiento de un hijo en los cargos de 22 y 28 horas semanales.

Muchos problemas se producen con la concesión de este permiso en materia de funcionarios de salud sujetos a sistemas de jornadas especiales como son los médicos.

En dicho contexto suele haber confusión en como otorgar este derecho en caso de médicos que cumplen jornadas de 22 horas semanales, en caso de jornadas de 28 horas semanales. de la ley 15.076, y aún más confusión cuando un mismo médico tiene una jornada de 22/28 en el mismo establecimiento de salud.

Al respecto cabe indicar, que conforme jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República, en caso de jornadas parciales de 28 horas de servidores públicos el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días, en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable.

Tratándose de los funcionarios regidos por la Ley N° 15.076, respecto de los profesionales funcionarios que no cumplan su jornada semanal en la forma dispuesta en los incisos primero y segundo del artículo 12 de la Ley N° 15.076 -que dividen las jornadas de qué trata en horas de trabajo ordenadas de lunes a sábado-, o en que dicha jornada no esté distribuida de manera uniforme de lunes a viernes, se considerará que un día de permiso corresponde a la cantidad de horas que resulte de dividir por cinco la jornada semanal.

De conformidad al inciso segundo del artículo 25 de la Ley N° 15.076, el respectivo Servicio deberá proceder a dividir por cinco el número de horas de la jornada semanal contratada, correspondiendo la fracción así obtenida. a un día de trabajo para los efectos del permiso.

En consecuencia:

PRIMERO: para los cargos de 28 horas semanales primero debemos indicar que cuando la jornada semanal de profesional de ese hospital está concentrada en un solo día de la semana, debe entenderse que es con cargo a dicha distribución horaria que debe cumplirse el descanso paternal, porque precisamente en aquel día de labores se cumple la jornada semanal de trabajo y no en otros días respecto de los cuales el interesado no tiene la obligación de asistir.

SEGUNDO: en caso de jornadas de 28 horas semanales la autoridad del hospital adoptará un criterio de proporcionalidad, dividiendo la jornada de 28 horas que el interesado cumple una vez por semana en una rotativa de turnos considerándose cada fracción de 5,6 horas resultante de esta división, como equivalente a una jornada diaria de trabajo.

Esto porque cuanto al referir el Código del Trabajo que el permiso paternal equivale a 5 días, supone la autorización para ausentarse del lugar de trabajo durante 5 jornadas laborales diarias, lo que unido a la circunstancia de que conforme a la citada ley 18834, la jornada semanal se divide en cinco días (de lunes a viernes), permite concluir que si la jornada semanal ha sido concentrada en un sólo día, lo mismo ha sucedido con las jornadas diarias de trabajo.

Luego, es precisamente en aquel día de turno fijado para el cumplimiento de la jornada semanal, con cargo al cual debe hacerse efectivo el derecho al descanso paternal analizado, para lo cual es menester que el número de horas contratadas sea dividido por el número de días en que, conforme al art/65 del Estatuto Administrativo, se distribuye la jornada semanal de trabajo de los funcionarios públicos, vale decir, cinco.

Así, la fracción de tiempo resultante equivaldrá a un día de trabajo para los fines del permiso, fracción de tiempo que el funcionario podrá, a su arbitrio, elegir acumular en su integridad e imputarlas de una sola vez al turno más inmediato que le corresponda cumplir o distribuir dichas parcialidades, aplicándolas a cualquiera de los turnos en que cumpla su jornada semanal, siempre que estos turnos queden comprendidos dentro del mes siguiente al nacimiento del hijo causante del derecho.

Respecto a la jornada de 22 horas, Contraloría se ha pronunciado que también se trata de una jornada parcial y que el permiso paternal de 5 días debe ejercerse en días efectivos de trabajo, Por tanto, a modo de ejemplo si tengo una jornada parcial de 22 horas que cumplo en el caso consultado los días lunes, miércoles y jueves, y decido tomar el permiso con días corridos desde el nacimiento, y el hijo nació un día domingo, entonces mi descanso corresponderá a los días: lunes, miércoles, jueves, lunes y miércoles

Actualmente no existe un pronunciamiento oficial de Contraloría se pronuncien sobre el caso de 2 cargos uno de 22 horas semanales más otro de 28 ley 15.076 en conjunto.

En consecuencia, como Unidad de Defensa de Género hemos sostenido, que se debe otorgar los 5 días en proporción a cada uno de estos contratos, de tal manera que se me debe otorgar permiso por el cargo de 28 horas en razón de la división indicada previamente, lo que correspondería a un turno y, y además se debe otorgar permiso por mi contrata de 22 horas semanales, hasta completar 5 días hábiles de permiso.

Lo anterior debido a que Contraloría indica constantemente que este permiso se debe conceder debido a la regulación de una jornada completa de 44 horas del estatuto administrativo, el que se aplica supletoriamente a ambas normativas del 22/28.

Por su parte, se ha observado que en caso de médicos que tienes jornadas de 22 y 28 horas en establecimientos de salud distintos o dependientes de distintos servicios de salud, se otorgan 5 días debido a su contrata de 22 horas y un permiso equivalente a un turno completo de 28 horas aplicando por separado los dictámenes antes referidos.

b) *Permiso Pagado Para Los Trabajadores Que Contraigan Matrimonio (Artículo 207 Bis Del Código Del Trabajo)*

En este caso, el trabajador o la trabajadora tiene derecho a cinco días hábiles continuos, adicionales al feriado anual o vacaciones e independientemente del tiempo que lleve prestando servicios. Este permiso puede tomarse los días inmediatamente anteriores o posteriores al día del matrimonio. El empleador debe pagar tales días como si hubieran sido trabajados.

Los trabajadores que hagan uso de este permiso deben avisar a su empleador con treinta días de anticipación y presentar dentro de los treinta días siguientes a la celebración el respectivo certificado de matrimonio del Servicio de Registro Civil e Identificación.

c) *Permiso Por Muerte De Un Hijo, Cónyuge O Conviviente Civil*

Derecho a 7 días corridos de permiso pagado, a contar del día del fallecimiento. Es adicional al feriado anual, no se puede compensar en dinero, y es independientemente del tiempo de servicio.

d) *Permiso Por Muerte Del Hijo En Periodo De Gestación, Del Padre O La Madre Del(La) Trabajador(A)*:

Derecho a 3 días hábiles de permiso pagado, contados desde el día del fallecimiento. Es adicional al feriado anual, no se puede renunciar y compensar en dinero, ejerciéndose con independencia del tiempo de servicio. En el caso de la defunción fetal, este permiso se contabilizará desde que se acredite la muerte con el respectivo certificado de defunción fetal.

e) *Permiso Por Accidente Grave, O Enfermedad Grave, Aguda Y Con Riesgo De Muerte Del Menor De 18 Años*

Consiste en un permiso, otorgado al padre y a la madre de un menor de 18 años que requiera de su cuidado personal, por haber tenido accidente grave, o padecer enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte. Los padres pueden ejercer el permiso conjunta o separadamente.

Este beneficio consiste en la posibilidad de ausentarse del trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

Este permiso exige que el médico que tenga a su cargo la atención del niño o niña emita el respectivo certificado. Además, podrán hacer uso de este permiso la persona que tenga el cuidado personal del o la menor, otorgado por resolución judicial.

Como este beneficio es un permiso, el tiempo no trabajado deberá ser restituido, ya sea mediante imputación a su próximo feriado anual, extendiendo posteriormente su jornada, o a través de cualquier forma que convengan las partes. En el caso de los funcionarios, los días a recuperar se podrán imputar al feriado anual o a días administrativos. Si ello no es posible,

se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes.

f) *Permiso Por Tener Cónyuge, Conviviente Civil O Padres Desahuciados O En Estado Terminal*

Mediando certificado médico, el(la) trabajador(a) podrá ausentarse en los mismos términos que el permiso por accidente o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte del menor de 18 años.

Manual del Dirigente

Tercera parte UDEMEP

CAPÍTULO I.

Roles del médico y relaciones con terceros

Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

Dentro del ejercicio profesional médico, existe un número relevante de materias, cuya difusión y asesoría es fundamental. Así, el Colegio Médico tiene dentro de sus departamentos, numerosos y muy importantes Departamentos. Entre ellos, está el Departamento de Medicina Privada, que en los últimos años abordó, principalmente temas de Libre Competencia y, a través de la educación y orientación, evitó otros conflictos. Por otra parte, en la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile A.G., en adelante "Falmed", a lo largo de su vida incorpora dentro de sus servicios, asesorías complementarias a la defensa de la negligencia médica, siendo una de las más relevantes la Unidad de Defensa Laboral Médica (que UDELAM), la que ayuda a los médicos en sus problemáticas durante los periodos de formación como especialistas en tanto su relación laboral. Sin embargo, es necesario que se brinde educación, asesoría y defensa especializada, en ámbitos que quedan ajenos a los servicios antes descritos. En efecto, un médico que se dedica al ejercicio privado ya sea total o parcialmente, enfrenta a diario situaciones que están fuera de su ámbito habitual de conocimientos y requiere una asesoría jurídica especializada, según los distintos roles que tiene el médico en el ámbito privado.

Dentro del ejercicio profesional privado, los médicos cumplen una serie de roles y se relacionan de distinta forma con terceros:

Así, el médico como **prestador de servicios**, puede realizar la atención directamente a un paciente, o ser prestador de servicios en un prestador institucional privado, como clínicas o centros médicos. En ambas situaciones, el médico puede, además, tener o no convenio con una, alguna o todas las ISAPRE, siendo respecto de ellas **prestador individual** de servicios a sus afiliados. Por otro lado, puede ser que sea la clínica o un centro médico, el que tenga el convenio con la ISAPRE y no el médico, lo que implica que es la Clínica es el prestador institucional de la ISAPRE y en ese caso, el medico puede tener un contrato de honorarios con la clínica, o un contrato de trabajo o incluso ser arrendatario de un box de consultas, pagando o no un porcentaje a la clínica por la atención de alguno de sus pacientes y de forma paralela la misma clínica presta servicios de "administración" , tales como agenda,

recepción de pacientes y cobranza (a las isapres o pacientes), por lo cual es el médico quien paga un monto a la Clínica por esa gestión, configurándose allí un mandato de cobro entre el médico y la clínica. Como se ve, las modalidades son múltiples y no excluyentes.

Por otra parte, el mismo médico puede ser *socio*, ya sea al pertenecer a una asociación gremial, sociedad de profesionales y/o sociedad científica, en estos últimos casos, si se cumplen determinados requisitos, puede ser, o no, *competidor* de los otros miembros de la asociación gremial y ser considerado como un solo agente económico si se encuentra bajo el "paraguas" de una sociedad comercial. Dentro de ese mismo contexto, el médico puede tener la calidad de representante de dicha agrupación, lo que genera una responsabilidad adicional. No es lo mismo, por ejemplo, si un médico especialista envía un correo a una ISAPRE para acordar honorarios, que, si el mismo médico envía el mismo correo a la ISAPRE, pero usando como pie de firma la de su cargo en la Asociación Gremial a la que representa, pues en este último caso existen altas probabilidades de caer en un ilícito.

El médico, además es *contratante*, particularmente acreedor de las ISAPRE, de los prestadores institucionales y de los pacientes, por los servicios prestados. Aquí cobra importancia el establecer relaciones formales, que contengan los elementos esenciales de los distintos contratos, esto cobra importancia cuando existen incumplimientos, ya que en la medida que las partes cumplan sus obligaciones en tiempo y forma, no deberían existir mayores problemas, pero si hay mora en el pago de prestaciones, o simplemente el deudor cae en insolvencia, el médico se ve forzado a participar de un juicio, donde será demandante o acreedor, si se trata de la ley 20.720 y deberá contar con los medios de prueba que acrediten sus derechos. Si bien, cuando una empresa cae en insolvencia, es difícil obtener el pago de los créditos, es importante que se pueda educar a los médicos acerca de los procedimientos que contempla la ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento y de cómo el participar de esos procedimientos, ya que permite obtener el pago de todo o parte de sus acreencias y obtener, por el restante, certificados de incobrabilidad, que contablemente les permitirá no pagar impuestos por sumas que nunca percibieron.

Finalmente, el mismo médico, es *contribuyente de impuestos a la renta*, ya sea como persona natural profesional independiente de 2ć categoría y/o como contribuyente de 1ć categoría, en donde tributan, por lo general, las rentas del capital. Deberá cumplir siempre en tiempo y forma con todas las obligaciones tributarias, particularmente las de declarar y pagar impuestos.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

Analizado los distintos roles y relaciones que se entablan por los médicos y de la experiencia vivida en distintos casos, podemos enumerar los siguientes problemas:

1.- Falta de formalidad en relaciones contractuales. Incluye el no resguardo de documentos relevantes.

2.-Contratos de honorarios y/o arrendamiento de consultas con cláusulas abusivas.

3.-Falta de pago por prestaciones por parte de las isapres y clínicas, o demoras excesivas.

4.-Riesgos de incurrir en conductas anticompetitivas por desconocimiento de normativa legal o riesgo de sufrir abuso de posición dominante por parte de otras entidades.

5.- Asesorías deficiente en materias societarias y contractuales.

6.-Conflictos con clínicas por cambio unilateral de condiciones.

7.-Falta de pago de impuestos por entidades contratantes con médicos y/o errores en declaraciones de renta.

8.-Clínicas y/o isapre en insolvencia, con honorarios adeudados.

9.-Conflictos con proveedores de servicios informáticos a raíz de licencias médicas.

Habiendo planteado los distintos escenarios en los cuales el médico tiene un rol protagónico en su ejercicio privado, pasaremos a desarrollar algunas materias desde el punto de vista normativo:

a) Desde el punto de vista del Derecho Corporativo y Societario.

b) Relaciones contractuales del médico con terceros

c) Rol del médico en su calidad de contribuyente de impuesto a la renta.

d) El médico como competidor a la luz de las normas sobre Libre Competencia.

a) Desde El Punto De Vista Del Derecho Corporativo Y Societario.

Ya sea que el médico cree una sociedad, o forme parte de alguna persona jurídica, con o sin fines de lucro, adquiere responsabilidades por el cargo que desempeña, como miembro o representante legal de dicha entidad. Si asume cargos directivos debe conocer de las responsabilidades que ello conlleva, las cuales no son delegables, porque van asociadas al ejercicio del cargo. El conocimiento de las buenas prácticas en los gobiernos corporativos, son fundamentales y previenen conductas que pueden tener consecuencias nefastas. Dentro de estas materias, se puede asesorar sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, frente a terceros, específicamente a aquellas sociedades científicas, asociaciones gremiales y otras.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

En cuanto a la conformación de *sociedades* por parte de los médicos, podemos distinguir 2 grandes categorías:

a. Sociedades de personas: son aquellas que se constituyen en base a la confianza recíproca de sus asociados, como su nombre lo indica, aquí lo principal es la persona, quién es mi socio. Por ello, el nombre de la sociedad o la razón social debe contener el nombre de los socios u objeto social. En principio no se permite la libre cesión de los derechos sociales, si alguno de los socios desea vender su participación, necesita del consentimiento de los otros socios. Además, la mayoría de los acuerdos se toman por unanimidad de los socios y los derechos sociales son inembargables. Un ejemplo de este tipo de sociedades es la Sociedad de responsabilidad Limitada.

b. Sociedades de Capital: Se constituyen en base al capital y está completamente desligada de la consideración de la persona del socio. No tiene limitación en el nombre, las acciones son de libre cesibilidad, los acuerdos se toman por mayoría de las acciones y las acciones son embargables. Un ejemplo de este tipo de sociedades es la Sociedad Anónima y la Sociedad por Acciones.

Analizaremos ahora las 3 principales sociedades utilizadas por los médicos y sus principales características:

Sociedad de Responsabilidad Limitada:

- **Definición:** Sociedad de personas, cuya constitución es solemne, en la que los socios limitan su responsabilidad a los aportes realizados y cuyo objeto, administración y fiscalización interna pueden regularse libremente por los socios.
- **Constitución:** escritura pública, inscripción en el Registro de Comercio y se publica en el Diario Oficial. Todo lo anterior dentro de 60 días desde firmada la escritura social.
- **La razón social:** debe contener el nombre de uno o varios socios o una referencia al giro social. Siempre deberá terminar con la palabra “limitada” o en caso contrario, todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la sociedad.
- **Responsabilidad:** La responsabilidad de los socios se encuentra limitada al monto de sus respectivos aportes o hasta la suma superior a su aporte que voluntariamente se obliguen.
- **Cesión de derechos:** Acuerdo por unanimidad de los socios, requiere modificación social.
- **Administración:** Debe recaer en uno de los socios. Puede ser pactada libremente por los socios, teniendo en consideración que este tipo de sociedad se basa en la confianza recíproca existente entre ellos. Si se quiere cambiar al administrador de la sociedad se requiere acuerdo unánime. Caso de las sociedades en que el administrador tiene una participación menor.

- **Inembargabilidad de los derechos sociales.** Al admitir la embargabilidad de los derechos sociales necesariamente tendría que admitirse dentro de la sociedad a una persona extraña al contrato de sociedad. Es por ello que la Corte Suprema en fallos reiterados ha establecido la inembargabilidad de los derechos sociales, en atención que se trata de una sociedad donde lo principal es la persona del socio.

Sociedad por Acciones o "SpA":

- **Definición:** Forma de organización con personalidad jurídica propia, creada por **una o más personas**, cuya participación en el capital es representada por acciones. Este tipo de sociedad es siempre mercantil.

- **Constitución:** Pueden constituirse por escritura publica o por instrumento privado firmado por los socios, que en este caso pasan a denominarse accionistas, autorizadas ante Notario y protocolizado. El extracto de los estatutos debe inscribirse en el Registro de Comercio respectivo y publicarse en el Diario Oficial, dentro del plazo de **un mes** de la celebración del acto de constitución.

- *Responsabilidad*: Socios responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

- *Venta de acciones:* Pueden cederse libremente. Esto significa, sin pedir autorización o consentimiento a los otros accionistas.

- *Administración:* Ésta se regula en los estatutos de la sociedad, dado que la ley no exige la formación de un Directorio. En caso de que los estatutos no regulen este tema, se aplicará supletoriamente la normativa aplicable a las sociedades anónimas.

- Las acciones si son embargables, ya que en este tipo de sociedades lo principal es el capital y no la persona del socio o accionista.

Empresa Individual de Responsabilidad Limitada o "EIRL":

- Es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es una empresa **unipersonal**, es siempre comercial y está sometida al código de comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por ley a las sociedades anónimas.

- Para los fines de identificación, debe consignar, al menos, su nombre y apellido, pudiendo tener también un nombre de fantasía, sumado al de las actividades económicas o giro. Esta denominación deberá cerrarse con la frase "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", o bien utilizar la abreviatura "EIRL".

- Deberán constituirse por escritura pública, cuyo extracto se inscribe en el Registro de Comercio y se publica en el Diario Oficial.

- El propietario de la empresa individual responde con su patrimonio y sólo con los aportes efectuados o que se haya comprometido a incorporar.

- La administración corresponde a su propietario; sin embargo, éste puede dar poderes generales o especiales a un gerente o mandatario(s).
- La empresa individual se puede transformar en sociedad y una sociedad limitada puede constituirse en una empresa individual. En este último caso, los derechos de la sociedad que desaparece deben reunirse en las manos de una sola persona natural.

Marco Normativo:

- Código de Comercio.
- Ley de sociedades Anónimas Nć18.046.
- Ley EIRL Nć19.857
- Ley Nć3.918 de Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- DL Nć2.757 sobre Asociaciones Gremiales.

b) Relaciones Contractuales Del Médico Con Terceros.

Dentro de este ámbito, quedan comprendidas todas las relaciones contractuales que se pueden derivar del ejercicio privado de la medicina y que no se rijan por las normas del Código del Trabajo, ya que esa materia por naturaleza es de competencia de Udelam. Podemos definir al contrato de honorario o de prestación de servicios como: "un acuerdo, que puede o no constar por escrito, en el cual una parte se obliga a prestar determinados servicios por un tiempo determinado a la otra parte, y ésta última se obliga a pagar una cantidad de dinero determinada por dichos servicios". Cabe señalar que el contrato de honorarios se rige por las normas relativas a los contratos de arrendamientos de servicios inmateriales, particularmente los regulados en el art.2006 de nuestro Código Civil.

Sin perjuicio de que el contrato de honorario no requiere para su validez que este conste por escrito, es fundamental el establecer relaciones formales. Siempre recomendamos a nuestros médicos el contar con un contrato firmado, porque en estos casos, no tenemos al derecho laboral para suplir los silencios en beneficio del trabajador. Aquí toma especial relevancia lo pactado por las partes en los respectivos contratos, y el principio rector es el principio de "la autonomía de la voluntad", lo que significa que las partes son libres para contratar y se puede pactar todo aquello que no esté expresamente prohibido, lo que puede sonar como una ventaja. Sin embargo, si se genera un conflicto con el médico y no existe un contrato firmado, significa que, como abogados, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones en favor del médico, debemos acreditar la naturaleza de la obligación que vincula al médico con el tercero y luego cada uno de los elementos del contrato. Esto ya supone un mayor grado de dificultad en la elaboración de una demanda, donde es el demandante quien debe acreditar sus pretensiones ante un tribunal.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

En la prestación de servicios bajo la modalidad “contrato de honorarios” no rigen las normas del Código del Trabajo, por lo que, en principio, no les asiste ninguno de los derechos que dicho Código establece para los trabajadores, tales cómo, el derecho a feriado legal o vacaciones, indemnizaciones por años de servicios o indemnización por aviso previo, si se decide poner término a dicho contrato. Por lo tanto, los derechos y/o beneficios de los que sea titular el médico, son sólo aquellos establecidos en dicho contrato y deben establecerse de forma expresa y clara.

No podemos dejar de mencionar que, tratándose de relaciones con distintas instituciones, públicas y privadas, existe la falsa idea en el médico, de que es imposible plantear modificaciones a las condiciones de contratación, por lo que en la mayoría de los casos acepta sin reparos estos contratos, transformándolos en una especie de contratos de adhesión. Si bien, existen ciertas cláusulas “tipo”, y algunos contratantes más o menos flexibles, en los casos en que el médico ha consultado previamente, hemos conseguido mejorar su posición.

Otra situación, que puede sonar mundana, pero que no es poco habitual es que al médico no se le envíe antes el contrato para su revisión, sino que simplemente se le exhibe sólo en el momento que se le pide firmar -similar a como funcionan quienes intentan vender los tiempos compartidos- en ese caso, el médico debe siempre pedir la copia del contrato, darse el tiempo de revisarlo con la asesoría correspondiente. Luego de revisado y firmado, debe solicitar la copia del contrato, ya que también es muy habitual que al médico jamás se le entrega una copia firmada por la otra parte.

Sin la asesoría previa, es muy probable que el médico termine obligándose a más de lo que en derecho corresponde o aceptando que el otro contratante tenga más ventajas, por ejemplo, se establece que “la otra parte puede poner término al contrato en cualquier tiempo y sin expresión de causa” y como contrapartida, el médico debe cumplir una serie de condiciones y plazos para poder terminar con el contrato, generándose una relación absolutamente desequilibrada. Estas situaciones, son las que debemos evitar, se debe informar al médico que puede y debe consultar a su abogado antes de firmar cualquier contrato, ya que en ese momento se tiene la oportunidad de consignar las pretensiones del médico, estableciendo con claridad las reglas del juego, lo que servirá para mantener una relación clara y a la larga “sana” con quien está contratando.

Marco normativo:

- Código Civil
- Código de Comercio.
- DFL Nć 1 del Ministerio de Salud.
- Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento.
- Ley. 20146 “Estatuto Pyme”
- Constitución Política de la República.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

c) Rol del médico en su calidad de contribuyente de impuesto a la renta.

Los médicos son sujetos de impuestos por las rentas que generan, ya sea que actúen como personas naturales o por intermedio de personas jurídicas. Desde el punto de vista práctico, es importante que se les brinde una asesoría jurídica en base a sus necesidades particulares y considerando la forma en que prestan sus servicios, esto va más allá de la sola contabilidad, sino que se enfoca a la asesoría jurídica tributaria.

Dado lo complejo de los regímenes tributarios y de las múltiples reformas en la materia, es fundamental que se pueda educar en la materia, previniendo, asesorando y resolviendo las situaciones que surjan a los médicos. Se trata de brindar información especializada, que el médico requiere para su tranquilidad.

A continuación, realizaremos una breve introducción de conceptos generales que todo contribuyente debe saber.

Lo primero es definir qué se entiende por contribuyente, según el art. 8 Nć 5 del Código Tributario, se entiende por "contribuyente" a las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos. En Chile, se pagan distintos impuestos, por nombrar algunos existe el impuesto de timbres y estampillas y el impuesto al valor agregado, que gravan las ventas y servicios. El médico en general no es contribuyente de IVA por la actividad de prestación de servicios médicos, que desarrolla, salvo que dentro de su giro se comprenda la venta de insumos u otra actividad gravada. Sin embargo, y al igual que la gran mayoría es contribuyente de impuesto a la renta, entendida como "todos los Ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciben o devenguen, cualquiera sea su origen, naturaleza o denominación." Siendo contribuyente del impuesto a la renta, debemos distinguir dos categorías. En primer lugar, están los contribuyentes de 1ć categoría, el Impuesto de Primera Categoría grava las **rentas provenientes del capital**, entre otras, por las empresas comerciales, industriales, mineras, servicios, etc. Si el médico desarrolla su actividad a través de una sociedad, ésta sociedad, que a su vez también es contribuyente, por regla general tributará en 1ć categoría, salvo las excepciones que se señalarán. En todo caso se precisa, que la tributación en definitiva está radicada en los propietarios, socios o accionistas de las empresas, constituyendo el Impuesto de Primera Categoría que pagan éstas últimas, un crédito total o parcial en contra de los impuestos Global Complementario o Adicional, según corresponda.

Por otro lado, existen los contribuyentes de 2ć categoría, el impuesto de 2ć categoría grava *las rentas provenientes del trabajo*, ya sea desarrollado de forma dependiente o como profesional independiente.

En el caso de los *trabajadores dependientes*, ellos son contribuyentes del Impuesto Único de Segunda Categoría, regulado en los artículos 42 N°1 y 43 N°1 Ley de la Renta, el cual grava las rentas tales como los sueldos, pensiones y rentas accesorias o complementarias a las

anteriores. Es un tributo que se aplica con una escala de tasas progresivas, declarándose y pagándose mensualmente sobre las rentas percibidas. Este impuesto debe ser retenido y enterado en arcas fiscales por el respectivo empleador, habilitado o pagador de la renta.

En el caso que un trabajador tenga más de un empleador, para los efectos de mantener la progresividad del impuesto, deben sumarse todas las rentas obtenidas e incluirlas en el tramo de tasas de impuesto que corresponda, y proceder a reliquidar anualmente dicho tributo en el mes de abril del año siguiente.

Tratándose de los *profesionales independientes*, estos son contribuyentes del Impuesto Global Complementario, regulado en los artículos 52 y siguientes de la Ley de la Renta. Estos profesionales independientes, para los efectos de determinar la base imponible del Impuesto Global Complementario, pueden deducir de sus ingresos brutos, los gastos relacionados al desarrollo de la actividad. Dichos gastos pueden ser presuntos, correspondientes al 30% de sus ingresos brutos, con tope de 15 UTA, o bien, gastos efectivos, los cuales deben estar acreditados con documentación fehaciente, debiendo llevar libro de ingresos y gastos. Para el año tributario 2021, el monto máximo de presunción de gastos para profesionales independientes es de 15 UTA, lo que en pesos equivale a $.9.185.220.

"Toda persona natural, que ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas gravadas por el Artículo 42 N° 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, deberá cotizar al Sistema Previsional de Pensiones, de Salud y de Accidentes del Trabajo, por las rentas percibidas a contar del 01/01/2012, que comprendan: honorarios por actividades independientes; rentas por Boletas de Honorarios; rentas por Boletas de Prestación de Servicios de Terceros; o rentas por Participaciones en Rentas de Sociedad de Profesionales de Segunda Categoría.

El Impuesto Global Complementario es un impuesto personal, global, progresivo y complementario que se determina y paga una vez al año por las personas naturales con domicilio o residencia en Chile sobre las rentas imponibles determinadas conforme a las normas de la primera y segunda categoría. Afecta a los contribuyentes cuya renta neta global exceda de 13,5 UTA. Su tasa aumenta progresivamente a medida que la base imponible aumenta. Se aplica, cobra y paga anualmente.

Las tasas del Impuesto Único de Segunda Categoría y del Impuesto Global Complementario son equivalentes para iguales niveles de ingreso y se aplican sobre una escala progresiva que tiene actualmente ocho tramos. En el primer caso, se aplica en forma mensual y en el segundo, en forma anual. Su tasa marginal máxima alcanza actualmente al 40%.

Si además se perciben otras rentas distintas a las señaladas afectas al Impuesto Global Complementario se deben consolidar tales ingresos en forma anual y pagar el tributo antes indicado. En este caso, el Impuesto Único de Segunda Categoría retenido y pagado mensualmente sobre los sueldos, pensiones y demás rentas accesorias o complementarias, se da de crédito en contra del Impuesto Global Complementario"[100].

100 https://www.sii.cl/contribuyentes/contribuyentes_individuales/prof_trab_independientes.pdf

Tramos y tasas del IGC periodo 2021:

RENTA IMPONIBLE ANUAL		FACTOR	CANTIDAD A REBAJAR
DESDE	HASTA		
$ 0,00	$ 8.266.698,00	Exento	$ 0.00
$ 8.266.698,01	$ 18.370.440,00	0,04	$ 330.667,92
$ 18.370.440,01	$ 30.617.400,00	0,08	$ 1.065.485,52
$ 30.617.400,01	$ 42.864.360,00	0,135	$ 2.749.442,52
$ 42.864.360,01	$ 55.111.320,00	0,23	$ 6.821.556,72
$ 55.111.320,01	$ 73.481.760,00	0,304	$ 10.899.794,40
$ 73.481.760,01	$ 189.827.880,00	0,35	$ 14.279.955,36
$189.827.880,01	y más	0,40	$ 23.771.349,36

En cuanto a los distintos Regímenes tributarios del impuesto de 1º categoría[101]:

La Modernización Tributaria incorpora desde el 1 de enero de 2020, 3 nuevos regímenes tributarios para los contribuyentes de primera categoría:

a) El Régimen Pro Pyme General:

Régimen Tributario enfocado en micro, pequeños y medianos contribuyentes (Pyme), que determina su resultado tributario, como norma general, en base a ingresos percibidos y gastos pagados, estando obligados a llevar contabilidad completa con la posibilidad de optar a una simplificada. Están afectos al Impuesto de Primera Categoría (IDPC) con tasa del 25% y sus propietarios tributarán en base a retiros, remesas o distribuciones efectivas, con imputación total del crédito por Impuesto de Primera Categoría en los impuestos finales que les afecten, salvo para aquellos propietarios que sean contribuyentes del IDPC y no estén acogidos al régimen Pro Pyme. Cabe señala que la Tasa de Impuesto de Primera Categoría, será de un 10% para las rentas que se obtengan durante los años comerciales 2020, 2021 y 2022, y de 25% para los años siguientes.

101 https://www.sii.cl/destacados/modernizacion/tipos_regimenes_mt.html

Los requisitos de este régimen son:

El promedio de los ingresos brutos en los últimos tres años no puede exceder de 75.000 UF, el cual puede excederse por una vez, y, en ningún caso, en un ejercicio los ingresos pueden exceder de 85.000 UF. Este promedio incluye ingresos de sus relacionados. Al momento del inicio de actividades su capital efectivo no debe exceder de 85.000 UF[102].

En cuanto a su tributación: La empresa está afecta al IDPC sobre una base imponible determinada, como regla general, según sus ingresos percibidos menos los gastos pagados.

Los propietarios se afectarán con sus impuestos personales en base a los retiros, remesas o distribuciones efectivos, con imputación total del crédito por IDPC, salvo en el caso de propietarios que sean contribuyentes del IDPC y no esté acogido al régimen Pro Pyme.

Los beneficios y características son:

1. Propuesta de declaración del SII a la empresa, en base a información del Registro de Compras y Ventas (RCV) complementable por el contribuyente.
2. No aplica corrección monetaria.
3. Sus existencias o insumos existentes al término del año se reconocen como gasto.
4. Aplica depreciación instantánea de su activo fijo.
5. Determina base imponible simplificada, según ingresos percibidos y gastos pagados (salvo en caso de operaciones con empresas relacionadas).
6. Está liberada de mantener los registros de rentas empresariales (RRE), siempre que no genere o perciba rentas a controlar en el registro REX.
7. En caso de generar o percibir rentas a controlar en el registro REX. Y continuar con la liberación de llevar los RRE, puede emitir Documentos Tributarios Electrónicos que den cuenta de los movimientos patrimoniales.
8. No aplica orden de imputación para retiros, remesas o distribuciones de utilidades a sus propietarios, en la medida que no genere o perciba rentas a controlar en el registro REX.
9. Aplica tasa del ejercicio para asignar el crédito por IDPC.
10. Determina un Capital Propio Tributario simplificado.
11. Utiliza tasas fijas de PPM.

102 Tiene tope de 35% del ingreso de ciertas rentas: Rentas de N° 1 y 2 del art. 20 LIR (excepto Bienes Raíces Agrícolas).Contratos de cuentas en participación. Derechos sociales, acciones o cuotas de fondos de inversión.

12. Puede acceder a un informe de situación tributaria que le permitirá tener acceso al sistema bancario para obtener financiamiento.

13. Aplica rebaja a la base imponible del IDPC por incentivo a la inversión (50% de la RLI con tope UF 5.000).

14. En contra del IDPC que determine la empresa aplican todos los créditos contenidos en la LIR y en otras leyes.

15. Situación tributaria de retiros, remesas y distribuciones se determina al término del ejercicio.

b) Régimen Pro Pyme Transparente:

Régimen Tributario enfocado en micro, pequeñas y medianas empresas (Pymes), cuyos propietarios son contribuyentes de impuestos finales (personas naturales con o sin domicilio ni residencia en Chile o bien, personas jurídicas sin domicilio ni residencia en Chile), determina su resultado tributario, como norma general, en base a ingresos percibidos y gastos pagados, estando liberada de llevar contabilidad completa con la posibilidad de optar por llevar contabilidad completa. En este caso **la empresa Pyme quedará liberada del Impuesto de Primera Categoría y sus propietarios deberán tributar con sus impuestos finales** en base al resultado tributario determinado por la empresa en el mismo año en que éste se genere."

Requisitos para acceder a este régimen: Debe cumplir todas las condiciones del Régimen Pro Pyme. Los propietarios deben ser personas naturales con o sin domicilio o residencia en Chile, o bien personas jurídicas sin domicilio ni residencia en Chile, es decir, contribuyentes de impuestos finales (Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional). En cuanto a su tributación, la empresa está liberada el IDPC. Por lo tanto, los propietarios deberán tributar con sus impuestos finales en base al resultado tributario (positivo) determinado por la empresa en el mismo ejercicio en que se genere, en base al porcentaje de participación en las utilidades o el capital, según corresponda. En consecuencia, no se aplica tasa de IDPC.

Beneficios y Características

1. Propuesta de declaración del SII a la empresa, en base a información del Registro de Compras y Ventas (RCV) complementable por el contribuyente.

2. No aplica corrección monetaria, no practica inventarios.

3. Sus existencias o insumos existentes al término del año se reconocen como gasto.

4. Aplica depreciación instantánea de su activo fijo.

5. Determina base imponible simplificada, según ingresos percibidos y gastos pagados (salvo en caso de operaciones con empresas relacionadas). Incluye retiros o dividendos percibidos por participación en otras empresas.

6. Está liberada de mantener los registros de rentas empresariales (RRE).
7. Determina un Capital Propio Tributario simplificado (contribuyentes con ingresos superiores a UF 50.000).
8. Utiliza tasas fijas de PPM.
9. Puede acceder a un informe de situación tributaria que le permitirá tener acceso al sistema bancario para obtener financiamiento.
10. En contra de los impuestos finales que afectan a los propietarios aplican el crédito del art. 33 bis de la LIR y los asociados a los retiros y dividendos percibidos (además aplica el crédito por IDPC asociado al ingreso diferido proveniente de un cambio de régimen)

C) Régimen General (Semi Integrado):

Régimen de tributación enfocado en **las grandes empresas**, determinan su renta líquida imponible según las normas generales contenidas en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, estando obligados a llevar contabilidad completa. Estás empresas se afectan con el IDPC con **tasa del 27%** y sus propietarios tributarán en base a retiros, remesas o distribuciones efectivas, con imputación parcial (65%) del crédito por Impuesto de Primera Categoría en los impuestos finales que les afecten. No existen requisitos para acogerse a este régimen, pueden optar todos los contribuyentes. En cuanto a la tributación, la empresa está afecta al IDPC sobre una base imponible determinada en base a las reglas generales contenidas en los art. 29 al 33 de la LIR. Los propietarios se afectarán con sus impuestos personales en base a los retiros, remesas o distribuciones efectivos, con imputación parcial (65%) del crédito por IDPC.

Beneficios y características:

1. Liberación de llevar registros cuando no generen o perciban rentas que deban controlarse en el registro REX.
2. Determinación de la situación tributaria de retiro, remesas o distribuciones al término del ejercicio.
3. Aplica rebaja a la base imponible del IDPC por incentivo a la inversión (50% de la RLI con tope UF 5.000).
4. La empresa puede anticipar a sus propietarios el crédito por impuesto de primera categoría (IDPC Voluntario)

Marco Normativo:

- Código Tributario.
- DL Nć824, Ley de Impuesto a la Renta.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

d) El Médico Como Competidor A La Luz De Las Normas Sobre Libre Competencia.

¿Qué se entiende por libre competencia*?* La libre competencia en un sentido jurídico implica que los competidores ante el derecho son iguales. Así, se puede definir como: El derecho de todas las personas y empresas a participar con eficiencia y en iguales condiciones en las actividades económicas del país, logrando así ofrecer productos y servicios, con la mejor combinación de precio y calidad, maximizando el bienestar de los consumidores y con ello, de la sociedad en general.

¿Por qué es importante la libre *competencia?*

Porque impulsa la economía y afecta directamente el bienestar de las personas y en definitiva en la estabilidad económica del país. Así, el caer en conductas que atenten contra la libre competencia, no es privativo de las grandes empresas, sino que depende exclusivamente del mercado de que se trata, el rol de los agentes económicos y el grado de influencia que estos ejercen dentro del mercado en que participan. En este sentido, los médicos están expuestos a cometer conductas anticompetitivas, por lo que el presente trabajo busca informar al médico sobre la normativa legal, con el fin que este pueda detectar situaciones de riesgo, evitando las gravosas sanciones a las cuales se arriesgan

La "libre competencia", es un bien jurídico que debe ser protegido y muchas empresas y sus directores han sido sancionados por realizar prácticas que atentan contra ella. Uno de los ejemplos más conocidos fue el caso de colusión de las Farmacias, por precio de los medicamentos y el caso de CMPC, en el mercado del papel tissue. Sin embargo, el caer en conductas que atenten contra la libre competencia, no es privativo de las grandes empresas, sino que depende exclusivamente del mercado de que se trata, el rol de los agentes económicos y el grado de influencia que éstos ejercen dentro del mercado en que participan. En este sentido, los médicos están expuestos a cometer conductas anticompetitivas, tanto es así, que existen casos vigentes en los cuales médicos de distintas especialidades y regiones están siendo investigados

¿Cuáles son las conductas que se deben evitar?

El Decreto Ley 211, que fija las normas para la defensa de la Libre Competencia, señala como conductas atentatoria contra la libre competencia, las siguientes:

Art 3 "El que ejecutare o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el art.26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones pueden disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a. "Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o

cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores."

b. La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c. Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Las conductas descritas, son las que podría incurrir un médico en el ejercicio de su profesión. En las investigaciones actuales llevada por la Fiscalía Nacional Económica y de las cuales tenemos conocimiento, las conductas imputadas a los médicos investigados, se han encuadrado particularmente en la descrita en la letra a, esto es, el acuerdo o practicas concertadas de competidores, para fijar precios o limitar el ingreso de otros competidores.

En esta materia es fundamental que FALMED, además de la defensa de los médicos, realice un rol de educación y prevención, ya que como se indicó, los médicos desconocen que son susceptibles de incurrir en estas prácticas.

Situación particular de las asociaciones gremiales:

Lo primero que cabe señalar, es que por su naturaleza -agrupan un sector particular del mercado- son más propensas a generar las instancias, para que competidores puedan compartir información que puede afectar negativamente al mercado. Es por ello, que la propia FNE, ha dictado una guía de recomendación, en la cual se indican qué situaciones deben ser evitadas.

Ahora bien, es también importante dejar en claro, que el hecho que la asociación de profesionales, utilice otro ropaje jurídico, como por ejemplo, una Sociedad comercial o actúe como persona natural, no evita que se puedan incurrir en éstas malas prácticas.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tal como lo recoge la guía de promoción elaborada por la FNE, señala que:

"Las asociaciones gremiales están por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícitos anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Tales reuniones y conversaciones, aun cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de sus objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal. Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos

informales que claramente transgreden las disposiciones de libre competencia. Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de las autoridades de competencia de todo el mundo"

Es así, como las conductas que más riesgos generan, son las vinculadas a la coordinación y acuerdo entre los competidores. Así, la FNE ha señalado que la *colaboración entre competidores*, ya sea que conste o no en un acuerdo formal, dará lugar a una revisión por parte de esta, sobre los efectos que puede tener en el mercado y particularmente evaluará las siguientes circunstancias: a) la participación de mercado y posición de las partes involucradas en el acuerdo de colaboración; b) el grado de concentración en el mercado; c) la naturaleza del producto; d) las razones que promovieron dicho acuerdo; e) los efectos actuales y potenciales en los mercados afectados, incluyendo, por cierto las posibles barreras de entrada, así como el tiempo y suficiencia para que la eventual entrada discipline el mercado.

Otra conducta que genera riesgos, es el *intercambio de información*, ya que dependiendo de su naturaleza, podría tener consecuencias negativas en el mercado. Para la FNE, información relevante es toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado. Por ejemplo, el conocer el precio que determinado competidor cobra por una prestación, o el porcentaje en que se está negociando aumentar por esa prestación, podría generar una coordinación implícita con otro competidor, impidiendo que el mercado actúe y perjudicando con ello a los destinatarios de los servicios, quienes verán incrementado los valores de las prestaciones. Otro tipo de información relevante, además de las políticas de precios, es la participación en el mercado de los miembros de una industria, lista de clientes, políticas de descuentos, término y condiciones de pago. En mercados donde participan pocos agentes económicos, como podría ser el caso de una determinada especialidad médica que presta servicios en una zona lejana del país, resulta muy fácil que el intercambio de información relevante ocurra, sin que ni siquiera se perciba por los agentes que están incurriendo en prácticas anticompetitivas susceptibles de ser sancionadas.

Sanciones.

Antes de revisar el procedimiento a que se podría ver sometido un investigado. Nos resulta relevante revisar las sanciones, las que podemos agrupar en 3 tipos, aquellas de tipo correctiva, penal e indemnizatorias, pudiendo aplicarse estas últimas de forma adicional a las señaladas en el artículo 26 del DL 211.

Según el art. 26 del DL 211: En caso de existir requerimiento, el TDLC podrá en la sentencia definitiva, adoptar las siguientes medidas:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada;

La aplicación de estas sanciones, serán compatibles con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30, que trataremos a continuación.

Sanciones penales:

Según el artículo 62 del DL 211, el que *celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para: fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos*

públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es de 3 años y un día a 10 años.

Para exista sanción penal, es necesario que la FNE, interponga una querella, la que es de su iniciativa exclusiva, y podrá presentarla una vez que la existencia de la "colusión", haya sido establecida por sentencia ejecutoriada del TDLC. Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

En cuanto al cumplimiento de las penas, será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, que trata las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por *un año*, tiempo durante el cual el condenado *deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa* de libertar a la que fuere sancionado.

En cuanto a la acción penal para la persecución del delito descrito en el artículo 62, prescribirá en el plazo de 10 años, contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por otro lado, estarán exentas de responsabilidad penal por este delito, aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes, de conformidad al artículo 39 bis.

Asimismo, será castigado con inhabilidad absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales. El cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

Sanciones Indemnizatorias, artículo 30 del DL 211.

La indemnización de perjuicios comprenderá *todos los daños causados* durante el periodo en que se haya extendido la infracción.

La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI.

Procedimiento de investigación:

Las investigaciones de la "FNE" se inician por denuncia o de oficio. En caso de denuncia se realiza un examen de admisibilidad que no puede exceder de 4 meses, pudiendo ser ampliado por resolución fundada. Iniciada la investigación, se dicta una resolución y se debe comunicar a los afectados del inicio de esta, salvo que la FNE haya solicitado al TDLC la reserva de la misma. En este último caso, la comunicación al afectado se realiza una vez que se alza esa reserva.

La comunicación del inicio de la investigación se hace al afectado, informándole cuáles son los hechos que se estarían investigando, funcionario a cargo de la investigación, etc.

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

Es importante destacar, que dentro de las facultades más relevantes, la FNE puede en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a: 1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; 3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y .4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

Duración de la investigación:

Las investigaciones deberán desarrollarse dentro de un "plazo razonable" de tramitación, atendiendo a una serie de circunstancias. Esto debe interpretarse en relación a los plazos de prescripción de las acciones, que según el art.20 inc. 3° del DL 211, prescriben en el plazo de 3 años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del FNE o demanda particular. Sin perjuicio de lo anterior, las acciones perseguidas en la letra a del art. 3 del DL 211, prescribirán en el plazo de 5 años, y el computo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Terminación de la investigación:

Las investigaciones podrán terminar por:

a. Presentar un requerimiento al TDLC, por infracciones al DL 211.

b. Incoar una consulta o promover un asunto no contencioso ante el TDLC sobre hechos actos o contratos existentes o por celebrarse.

c. Celebrar un acuerdo extrajudicial (entre el FNE y los agentes económicos involucrados en investigaciones, del cual deberá tomar conocimiento el TDLC) según lo dispuesto en el art39 letra ñ del DL 211.

d. Resolver su archivo a través de una resolución de la FNE. El Fiscal podrá disponer su archivo, mediante resolución fundada y en determinados casos.

Recomendaciones:

Habiendo revisado los aspectos fundamentales sobre "libre competencia" la primera recomendación- que es conocer e informarse sobre estas materias-se puede dar por inicialmente cumplida por el lector. Resulta fundamental conocer las normas que regulan esta materia, para así poder detectar posibles riesgos y posteriormente corregirlos.

Ya que, puede ser que competidores no tengan plena conciencia de las consecuencias que su conductas genera en el ordenamiento jurídico vigente.

La FNE, ha señalado que: "Hasta las más informales comunicaciones o conversaciones sobre precios, cantidades y calidades del bien o servicio ofrecido, o estrategias de negocios u otras variables competitivas, pueden ser susceptibles de facilitar acuerdos o prácticas concertadas u otros ilícitos anticompetitivos."

Así, es relevante poner atención frente a la información relevante que se intercambia entre competidores, debiendo seguir las siguientes recomendaciones dadas por la FNE:

1.-Recopilar y/o mantener sólo información de carácter histórico, sobre todo en materia de precios, ya que esta genera menos peligros para la competencia que la información actual o las posibles proyecciones.

2.-Difundir información de los asociados sólo en forma agregada y para materias generales, sin permitir individualizar agentes, áreas geográficas específicas o líneas de productos o servicios determinados. Mientras más general sea la información, menos probable es que ésta tega o produzca un efecto anticompetitivo. La información difundida no deberá revelar ni sugerir datos de los asociados individualmente identificables o de transacciones específicas, pues mientras más detallada sea la información entregada, mayor será el grdo de transparencia en el mercado.

3.-Recolección de información debiera ser voluntaria para los asociados o miembros.

4.-Externalizar la recolección y procesamiento de información, ya que con esto se contribuye a mantener el anonimato de los datos. Además, dicha recolección y su procesamiento debe realizarse bajo confidencialidad, cautelando su correcto manejo.

En cuanto a las recomendaciones de nuevos miembros a una AG., es importante que no se haga ninguna referencia a variables comerciales, como precios, cantidades ni políticas comerciales, ya que estos deben ser determinados de forma independiente por cada agente o competidor. Por otro lado, la AG. Debe aclarar expresamente a sus miembros que cualquier guía o recomendación sugerida es meramente informativa y referencial, por lo que su adopción es voluntaria y no se pueden considerar imposición de sanciones o acciones de ningún tipo a quienes no adopten las recomendaciones propuestas.

Luego de plantear los distintos escenarios a los que se puede ver expuesto el médico o cualquier otro agente económico, es fundamental que se puedan adoptar medidas para evitar prácticas anticompetitivas.

Lo primero, *es conocer y prevenir*, para lo cual es fundamental la asesoría y capacitación en materia de libre competencia desde el primer momento en que se plantea la oportunidad de asociación. En los estatutos se recomienda que quede consignado cuáles serán los fines de la asociación y qué conductas están prohibidas o quedan fuera del ámbito de acción de la asociación. La segunda medida, es la de revisión periódica con el fin de *detectar* si determinadas acciones podrían poner ser eventualmente calificadas de anticompetitivas,

CAPÍTULO II.
Dificultades del médico en el ejercicio de la medicina privada.
Por Magdalena Méndez, abogada jefa UDEMEP

sobre todo si consideramos que los mercados están sujeto a cambios, que podrían modificar el grado de relevancia que un competidor tiene, colocándolo en una posición dominante, sin que este lo perciba, si los competidores son pocos. Finalmente, si derivado de las dos recomendaciones, se detecta algún riesgo, es fundamental que el agente pueda *corregir* a la brevedad la conducta, adoptando medidas que eviten o mitiguen los efectos negativos, si es que estos ya se produjeron. Finalmente, les recomendamos en todo el proceso consultar con un profesional especialista en la materia.

Marco Normativo:

- DL 211 "Libre Competencia"
- Ley Nć 20.169 Sobre competencia Desleal.